Estratégias comerciais: marketing e publicidade

Ana Clara Azevedo de Amorim
Professora Auxiliar da Universidade Portucalense

A moda integra um sector de atividade caracterizado pela elevada concorrência e pelo carácter fragmentado, o que decorre nomeadamente da inexistência de barreiras comerciais, tecnológicas ou financeiras à entrada. No domínio do vestuário e do calçado, os produtos são frequentemente de baixo envolvimento, conduzindo a compras por impulso, dado que o risco percecionado pelos consumidores é quase sempre escasso.

A publicidade assume então um papel determinante no processo de comercialização, como instrumento da diferenciação dos profissionais e da própria dimensão simbólica do consumo, deixando de relevar apenas como mecanismo de escoamento da produção. Mas assume igualmente um papel determinante na construção das ideologias, tendências e expectativas dominantes em cada época histórica, especialmente quando abandona o recurso a argumentos de natureza técnica e funcional, relativos às características demonstráveis e aos benefícios decorrentes da utilização dos produtos, passando a convocar sobretudo a componente emocional da decisão de transação.

A conformação das relações entre os intervenientes na atividade publicitária resulta dos contratos celebrados durante o processo publicitário, que se revela determinante na abordagem das estratégias comerciais adotadas no sector da moda. Neste sentido, importa compreender como se desenvolve a prática organizada e sequencial de atos de conceção, criação, produção, planificação e distribuição publicitárias, que estão na origem das campanhas. Assim, a primeira parte do capítulo incide sobre o contrato de conceção e distribuição publicitária, o contrato de difusão publicitária, o contrato de criação publicitária, bem como o contrato de patrocínio, distinguindo-se esta figura da colocação de produto e da ajuda à produção.

Acresce que a generalização do acesso à Internet potenciou o surgimento de novas modalidades de comunicação comercial, também no sector da moda. Nos últimos anos, os anunciantes passaram a recorrer a influenciadores digitais para promover uma imagem favorável dos produtos, aproveitando a identificação dos consumidores com as motivações, a personalidades e os estilos de vida veiculados nos blogues e nas redes sociais. Esta influência sobre as decisões de consumo dos seguidores assenta frequentemente na simulação de experiências relativas aos produtos, que não são identificadas como comunicação comercial mas que podem ser imputadas aos anunciantes.

Na segunda parte do capítulo, depois de delimitado o conceito jurídico de publicidade, serão abordadas as principais questões suscitadas pelas estratégias comerciais adotadas pelos anunciantes em ambiente digital, nomeadamente, através dos influenciadores digitais e da personalização das mensagens com recurso à recolha e tratamento de dados pessoais. Estas estratégias comerciais justificam-se face à elevada concorrência e ao carácter fragmentado do sector da moda, particularmente num contexto de prevalência da componente emocional da decisão de transação.

1. Contratos publicitários

No ordenamento jurídico nacional, o legislador não regulou os contratos publicitários, sendo aplicável o regime geral dos contratos civis e comerciais, de acordo com o disposto no artigo 2.º do Código da Publicidade. Mas os contratos publicitários são socialmente típicos, dado que os seus elementos se repetem com frequência na prática negocial.

Tradicionalmente, o anunciante contrata com a agência de publicidade a conceção, criação e produção das mensagens e a agência de publicidade contrata com cada um dos titulares dos suportes a difusão. Porém, surgem frequentemente sequências contratuais mais complexas, tendo como intervenientes também os concessionários, as centrais de compra ou os criativos externos à agência de publicidade. Desta forma, entendido em sentido amplo, o contrato publicitário abrange o contrato de conceção e distribuição publicitária, o contrato de difusão publicitária, o contrato de patrocínio, o contrato de criação publicitária, o contrato de concessão publicitária e o contrato de utilização da imagem ou da palavra, entre outros. Na medida em que traduzem a realidade social, permitem responder de forma adequada e evolutiva aos interesses das partes, num sector em constante mutação.

Não obstante a aparente diversidade, as modalidades de contratos publicitários têm uma finalidade comum, dado que regulam as relações jurídicas entre os vários intervenientes na atividade publicitária, definida no artigo 4.º do Código da Publicidade.[1] Têm também características comuns, como o carácter sinalagmático e oneroso, correspondendo o objeto negocial a obrigações de resultado, uma vez que as partes se vinculam a obter um determinado efeito útil e não apenas a desenvolver uma atividade. Estão em causa prestações de facto não fungíveis, realizadas no quadro de relações tendencialmente duradouras.

---

[1] CARMEN GARCÍA PÉREZ e EMILIO LÁRAZO SÁNCHEZ, "Régimen general de la contratación publicitaria", AA.VV., *Los contratos publicitarios*, Civitas, Madrid, 2011, pág. 61.

A tipicidade social assenta no princípio da liberdade contratual, enunciado no artigo 405.º do Código Civil, segundo o qual "dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver" (n.º 1) e "as partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei" (n.º 2). Ou seja, os contratos publicitários têm como fundamento a autonomia privada, que traduz a possibilidade de os particulares disciplinarem os seus interesses. Na prática, a tipicidade social resulta do recurso a minutas elaboradas pelas associações do sector, como a APAN – Associação Portuguesa de Anunciantes e a APAP – Associação Portuguesa das Agências de Publicidade, Comunicação e Marketing. Por este motivo, suscita a necessidade de esclarecer, a propósito de cada uma das modalidades, a natureza jurídica dos contratos, para efeitos da aplicação analógica de um determinado regime especial.

1.1. Contrato publicitário em sentido estrito

Entendido em sentido estrito, o contrato publicitário corresponde ao contrato de conceção e distribuição publicitária – também designado contrato de prestação de serviços publicitários – celebrado entre o anunciante e a agência de publicidade. Este contrato pode ser celebrado apenas para uma campanha ou ter uma duração determinada, por períodos de tempo renováveis.

Tratando-se de um contrato de serviço completo, à agência de publicidade incumbe a conceção, criação, produção e planificação das campanhas, a negociação e contratação de espaço e tempo com os meios para efeitos da difusão das mensagens e ainda a avaliação de resultados. Esta modalidade de contrato publicitário em sentido estrito foi predominante em Portugal até ao início dos anos 90 do século XX, altura em que começaram a desenvolver-se as centrais de compra de espaço e de tempo. Pelo contrário, se o contrato for de serviço limitado, o papel da agência de publicidade restringe-se à dimensão criativa, não abrangendo já a distribuição publicitária. Em ambos os casos, é frequente a contratação de profissionais independentes para a fase da conceção, criação e produção das mensagens.

Ao anunciante cabe sobretudo a obrigação de remunerar o serviço prestado pela agência. Apesar de existirem vários modelos de remuneração, esta corresponde, em regra, nos contratos com uma duração determinada, a um valor mensal fixo a que acresce uma componente variável em função dos resultados obtidos com as campanhas e o pagamento de

eventuais serviços especiais. A agência pode receber também uma comissão sobre o montante do orçamento destinado ao titular do suporte.

Qualificado maioritariamente como prestação de serviços, a doutrina diverge quanto à natureza jurídica do contrato publicitário em sentido estrito. Na verdade, considerando que visa a realização de uma obra, a configuração do contrato publicitário em sentido estrito aproxima-se da empreitada, tal como definida no artigo 1207.º do Código Civil. Ou seja, apesar de ser socialmente típico, o contrato publicitário em sentido estrito segue o regime jurídico da empreitada, uma vez que se admite hoje a sua aplicabilidade à obra intelectual.[2] Aqui, o anunciante assume a qualidade de dono da obra e a agência de publicidade a qualidade de empreiteiro.

A agência de publicidade deve realizar o trabalho em conformidade com as indicações do anunciante – entregues geralmente sob a forma de *briefing* – e assegurar-lhe o controlo da execução, segundo o que resulta respetivamente dos artigos 1208.º e 1209.º do Código Civil. Caso o acompanhamento da conceção e distribuição publicitária não seja garantido, o anunciante pode eximir-se da responsabilidade civil pelos danos causados, invocando o disposto no artigo 30.º n.º 2 do Código da Publicidade. Porém, esta possibilidade não subsiste face à responsabilidade contraordenacional, prevista no artigo 36.º do Código da Publicidade. Em regra, para acautelar ambas as responsabilidades, os contratos reconhecem expressamente ao anunciante o direito de prévia aprovação da campanha apresentada pela agência de publicidade. A doutrina afirma tratar-se de uma condição resolutiva, pelo que o negócio deixa de produzir efeitos se o anunciante recusar a campanha.[3] Nos termos do artigo 270.º do Código Civil, esta recusa traduz um acontecimento futuro e incerto do qual depende a eficácia dos contratos.

De acordo com o artigo 1214.º do Código Civil, a agência de publicidade não pode igualmente, sem autorização do anunciante, fazer alterações ao plano convencionado. Mas é frequente o anunciante solicitar a realização de correções, por exemplo, em conformidade com os valores da marca ou as indicações relativas à campanha. Neste caso, nos termos do artigo 1216.º n.º 2 do Código Civil, se não for remunerada mediante um valor mensal fixo, a agência

---

[2] LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS e MARIANA FONTES DA COSTA, "Contrato de produção publicitária", AA.VV., *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 222.

[3] RUI MOREIRA CHAVES, *Regime jurídico da publicidade*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 273.

de publicidade "tem direito a um aumento do preço estipulado, correspondente ao acréscimo de despesa e trabalho, e a um prolongamento do prazo para a execução da obra".

Terminada a obra pela agência de publicidade, o anunciante pode recusar a sua aceitação, se verificar que não corresponde ao plano convencionado, como decorre do artigo 1218.º do Código Civil. Esta verificação deve ser feita dentro de um prazo razoável, podendo a aceitação ser expressa ou tácita. No entanto, o problema suscita-se quase sempre face a questões de conteúdo puramente subjetivo, como a criatividade da campanha, pelo que dificilmente o anunciante invoca com sucesso as consequências daquela desconformidade, como a eliminação dos defeitos (artigo 1221.º do Código Civil), a redução do preço ou a resolução do contrato (artigo 1222.º do Código Civil) e a indemnização (artigo 1223.º do Código Civil). Igualmente relevante é a possibilidade de o anunciante desistir a todo o tempo da campanha, desde que indemnize a agência de publicidade "dos seus gastos e trabalho e do proveito que poderia tirar da obra", segundo o artigo 1229.º do Código Civil.

O contrato publicitário em sentido estrito pode ainda conter cláusulas acessórias de exclusividade. Esta exclusividade pode incidir sobre o anunciante, inviabilizando a contratação de outras agências, mas também sobre a própria agência, que deixa de poder realizar campanhas para outros anunciantes do mesmo sector de atividade. Quando incide sobre o anunciante, a exclusividade geralmente uma opção voluntariamente assumida no quadro das relação duradoura estabelecida com a agência, tendo a vantagem de garantir a continuidade da comunicação comercial. Importa referir que esta perspetiva de continuidade é particularmente relevante face a produtos de baixo envolvimento, onde prevalece a fidelidade emocional à marca, que representa um dos instrumentos do consumo simbólico e potencia o reforço de comportamentos.[4] Já a obrigação de a agência não contratar com concorrentes do anunciante, raramente se verifica no sector da moda.

Neste contexto, releva especialmente a obrigação de confidencialidade dos elementos transmitidos pelas partes, que decorre do respeito pelos fins contratuais consagrado no artigo 28.º do Código da Publicidade, segundo o qual "é proibida a utilização para fins diferentes dos acordados de qualquer ideia, informação ou material publicitário fornecido para fins contratuais relacionados com alguma ou algumas das operações" de conceção, criação, produção, planificação e distribuição publicitárias. Estes elementos podem constituir segredos de

---

[4] JOÃO PINTO E CASTRO, *Comunicação de Marketing*, 2.ª edição, Edições Sílabo, Lisboa, 2007, pág. 133.

negócios, para os efeitos do artigo 313.º do Código da Propriedade Industrial, como se verifica relativamente aos planos estratégicos.

1.2. Contrato de difusão publicitária

O contrato de difusão publicitária é celebrado entre o anunciante, a agência de publicidade ou as centrais de compra, pelo lado da procura, e o titular do suporte ou o concessionário, pelo lado da oferta. Tem como objeto a cedência de espaço ou de tempo para a difusão da mensagem através dos meios de comunicação, mediante pagamento de uma remuneração. Depende da entrega do material publicitário e abrange um número previamente acordado de inserções publicitárias, delimitadas em função da dimensão espacial ou temporal. Pode ter designações específicas, de acordo com o suporte utilizado.

Relativamente à publicidade exterior, a natureza jurídica do contrato de difusão publicitária tende a coincidir com a locação, na medida em que está em causa a concessão do uso temporário de um suporte, mediante pagamento de uma remuneração, de acordo com a noção que resulta do artigo 1022.º do Código Civil.[5] Quanto aos restantes suportes – a imprensa, a rádio e a televisão mas hoje também a Internet – configura-se ainda como empreitada.[6] Complementarmente, subsiste uma prestação de serviço indiferenciado, que coincide com a atividade técnica necessária para o cumprimento da obrigação principal. A relevância desta atividade técnica, desenvolvida pelo titular do suporte, começou por se manifestar sobretudo nos meios de comunicação audiovisuais.

Atento o desequilíbrio de poder de negociação, o contrato de difusão publicitária é frequentemente celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais, pelo que releva a aplicação do DL n.º 446/85, de 25 de outubro. O diploma regula "as cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respetivamente, a subscrever ou aceitar" (artigo 1.º n.º 1). Impende sobre o titular do suporte o dever de comunicação das cláusulas contratuais gerais "de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo" (artigo 5.º), bem como o dever de informação sobre o respetivo conteúdo (artigo 6.º). Para além dos

---

[5] ANTUNES VARELA, "Contrato de arrendamento: terraço para instalação de publicidade luminosa – parecer ", *Colectânea de Jurisprudência*, ano XVIII, 1993, tomo III, pág. 8.

[6] Neste sentido, ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018, pág. 254.

direitos e deveres das partes, estas cláusulas contratuais gerais estabelecem a remuneração do titular do suporte pela difusão das mensagens, geralmente mediante remissão para tabelas de preços próprias.

Ora, as cláusulas contratuais gerais tendem a prever a responsabilidade solidária do anunciante e da agência de publicidade pelo cumprimento da obrigação de pagamento da remuneração. Esta solução beneficia os titulares dos suportes, devendo compreender-se como garantia prestada pela agência de publicidade, que a doutrina enquadra no instituto da fiança, previsto no artigo 627.º do Código Civil.[7]

Neste contexto, a agência de publicidade atua por conta do anunciante, em função do que resulta do contrato publicitário em sentido estrito. Se lhe forem atribuídos poderes de representação, o contrato produz efeitos na esfera jurídica do anunciante, nos termos do artigo 258.º do Código Civil, aplicável por remissão do artigo 1178.º do Código Civil. Pelo contrário, se a agência de publicidade agir em nome próprio, o anunciante não é parte no contrato de difusão mas a hipótese pode configurar-se como um contrato a favor de terceiro, que ao contrário do negócio celebrado sem poderes de representação, não depende de ratificação. Nos termos do artigo 443.º n.º 1 do Código Civil, "por meio de contrato, pode uma das partes assumir perante outra, que tenha na promessa um interesse digno de proteção legal, a obrigação de efetuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio". O promitente é o titular do suporte, o promissário a agência de publicidade e o terceiro beneficiário o anunciante.

O contrato de difusão publicitária celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais suscita igualmente o problema da exclusão ou limitação da responsabilidade dos titulares dos suportes por publicidade ilícita, em desconformidade com o disposto nos artigos 30.º e 36.º do Código da Publicidade. Estas cláusulas, unilateralmente impostas aos anunciantes e às agências de publicidade, preveem ainda o direito de regresso dos titulares dos suportes relativo ao pagamento de indemnizações ou coimas aplicadas em processos contraordenacionais. A nulidade destas cláusulas funda-se na contrariedade à lei, nos termos gerais do artigo 280.º n.º 1 do Código Civil. Acresce que também a alínea b) do artigo 18.º do DL n.º 446/85, de 25 de outubro qualifica como cláusulas absolutamente proibidas as que "excluam ou limitem, de

[7] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Contratos de publicidade", *Scientia Iuridica*, tomo XLIII, n.º 250/252, julho/dezembro 1994, pág. 296.

modo direto ou indireto, a responsabilidade por danos patrimoniais extracontratuais, causados na esfera da contraparte ou de terceiros".[8]

Cabe ao titular do suporte garantir que a difusão da mensagem é feita de modo tecnicamente idóneo. Segundo o Tribunal da Relação do Porto, existe cumprimento defeituoso do contrato de difusão publicitária nas listas telefónicas se o anúncio for publicado com incorreções (acórdão de 26 de maio de 2008, processo n.º 0851518). O anunciante tem então direito à repetição da difusão do anúncio nos termos contratados com o titular do suporte. E, à semelhança do que se verifica no caso de incumprimento, o titular do suporte deve também indemnizar o anunciante pelos danos causados, nos termos do artigo 798.º do Código Civil. Neste sentido, a propósito do incumprimento de um contrato de transmissão radiofónica de publicidade, que qualificou como prestação de serviços, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu o direito do anunciante ao ressarcimento pelo interesse contratual positivo (acórdão de 17 de dezembro de 1985, processo n.º 72 870).[9] Porém, as partes tendem a excluir ou limitar a responsabilidade, nos termos do artigo 800.º n.º 2 do Código Civil, dando o incumprimento lugar apenas a uma nova inserção publicitária ou à não faturação.

Visa igualmente a difusão da mensagem o contrato celebrado com os influenciadores digitais enquanto titulares do suporte publicitário, nomeadamente, os blogues pessoais ou as páginas nas redes sociais. As especificidades deste contrato serão abordadas a propósito das estratégias comerciais em ambiente digital.

1.3. Contrato de criação publicitária

1.3.1. Direitos e obrigações das partes

O contrato de criação publicitária é celebrado entre a agência de publicidade e o criativo como profissional independente. Ou seja, em função das solicitações dos anunciantes, algumas agências de publicidade recorrem frequentemente a criativos externos, não vinculados por contrato de trabalho. Os criativos têm direito à remuneração e o dever de colaborar na fase da conceção, criação e produção das mensagens, de acordo com o contrato celebrado com a agência de publicidade. Esta remuneração pode ser exigida, mesmo face ao incumprimento da obrigação do anunciante perante a agência de publicidade.

---

[8] Em Espanha, o artigo 11.º da *Ley General de Publicidad* consagra de forma expressa a proibição de incluir em qualquer contrato publicitário cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade das partes face a terceiros.

[9] Acórdão publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 352, janeiro 1983, pág. 339 a 344.

Na medida em que visa a produção de uma campanha, é aplicável ao contrato de criação publicitária o regime jurídico da empreitada. Assim, considerando a existência de um contrato prévio entre a agência de publicidade e o anunciante, nos termos do artigo 1213.º n.º 1 do Código Civil, "subempreitada é o contrato pelo qual um terceiro se obriga para com o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou uma parte dela". A possibilidade de um profissional independente realizar a criação publicitária deve constar do contrato publicitário em sentido estrito ou ser autorizada – também de forma implícita, quando resulta dos usos – pelo anunciante. A subempreitada é um contrato subordinado à empreitada precedente, pelo que a posição do subempreiteiro em relação ao empreiteiro se equipara à posição deste em relação ao dono da obra. Atenta esta relação de dependência, a extinção do contrato publicitário em sentido estrito, nomeadamente por desistência do anunciante, determina a extinção do contrato de criação publicitária.

Num contexto de excesso de mensagens com finalidade promocional, os criativos têm um papel central no resultado do processo publicitário, uma vez que procuram desenvolver uma ideia original e a respetiva execução, de forma a atrair os destinatários para uma determinada campanha. As funções dos criativos abrangem tradicionalmente uma dimensão gráfica e uma outra em forma de texto, que se dividem entre visualizadores e redatores. No sector da moda, a publicidade tem sobretudo uma dimensão gráfica, capaz de provocar nos destinatários o impacto determinante da decisão de transação, sendo especialmente relevante o fotógrafo enquanto criativo. Pelo contrário, raramente se verifica o recurso a qualquer forma de texto na comunicação comercial.

1.3.2. Proteção da criação publicitária

A eficácia da comunicação comercial assentava tradicionalmente no carácter repetido e permanente das mensagens. No entanto, em resposta ao aumento exponencial da concorrência que se verificou no final do século XX, os anunciantes passaram a ter como principal preocupação a criatividade dos conteúdos publicitários. Surge mais recentemente o marketing viral, em que as próprias mensagens aportam valor para os consumidores, dada a sua natureza inspiradora, irreverente e atual. Assim se justifica a divulgação das mensagens através de um movimento espontâneo dos destinatários junto dos respetivos contactos.[10]

---

[10] ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017, pág. 411.

O problema da proteção da criação publicitária suscita-se sobretudo no quadro do direito de autor, atenta a possibilidade de qualificar a mensagem como obra original, para os efeitos do artigo 2.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Na verdade, a presença de elementos criativos nas campanhas conduz ao seu enquadramento na liberdade de "criação intelectual, artística e científica", enunciada no artigo 42.º da Constituição da República Portuguesa. Este entendimento é contrariado por uma parte da doutrina nacional que recusa aquela proteção, invocando os constrangimentos técnicos à liberdade de criação no domínio da comunicação comercial, pelo menos face aos slogans.[11]

Nos termos do artigo 29.º do Código da Publicidade, "as disposições legais sobre direitos de autor aplicam-se à criação publicitária" (n.º 1), sendo "ilícita a utilização de criações publicitárias sem a autorização dos titulares dos respetivos direitos" (n.º 3). Enquanto forma de expressão cultural, a criação publicitária encontra-se, em certos casos, abrangida pelo artigo 2.º n.º 1 alínea m) do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos relativo aos "lemas ou divisas, ainda que de carácter publicitário, se se revestirem de originalidade" e pelo artigo 163.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos relativo aos "cartazes e desenhos publicitários". Ou seja, o legislador tutela expressamente a originalidade, não obstante a destinação utilitária da obra, que se manifesta na qualificação da criação como publicitária.[12] Também os vídeos podem ficar abrangidos pelo artigo 2.º n.º 1 alínea f) do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

No entanto, o direito de autor continua a afastar a proteção da mera ideia publicitária, na medida em que não se encontra "por qualquer modo exteriorizada", nos termos do artigo 1.º n.º 1 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. A ideia publicitária pode ainda ser tutelada pela disciplina da concorrência desleal, nomeadamente, quando integra um aproveitamento da reputação alheia, para os efeitos da alínea c) do n.º 1 do artigo 311.º do Código da Propriedade Industrial. Assim, constitui publicidade parasitária o aproveitamento do valor evocativo de uma dada ideia publicitária dotada de reconhecimento junto do público.[13] A proibição funda-se no valor económico da ideia publicitária e na relevância da reputação nas

---

[11] JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES e MANUEL NOGUEIRA SERENS, "Criações publicitárias – a atribuição do direito patrimonial de autor e a utilização das criações protegidas por parte dos anunciantes", AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação*, volume VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 214.

[12] JOSÉ MARÍA CUESTA RUTE, *Curso de Derecho de la Publicidad*, EUNSA, Navarra, 2002, pág. 97.

[13] Desenvolvidamente, ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Parasitismo económico e direito*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 130 a 136.

decisões de consumo. Para além das referências de sentido idêntico, deve entender-se que constitui publicidade parasitária a imitação por contraste.[14]

A propósito da proteção da criação publicitária, importa começar por delimitar o problema da titularidade do direito de autor. O artigo 11.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos prevê que "o direito de autor pertence ao criador intelectual da obra, salvo disposição expressa em contrário". Neste sentido, a doutrina tem reconhecido a necessidade de uma interpretação corretiva do artigo 29.º n.º 2 do Código da Publicidade, nos termos do qual "os direitos de carácter patrimonial sobre a criação publicitária presumem-se, salvo convenção em contrário, cedidos em exclusivo ao seu criador intelectual". Na verdade, a titularidade originária do direito resulta da aplicação das normas gerais, havendo lugar à aquisição derivada relativamente ao anunciante.[15] Acresce que são ainda aplicáveis à criação publicitária os direitos morais de autor, não consagrados naquele preceito.

No domínio da comunicação comercial, distinguem-se as obras realizadas por criativos vinculados às agências de publicidade por contrato de trabalho e as obras realizadas por profissionais independentes, que integram o conceito de obra por encomenda, na sequência da celebração de um contrato de criação publicitária. Em ambos os casos, nos termos do artigo 14.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, "a titularidade do direito de autor relativo a obra feita por encomenda ou por conta de outrem, quer em cumprimento de dever funcional quer de contrato de trabalho, determina-se de harmonia com o que tiver sido convencionado" (n.º 1), presumindo-se na falta de convenção que "a titularidade do direito de autor relativo a obra feita por conta de outrem pertence ao seu criador intelectual" (n.º 2). Porém, os contratos celebrados com os criadores tendem a incluir, independentemente da natureza do vínculo, uma cláusula que atribui às agências de publicidade a titularidade do direito de autor sobre as criações publicitárias. E os próprios contratos publicitários preveem frequentemente que a titularidade do direito de autor passa a pertencer aos anunciantes, acautelando a utilização em futuras campanhas. Neste sentido, releva também, no domínio da comunicação comercial, "a circunstância de o nome do criador da obra não vir mencionado nesta ou não figurar no local destinado para o efeito segundo o uso universal", que constitui presunção de que o direito de autor fica a pertencer à entidade por conta de quem a obra é feita (n.º 3). Tratando-se de uma

---

[14] CHRISTOPHE BIGOT, *Droit de la création publicitaire*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997, pág. 76.

[15] Por todos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de autor e direitos conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pág. 533.

obra coletiva, nos termos do artigo 19.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, o direito de autor é igualmente atribuído à entidade "que tiver organizado e dirigido a sua criação e em nome de quem tiver sido divulgada ou publicada" (n.º 1).

A proteção da obra abrange, de acordo com o disposto no artigo 9.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, "direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais" (n.º 1). Neste sentido, "no exercício dos direitos de carácter patrimonial o autor tem o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou autorizar a sua fruição ou utilização por terceiro, total ou parcialmente" (n.º 2) e "mesmo depois da transmissão ou extinção destes, o autor goza de direitos morais sobre a sua obra, designadamente o direito de reivindicar a respetiva paternidade e assegurar a sua genuinidade e integridade" (n.º 3).

O artigo 67.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, relativo à garantia das vantagens patrimoniais decorrentes da exploração da obra, prevê que "o autor tem o direito exclusivo de fruir e utilizar a obra, no todo ou em parte, no que se compreendem, nomeadamente, as faculdades de a divulgar, publicar e explorar economicamente por qualquer forma, direta ou indiretamente, nos limites da lei" (n.º 1) e que "a garantia das vantagens patrimoniais resultantes dessa exploração constitui, do ponto de vista económico, o objeto fundamental da proteção legal" (n.º 2). Porém, estes direitos patrimoniais são disponíveis, podendo o titular originário, nos termos do artigo 40.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, "a) autorizar a utilização da obra por terceiro; b) transmitir ou onerar, no todo ou em parte, o conteúdo patrimonial do direito de autor sobre essa obra". Assim, na sequência da celebração de um contrato publicitário em sentido estrito, o anunciante adquire os direitos de exploração económica das criações publicitárias, mesmo que não lhe pertença a titularidade do direito de autor sobre elas.

Já os direitos morais cabem sempre ao autor da criação publicitária, que coincide com a pessoa humana a quem pode ser imputada a originalidade da obra. Ou seja, o criativo vinculado à agência de publicidade por contrato de trabalho ou o profissional independente. Segundo o artigo 56.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, "independentemente dos direitos de carácter patrimonial e ainda que os tenha alienado ou onerado, o autor goza durante toda a vida do direito de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a genuinidade e integridade desta, opondo-se à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma e, de um modo geral, a todo e qualquer ato que a desvirtue e possa

afetar a honra e reputação do autor" (n.º 1). Trata-se de um direito "inalienável, irrenunciável e imprescritível" (n.º 2).

Os mecanismos de tutela das criações publicitárias no quadro do direito de autor têm sobretudo natureza penal, como decorre da consagração dos crimes de usurpação (artigo 195.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos) e de contrafação (artigo 196.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos). Igualmente relevante é a responsabilidade civil pelos danos causados ao autor (artigo 203.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, nos termos gerais do artigo 483.º do Código Civil) e a tutela contraordenacional (artigo 205.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos).

1.4. Contrato de patrocínio

O contrato de patrocínio fica ainda abrangido pelo contrato de difusão publicitária, dado que o beneficiário colabora na distribuição da comunicação comercial do patrocinador em qualquer meio à sua disposição, recebendo em contrapartida uma ajuda financeira para a atividade desportiva, cultural ou científica. Este enquadramento foi reconhecido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, a propósito de um contrato de patrocínio no domínio do automobilismo, que "na falta de regulamentação específica entre nós, é de abordar no quadro do chamado contrato de difusão publicitária" (acórdão de 30 de abril de 1998, apelação n.º 1679/98).[16] No entanto, a generalidade da doutrina nacional continua a autonomizar o contrato de patrocínio face ao contrato de difusão publicitária.[17]

Nos termos da alínea o) do artigo 2.º da Lei da Televisão, aprovada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, integra patrocínio "a comunicação comercial audiovisual que consiste na contribuição feita por pessoas singulares ou coletivas, públicas ou privadas, que não sejam operadores de televisão, operadores de serviços audiovisuais a pedido ou produtores de obras audiovisuais, para o financiamento de serviços de programas televisivos ou serviços audiovisuais a pedido, ou dos seus programas, com o intuito de promover o seu nome, marca, imagem, atividades ou produtos". Segundo o artigo 41.º n.º 3 do diploma, não podem ser patrocinados "os serviços noticiosos e os programas de informação política". No entanto, ao contrário do que se verifica na colocação de produto, o patrocínio não depende necessariamente da integração do produto no conteúdo do programa.

---

[16] Acórdão publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXIII, 1998, tomo II, pág. 135 a 140.

[17] ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, "Contrato de patrocínio publicitário (*sponsoring*)", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 58, I, janeiro 1998, pág. 321.

O artigo 24.º do Código da Publicidade prevê que "o conteúdo e a programação de uma emissão patrocinada não podem, em caso algum, ser influenciados pelo patrocinador, por forma a afetar a responsabilidade e a independência editorial do emissor" (n.º 5) e que "os programas patrocinados não podem incitar à compra ou locação dos bens ou serviços do patrocinador ou de terceiros, especialmente através de referências promocionais específicas a tais bens ou serviços" (n.º 6). No mesmo sentido, o artigo 41.º da Lei da Televisão prevê que "o conteúdo de um serviço de programas televisivo, serviço audiovisual a pedido ou programa patrocinado ou, no caso dos serviços de programas televisivos, a sua programação não podem, em caso algum, ser influenciados de modo a afetar a respetiva responsabilidade e independência editorial" (n.º 4) e que "os serviços de programas ou programas patrocinados, assim como a identificação dos respetivos patrocínios, não podem encorajar diretamente à compra ou locação de produtos ou serviços do patrocinador ou de terceiros, nomeadamente através de referências promocionais específicas a esses produtos ou serviços" (n.º 5).

O patrocínio encontra-se igualmente regulado em sede de autodisciplina. Assim, o Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária, nas disposições específicas, define o patrocínio como "todo e qualquer acordo comercial pelo qual o patrocinador, para benefício mútuo, seu e do patrocinado, oferece contratualmente apoio financeiro ou outro, visando estabelecer uma associação entre a imagem, marcas, bens, ou serviços do patrocinador e o objeto patrocinado, em troca dos direitos de comunicar publicamente esta associação e/ou para garantir determinados benefícios, diretos ou indiretos, que tenham sido objeto de acordo". Para além da preocupação com a identificação do patrocínio, o diploma prevê ainda o embuste do objeto do patrocínio (artigo B2) e o respeito pelo objeto do patrocínio (artigo B3), bem como um conjunto de outras normas destinadas a proteger o patrocinador, o patrocinado e o público.

Os eventos de moda são frequentemente patrocinados por empresas de outros sectores de atividade que desta forma beneficiam da associação da marca ou dos próprios produtos a acontecimentos com projeção mediática. Mas pode suceder igualmente que um profissional do sector da moda financie uma determinada atividade desportiva, cultural ou científica, explorando as suas potencialidades promocionais. Em qualquer dos casos, o patrocínio coincide com uma transferência de imagem, suscetível de potenciar o incremento da reputação através de um envolvimento afetivo e sensorial dos destinatários.

Desta forma, o patrocinador obriga-se sobretudo a realizar uma prestação em dinheiro, que pode envolver montantes fixos ou variáveis, por exemplo, em função dos resultados obtidos

pelo patrocinado em determinadas competições. Complementarmente, podem estar em causa também outras prestações, como o fornecimento de produtos ou serviços – no caso do designado patrocínio técnico. Já o patrocinado obriga-se a uma promoção ativa do patrocinador num conjunto de suportes publicitários, divulgando a associação existente entre ambos.[18] Alguns contratos podem ainda prever uma obrigação de exclusividade, deveres de boa conduta ou outras cláusulas acessórias.

2. Estratégias comerciais em ambiente digital

2.1. Conceito jurídico de publicidade

O legislador nacional adotou uma definição ampla de publicidade, que é independente do "suporte utilizado para a sua difusão" (artigo 1.º do Código da Publicidade) e que coincide com "qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços" e de "promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições" (artigo 3.º n.º 1 alíneas a) e b) do Código da Publicidade). Esta definição foi reiterada pela Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, que regula a publicidade domiciliária, nomeadamente por via postal, distribuição direta, telefone e telecópia (artigo 1.º n.º 4).

Acresce que a publicidade cabe também no conceito de "prática comercial da empresa nas relações com os consumidores ou, abreviadamente, prática comercial", enunciado no artigo 3.º alínea d) do DL n.º 57/2008, de 26 de março, resultante da transposição da Diretiva 2005/29/CE, que designa "qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor".

2.1.1. Elementos objetivo, subjetivo e teleológico

Nos termos do artigo 3.º n.º 1 do Código da Publicidade, a publicidade caracteriza-se, em primeiro lugar, pela presença de um elemento objetivo ("qualquer forma de comunicação"). Trata-se de uma conduta externa dirigida a determinados agentes económicos, pelo que se distingue das mensagens com efeitos meramente internos.

---

[18] CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO, CARMEN HERRERO SUÁREZ, LIRIO MARTÍN GARCÍA e JOSE MIGUEL HERNÁNDEZ-RICO, *Derecho de la Publicidad*, Aranzadi, Navarra, 2015, pág 228 a 230.

Este elemento objetivo chegou a ser identificado com o fornecimento de informação sobre o produto ou serviço.[19] Assim, nos termos do artigo 40.º n.º 3 do DL n.º 28/84, de 20 de janeiro, posteriormente revogado pelo DL n.º 6/95, de 17 de janeiro, constituía publicidade "toda a informação de ordem comercial, industrial ou profissional feita com o objetivo direto ou indireto de promover junto do público a venda de um bem ou a prestação de um serviço". Tributária da crença na racionalidade das decisões económicas, esta conceção esteve na origem da centralidade dos atos enganosos no regime jurídico vigente. No entanto, como resulta do parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 88/87, emitido em 19 de novembro de 1987, a publicidade afasta-se do conceito de informação, atenta a neutralidade quanto aos fins e a objetividade quanto ao conteúdo.[20]

O conceito jurídico de publicidade depende também de um elemento subjetivo, igualmente de conteúdo amplo ("entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal"). Nos termos do artigo 3.º n.º 2 do Código da Publicidade, fica abrangida a comunicação comercial da Administração Pública.

No entanto, o elemento determinante reside na finalidade da mensagem ("com o objetivo direto ou indireto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços" ou de "promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições"), que a doutrina tende a privilegiar para efeitos da qualificação como publicidade.[21] Ora, este elemento teleológico não incide sobre a intenção do anunciante, nem sobre a natureza promocional percebida pelos destinatários. O que importa aferir é a idoneidade objetiva da mensagem para promover bens ou serviços, assim como ideias, princípios, iniciativas ou instituições. Só esta interpretação permite assegurar a aplicação do regime jurídico da publicidade, designadamente, no plano probatório. A finalidade da mensagem pressupõe o seu carácter voluntário, constituindo uma manifestação da liberdade publicitária dos anunciantes, axiologicamente fundada nos artigos 37.º e 61.º da Constituição da República Portuguesa relativos à liberdade de expressão e à iniciativa económica privada. Resultam, porém, do cumprimento de uma obrigação os casos em que o anúncio decorre de uma imposição administrativa ou judicial, que o artigo 41.º n.º 7 do Código da Publicidade designa equivocamente "publicidade corretora".

---

[19] Desenvolvidamente, LUÍS BRITO CORREIA, *Direito da Comunicação Social*, volume II, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 157.

[20] Publicado em PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, *Pareceres*, volume IX, *Liberdade de expressão e de informação*, pág. 247 a 293.

[21] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "O conceito de publicidade", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, outubro 1985, pág. 129.

Considerando a irrelevância do suporte utilizado prevista no artigo 1.º do Código da Publicidade, cabe no conceito jurídico de publicidade a apresentação dos produtos feita nos próprios rótulos e embalagens, na medida em que as alegações tenham carácter voluntário, bem como os brindes enquanto modalidade paradigmática de publicidade em espécie.[22] Mas cabem também os sinais distintivos do estabelecimento comercial, como reconheceu o Tribunal da Relação de Lisboa a propósito da "exposição no exterior de um edifício da denominação da empresa e respetivo logótipo" (acórdão de 4 de outubro de 2001, processo n.º 0019213). No mesmo sentido, o conceito abrange ainda, segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Belgian Electronic Sorting Technology*, "a utilização de um nome de domínio e a utilização de etiquetas em metadados de um sítio Internet" (acórdão de 11 de julho de 2013, processo n.º C-657/11).

Dado que se aplica apenas a mecanismos de comunicação, e não a todas as iniciativas comerciais, a disciplina da publicidade não abrange as promoções de vendas, que traduzem incentivos à contratação, extrínsecos aos produtos e quase sempre limitados no tempo.[23] Na verdade, as promoções de vendas constituem um instrumento de comercialização enquadrado pelo DL n.º 70/2007, de 26 de março, que regula as práticas comerciais com redução de preço, designadamente, os saldos, promoções e liquidações, bem como pelo artigo 5.º do DL n.º 166/2013, de 27 de dezembro, relativo às vendas com prejuízo. Apesar de surgirem, em regra, acompanhados de uma mensagem publicitária, os incentivos à contratação convocam a necessidade de proteção de interesses diversos, pelo que não devem ser abordados estritamente no domínio da comunicação comercial.

Acresce que a definição adotada pelo legislador nacional não alude aos meios de comunicação de massas, ao contrário do que resultava de uma conceção tradicional, que fazia depender a publicidade da indiferenciação das pessoas contactadas e da repetição do conteúdo da mensagem, não obstante a aparência de personalização, como acontece no marketing direto.[24] Este alargamento releva sobretudo a partir da emergência, nos anos 70 e 80 do século XX, de mecanismos intrusivos como a venda porta-a-porta e a venda por correspondência, nomeadamente através de catálogos, que constituem as manifestações de marketing direto mais relevantes no sector da moda.

---

[22] Neste sentido, ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018, pág. 35.

[23] GERHARD SCHRICKER, *Recht der Werbung in Europa*, tomo I, *Einführung in das Recht der Werbung internationales und EWG-Recht*, Edition ZAW, Bona, 1990, pág. 11.

[24] PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, edição policopiada, Centro de Direito do Consumo / Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, pág. 8.

De facto, a irrelevância do número de destinatários é hoje maioritariamente aceite na delimitação do conceito jurídico de publicidade, que deixa de depender estritamente do recurso aos meios de comunicação de massas.[25] Esta posição fica, aliás, demonstrada pela reiteração do conceito no artigo 1.º n.º 4 da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, que regula a publicidade domiciliária. Em ambiente digital, o recurso às mensagens de correio eletrónico e, mais tarde, aos blogues pessoais e às redes sociais viria a acentuar esta irrelevância do aspeto quantitativo da comunicação comercial para efeitos da aplicação do regime jurídico da publicidade. Num contexto em que a publicidade tende a dissimular-se sob a forma de opiniões aparentemente pessoais, é sobretudo determinante a imputabilidade da mensagem ao anunciante.[26]

2.1.2. Dimensão institucional ou corporativa

Nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do Código da Publicidade, ficam igualmente abrangidas pelo conceito jurídico de publicidade as mensagens destinadas a "promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições". A consagração da publicidade institucional ou corporativa neste diploma chegou a ser criticada com fundamento na alegada natureza não económica.[27]

Cabem no conceito de publicidade institucional ou corporativa as relações públicas, que gozam no sistema norte-americano de um estatuto legal privilegiado. Na verdade, o incremento das relações públicas, geralmente com carácter gratuito, tem assentado na credibilidade das mensagens que os destinatários não percebem imediatamente como publicidade.[28] Nas últimas décadas do século XX, as relações públicas deixaram de incidir estritamente sobre o desempenho económico das empresas, para passarem a recorrer também a argumentos relacionados com a sua identidade, cultura e valores, que se refletem, por exemplo, na responsabilidade social ou nos eventos promovidos. No sector da moda, é especialmente relevante o convite dirigido a influenciadores digitais para participação em eventos, como forma de publicidade institucional ou corporativa que tende a incidir sobre a marca mas que pode visar também os próprios produtos ou serviços.

---

[25] Face ao ordenamento jurídico espanhol, JOSÉ MARÍA CUESTA RUTE, "Observaciones sobre la Ley General de Publicidad", *Revista Jurídica de Catalunya*, ano LXXXVIII, n.º 4, 1989, pág. 55.

[26] ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "Conceito Jurídico de Publicidade: contributos para uma redefinição", AA.VV., *Estudos de Direito do Consumidor*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 14, 2018, pág. 21.

[27] Por todos, PEDRO QUARTIN GRAÇA SIMÃO JOSÉ e ANTÓNIO CÔRTE-REAL CRUZ, *Colectânea de Direito da Publicidade: anotada e comentada*, Rei dos Livros, Lisboa, 1991, pág. 29.

[28] AL RIES e LAURA RIES, *A queda da publicidade e a ascensão das Relações Públicas*, Editorial Notícias, Lisboa, 2003, pág. 18.

Porém, na medida em que promovem a criação de uma imagem favorável junto dos destinatários, as relações públicas continuam frequentemente a ter como objetivo indireto a contratação, de acordo com o que resulta da alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do Código da Publicidade. Ou, como afirmou o Tribunal da Relação de Lisboa, a "publicidade abrange não só a promoção de bens ou serviços, mas ainda todas as formas de comunicação que tenham por objetivo direto ou indireto, essa promoção" (acórdão de 25 de outubro de 2012, processo n.º 5348/11.6TBSXL). Parece, por isso, de afastar o entendimento tradicionalmente maioritário que exclui as relações públicas do conceito de publicidade, com o argumento de que não visam promover a contratação.[29]

Acresce que nas relações entre profissionais, as mensagens publicitárias não incidem apenas sobre as especificações técnicas dos bens mas particularmente sobre a identidade, cultura e valores da empresa. Esta prevalência da dimensão institucional ou corporativa na publicidade dirigida a profissionais justifica-se sobretudo pela relevância dos serviços complementares e dos relacionamentos de longo prazo, assente no valor da confiança.

2.2. Influenciadores digitais

A relevância dos blogues e das redes sociais como instrumentos publicitários resulta da constatação da eficácia dos pares e das fontes não comerciais na criação de associações positivas na mente dos consumidores.[30] De facto, a sociedade da informação e os efeitos de rede decorrentes do recurso a plataformas de colaboração na Web 2.0 contribuíram para o desenvolvimento da técnica do passa-palavra, que constitui o mecanismo mais antigo e mais eficaz de influência das decisões de consumo.[31]

A confiança depositada em opiniões de desconhecidos para efeitos das decisões de consumo manifestou-se especialmente a partir do momento em que os próprios consumidores passaram a disponibilizar na Internet conteúdos relevantes e independentes sobre os produtos (*User Generated Content*). Estes conteúdos estiveram na origem do afastamento do predomínio dos produtores e dos distribuidores, que caracterizou quase todo o século XX, transferindo para os consumidores um papel determinante nas relações de mercado.[32] Associada à saturação publicitária, esta revolução do poder de mercado conduziu a uma alteração das estratégias usadas pelos anunciantes para captar a atenção dos destinatários.

---

[29] JOÃO LOUREIRO, *Direito do Marketing e da Publicidade*, Semanário, Lisboa, 1985, pág. 14.

[30] DAVID MEERMAN SCOTT, *The new rules of Marketing & PR*, Wiley, Nova Jersey, 2007, pág. 24.

[31] JEAN-NOËL KAPFERER, *Rumeurs. Le plus vieux média du monde*, Éditions du Seuil, Paris, 1990, pág. 222.

[32] PATRICIA SEYBOLD, *The customer revolution*, Business Books, Londres, 2002, pág. 3.

O efeito persuasivo da comunicação comercial deixa então de coincidir apenas com a objetividade percebida da informação relativa às características demonstráveis ou aos benefícios decorrentes da utilização dos produtos, dependendo agora sobretudo de um envolvimento afetivo assente em fatores como a empatia, a confiança ou a familiaridade, que são potenciados pelos influenciadores digitais. A finalidade promocional da comunicação comercial dissimula-se através do apelo a sentimentos, aproveitando relações de proximidade com os destinatários, nomeadamente quando os anúncios retratam situações quotidianas onde se integram determinados produtos ou serviços.[33] Esta prevalência da dimensão emocional e simbólica, resultante do afastamento da estrita racionalidade das decisões de consumo desenvolvida pelas teorias económicas neoclássicas, justifica também a interatividade e a bidirecionalidade da publicidade, na sequência do declínio dos tradicionais meios de comunicação de massas.

Na medida em que conquistam a fidelidade de um segmento de mercado, caracterizado por atividades e interesses comuns, os influenciadores digitais estão em condições de provocar mudanças de comportamento e mentalidade. Neste contexto, as mensagens salientam os efeitos subjetivos gerados pelo consumo e o impacto social da compra, potenciando a escolha de marcas capazes de conferir um determinado estatuto ou de favorecer a aceitação do indivíduo num grupo de pertença ou de referência, o que se verifica nomeadamente através do vestuário e do calçado mas também da joalharia e da cosmética. Na verdade, com a transição para a sociedade de consumo, a aquisição de produtos deixou de visar apenas a satisfação das necessidades no sentido de utilidade natural ou subsistência, para passar a surgir como processo de significação.[34]

O papel dos influenciadores digitais manifesta-se sobretudo em sectores de atividade caracterizados pela elevada concorrência e pelo carácter fragmentado, atenta a inexistência de barreiras comerciais, tecnológicas ou financeiras à entrada. Desta forma, os anunciantes beneficiam da credibilidade dos líderes de opinião escolhidos e da fidelidade dos destinatários, que é especialmente relevante no marketing de moda.[35] À semelhança do que se verifica no contrato de difusão publicitária celebrado com os meios de comunicação tradicionais, também o influenciador digital como titular do suporte tem direito ao pagamento de uma remuneração. No entanto, a realidade social tem demonstrado amplamente que o carácter gratuito destes

---

[33] ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação", *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1-2015, pág. 178.

[34] JEAN BAUDRILLARD, *A sociedade de consumo*, Edições 70, Lisboa, 1995, pág. 79.

[35] ANA ISABEL VAZQUEZ CASCO e ELSA MARTINEZ CABALLERO, *Marketing de la Moda*, Pirámide, Madrid, 2006, pág. 282.

negócios não obsta à sua validade, ainda que determine a qualificação como prestação de serviços e já não como empreitada, para os efeitos do artigo 1207.º do Código Civil. Na verdade, não obstante a ausência de remuneração, parece subsistir um interesse mútuo na visibilidade que ambas as partes retiram desta promoção, designadamente, no segmento de luxo.

2.2.1. Princípio da identificabilidade

Nos termos do n.º 1 do artigo 8.º do Código da Publicidade, "a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado". A obrigação de identificar de forma inequívoca a comunicação comercial tem como conteúdo mínimo a natureza publicitária ou finalidade promocional da mensagem. Integrado no princípio da veracidade em sentido amplo, o princípio da identificabilidade representa uma exigência de transparência relativa à forma ou configuração externa das mensagens, permitindo que os destinatários tenham consciência da finalidade promocional do anunciante.

No domínio da publicidade entregue no domicílio do destinatário, por via postal ou por distribuição direta, o princípio da identificabilidade estendeu-se ao anunciante e ao tipo de produto ou serviço (artigo 2.º da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro) e nas comunicações publicitárias prestadas por via eletrónica às ofertas promocionais, "como descontos, prémios ou brindes, e os concursos ou jogos promocionais, bem como os condicionalismos a que ficam submetidos" (artigo 21.º do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro). Por esta via, deixa de incidir apenas sobre o elemento teleológico da mensagem como acontecia no Código da Publicidade, para abranger também o elemento subjetivo e alguns elementos objetivos, o que demonstra a sua relevância no domínio da Internet.

Mas este alargamento do âmbito de aplicação do princípio da identificabilidade demonstra também a existência de uma relação entre a transparência da comunicação comercial e a tutela da esfera privada dos destinatários, resultante do enquadramento das comunicações não solicitadas e, especialmente, da proibição de envio de correio eletrónico para fins de marketing direto sem identificação inequívoca do anunciante, na Lei de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade nas Telecomunicações, aprovada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto. Neste contexto, importa sobretudo garantir a "indicação de um meio de contacto válido para o qual o destinatário possa enviar um pedido para pôr termo a essas comunicações" (artigo 13.º-A n.º 4). O princípio da identificabilidade passa então a constituir expressamente um instrumento de garantia da esfera privada dos destinatários, à semelhança do que viria a verificar-se noutros regimes jurídicos.

Em sede de autodisciplina, o artigo 14.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária consagra a obrigação de revelar a identidade do anunciante (n.º 1) e os meios de contacto disponíveis para o consumidor (n.º 2). Excetuam-se as "comunicações cujo único propósito seja o de atrair a atenção para atividades de comunicação futuras" (n.º 3), que não obstante a sua admissibilidade genérica podem colidir com o princípio da confiança do público previsto no n.º 3 do artigo 4.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária. Impende, por isso, sobre o anunciante a responsabilidade de estar atento ao desenvolvimento da campanha publicitária que não revela a sua identidade, como resulta da decisão do Júri de Ética no caso *À procura de Diana* (decisão de 8 de novembro de 2012, processo n.º 15J/2012) relativo à promoção de um perfume através de uma notícia difundida nos serviços noticiosos de um canal de televisão.

Do princípio da identificabilidade decorre a obrigação de separação da publicidade da restante programação na rádio e na televisão "através da introdução de um separador no início e no fim do espaço publicitário", prevista no n.º 2 do artigo 8.º do Código da Publicidade. Para este efeito, deve ser afastado o recurso a elementos de continuidade entre a comunicação comercial e os separadores acústicos ou visuais, que redundariam na diluição do conteúdo publicitário no próprio programa. O artigo 40.º-A da Lei da Televisão prevê que a publicidade e a televenda "devem ser facilmente identificáveis como tais e claramente separadas da restante programação" (n.º 1), devendo a separação fazer-se "entre programas e nas suas interrupções, pela inserção de separadores óticos e acústicos no início e no fim de cada interrupção, devendo o separador inicial conter, de forma percetível para os destinatários, e consoante os casos, a menção "Publicidade" ou "Televenda" (alínea a) do n.º 2) ou "havendo fracionamento do ecrã, através da demarcação de uma área do ecrã, nunca superior a uma quarta parte deste, claramente distinta da área remanescente e identificada de forma percetível para os destinatários, com a menção "Publicidade" (alínea b) do n.º 2).

A preocupação com o princípio da identificabilidade manifesta-se também a propósito do patrocínio, da colocação de produto e da ajuda à produção, independentemente da separação da restante programação. Nos termos do artigo 41.º da Lei da Televisão, "os serviços de programas televisivos e os serviços de comunicação audiovisual a pedido, bem como os respetivos programas patrocinados, são claramente identificados como tal pelo nome, logótipo ou qualquer outro sinal distintivo do patrocinador dos seus produtos ou dos seus serviços" (n.º 1) e "os programas patrocinados devem ainda ser identificados no início, no recomeço e no fim

do programa, sem prejuízo de tal indicação poder ser feita cumulativamente noutros momentos desde que não atente contra a integridade dos programas, tendo em conta as suas interrupções naturais, bem como a sua duração e natureza, e seja efetuada de forma a não lesar os direitos de quaisquer titulares" (n.º 2). Já o artigo 40.º da Lei da Rádio, aprovada pela Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro, prevê apenas que "os espaços de programação patrocinados devem incluir, necessariamente no seu início, a menção expressa desse facto" (n.º 4).

Para efeitos da colocação de produto, o artigo 41.º-A da Lei da Televisão estabelece que os programas "produzidos ou encomendados pelo operador de televisão ou pelo operador de serviços audiovisuais a pedido que procede à respetiva difusão ou, ainda, por uma sua filial, devem ser adequadamente identificados no início, no fim e aquando do seu recomeço após interrupções publicitárias" (n.º 6). Dispensados da identificação parecem ficar, por esta via, os programas não produzidos ou não encomendados.

Por fim, a ajuda à produção representa, de acordo com o artigo 2.º n.º 1 alínea b) da Lei da Televisão, "a comunicação comercial audiovisual que consiste na inclusão ou referência a um bem ou serviço num programa, a título gratuito", por exemplo, quando o apresentador de um programa é vestido ou calçado por uma determinada marca. Os critérios de distinção da colocação de produto e da ajuda à produção constam do Acordo de Autorregulação respeitante à Determinação do Valor Comercial Significativo, subscrito por um conjunto alargado de operadores televisivos e ratificado em 6 de setembro de 2016 pela deliberação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social n.º ERC/2016/206. A cláusula 3.ª estabelece um montante fixo ou critério de valor absoluto, prevendo que "não terá, em qualquer circunstância, valor comercial significativo a ajuda à produção que se traduza na cedência gratuita a uma produção audiovisual de um bem ou serviço cujo valor de uso imputável a um programa, à data da sua emissão original, seja inferior a 20 unidades de conta processuais". Ou seja, de acordo com o valor da unidade de conta processual em vigor fixado pelo artigo 22.º do DL n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, daqui resulta um montante fixo de € 2 040. Já a cláusula 4.ª define um sistema progressivo ou critério de valor relativo, em função das percentagens do orçamento de produção ou do custo de grelha dos programas.

A ajuda à produção deve igualmente ser identificada como tal, nos termos da remissão constante do artigo 41.º-A da Lei da Televisão, "quando os bens ou serviços utilizados não tenham valor comercial significativo" (n.º 7), aplicando-se nos restantes casos as normas previstas para a colocação de produto (n.º 9).

Na imprensa, a publicidade redigida ou gráfica, que como tal não seja imediatamente identificável, depende da inserção da palavra "Publicidade" ou das letras "PUB" em caixa alta no início do anúncio, nos termos do artigo 28.º n.º 2 da Lei de Imprensa, aprovada pela Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro. Neste sentido, a Diretiva da Entidade Reguladora para a Comunicação Social n.º 1/2009 sobre publicidade em publicações periódicas prevê que "é automaticamente considerada identificada a publicidade redigida ou a publicidade gráfica que possua, pelo menos, um dos seguintes elementos: a) filete de cor ou espessura distintos dos usados em filetes destinados a separar conteúdos editoriais; b) mancha de cor diferente da usada em conteúdos editoriais; c) outro separador gráfico distinto dos separadores usados em conteúdos editoriais" (ponto 4) e que a publicidade não identificada com qualquer destes elementos "deve conter a palavra "Publicidade" ou as letras "PUB" grafadas em caixa alta e em corpo de letra legível no início do anúncio, contendo ainda, quando tal não for evidente, o nome do anunciante" (ponto 5). A mesma solução aplica-se às designadas "capas falsas" (pontos 15 a 17), que constituem uma prática recentemente adotada na imprensa, para difusão de mensagens publicitárias com elevado impacto junto dos destinatários.

Também no domínio das comunicações publicitárias prestadas à distância por via eletrónica, a natureza publicitária deve poder ser apreendida "logo que a mensagem seja apresentada no terminal e de forma ostensiva", de acordo com o artigo 21.º alínea a) do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro. Neste contexto, a doutrina entende ser suficiente a inserção da palavra "publicidade" no assunto da mensagem de correio eletrónico.[36] Ficam ainda sujeitas a este regime jurídico as mensagens de correio eletrónico enviadas sob a forma de *newsletters*, como se verifica frequentemente no sector da moda, em conformidade com o disposto no artigo 13.º-A n.º 1 da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, que subordina a licitude das comunicações não solicitadas ao consentimento prévio e expresso dos destinatários.

2.2.2. Publicidade oculta

O regime jurídico da publicidade funda-se axiologicamente no artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa, relativo à proteção dos consumidores, que abrange o direito à informação e a garantia dos interesses económicos (n.º 1), proibindo expressamente a "publicidade oculta, indireta ou dolosa" (n.º 2).

---

[36] ANXO TATO PLAZA, "Aspectos jurídicos del spam", AA.VV., *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 64.

Definida no artigo 9.º n.º 1 do Código da Publicidade, a publicidade oculta constitui uma modalidade típica de violação do princípio da identificabilidade e integra o recurso a "meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem". Por esta via, o anunciante procura evitar a tendencial resistência dos destinatários face à finalidade promocional das mensagens. Ou seja, na publicidade oculta, "o público, julgado perante uma informação imparcial e desinteressada, mais facilmente será objeto de persuasão".[37]

Acresce que no regime jurídico das práticas comerciais desleais, aprovado pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março, na sequência da transposição da Diretiva Europeia 2005/29/CE, a publicidade oculta é objeto de uma dupla abordagem, correspondendo, por um lado, a uma ação enganosa que incide sobre a "motivação da prática comercial" nos termos do artigo 7.º n.º 1 alínea a) e, por outro lado, a uma omissão enganosa relativa à "intenção comercial da prática" segundo o artigo 9.º n.º 1 alínea c). A publicidade oculta passou então a ter, no ordenamento jurídico nacional, um duplo regime sancionatório, resultante da sobreposição deste diploma com o referido artigo 9.º n.º 1 do Código da Publicidade.

A violação do princípio da identificabilidade assenta tradicionalmente na objetividade percebida da informação, que contribui para promover uma imagem favorável dos produtos junto dos destinatários, sem um apelo direto ao consumo. Releva especialmente a hipótese em que a comunicação comercial é difundida sob a forma de notícias ou reportagens jornalísticas, por exemplo, a propósito do lançamento de novas coleções, da celebração de parcerias entre marcas ou da presença de determinadas personalidades em eventos de moda. Beneficiando da aparente neutralidade das fontes, os anunciantes começaram por aproveitar a credibilidade dos meios de difusão – em especial, da imprensa – para divulgar as características demonstráveis ou os benefícios decorrentes da utilização dos produtos.

Na publicidade redigida, que constitui uma modalidade típica de publicidade oculta, o anunciante confere à mensagem uma aparência informativa. A proibição da publicidade redigida resulta da alínea n) do artigo 8.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, que qualifica como prática comercial enganosa em qualquer circunstância "utilizar um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um bem ou serviço tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção quando tal não for indicado claramente no conteúdo ou resultar de imagens ou sons que o consumidor possa identificar com clareza". O legislador consagrou o pressuposto da remuneração do titular do suporte também no artigo 28.º n.º 3 da Lei de

[37] JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *Publicidade enganosa*, Arcádia, Lisboa, 1974, 87.

Imprensa. No entanto, esta orientação viria a ser contrariada pela referida Diretiva da Entidade Reguladora para a Comunicação Social n.º 1/2009.

A publicidade oculta surge, assim, numa primeira fase, ainda no quadro do recurso a argumentos de natureza técnica e funcional, como instrumento da racionalidade das decisões de consumo. Só posteriormente, a tendência de segmentação do mercado e de especialização dos próprios meios de comunicação, que se verificou em Portugal sobretudo a partir do final dos anos 80 do século XX, com o aparecimento das revistas femininas, viria a determinar a emergência das relações públicas centradas no envolvimento afetivo e sensorial.

A segmentação permite abordar de forma fragmentada vários mercados homogéneos de pequena dimensão, em função de fatores de natureza geográfica e sociodemográfica – como o sexo, a idade, a escolaridade, o estado civil, a atividade profissional, o rendimento disponível e a composição do agregado familiar dos destinatários – relevando também mais tarde uma dimensão psicográfica, que abrange designadamente a análise das atividades, dos interesses e das opiniões em matéria social, política, económica ou cultural. Desta forma, os profissionais abandonam progressivamente a conceção massificada e indiferenciada do mercado, passando a dirigir as mensagens publicitárias a um público-alvo claramente identificado. Apesar de ter começado por caracterizar os produtos de luxo ou, pelo menos, de alto envolvimento, esta estratégia de abordagem do mercado rapidamente se estendeu ao grande consumo, verificando-se hoje a sua ampla difusão no domínio do vestuário e do calçado, bem como da joalharia e da cosmética.[38]

Foi num contexto de segmentação do mercado que, aproveitando a generalização do recurso à Internet como suporte publicitário, os anunciantes passaram a recorrer a blogues pessoais para promover uma imagem favorável dos produtos junto de um conjunto delimitado de consumidores. Na medida em que o efeito persuasivo da comunicação comercial depende aqui da identificação dos destinatários com as motivações, as personalidades e os estilos de vida veiculados pelos líderes de opinião, a mensagem tende a surgir sob a forma de opiniões aparentemente pessoais, que simulam o relato desinteressado de uma experiência de consumo. Neste sentido, a publicidade oculta deixa de constituir um instrumento da racionalidade das decisões de transação, passando a relevar no quadro da prevalência da dimensão emocional e simbólica do consumo.

O Parlamento Europeu manifestou, no *Relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores* de 23 de novembro de 2010, uma preocupação com a

---

[38] Na doutrina norte-americana, MICHAEL SOLOMON e NANCY RABOLT, *Consumer Behavior in Fashion*, 2.ª edição Prentice Hall, New Jersey, 2008, pág. 249.

"divulgação de comentários em redes sociais, fóruns ou blogues, os quais dificilmente se destrinçam, pelo seu teor, de meras opiniões; há portanto um risco de o consumidor ser conduzido a tomar decisões erradas convencido que a informação em que se baseia provém de uma fonte objetiva; denuncia casos em que certos operadores económicos financiam, direta ou indiretamente, medidas para encorajar a disseminação de mensagens ou comentários que parecem emanar dos próprios consumidores quando na realidade são mensagens de natureza publicitária ou comercial" (ponto 17). Ora, à semelhança da publicidade redigida, as opiniões aparentemente pessoais integram também uma prática comercial enganosa em qualquer circunstância, nos termos da alínea ab) do artigo 8.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, que proíbe "alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor".

Assim, nos casos em que a mensagem é emitida por um terceiro, a qualificação como publicidade fica dependente da possibilidade da sua imputação ao anunciante. Ou seja, para além dos elementos objetivo, subjetivo e teleológico, relevantes nos termos do disposto no artigo 3.º n.º 1 do Código da Publicidade, importa hoje distinguir entre a comunicação espontaneamente gerada pelos consumidores e a comunicação provocada pelos próprios profissionais. A distinção é especialmente significativa no recurso aos blogues pessoais. Neste sentido, a existência de uma contraprestação económica deve continuar a ser entendida como mero indício da natureza publicitária da mensagem.

No ordenamento jurídico italiano, foram enunciados igualmente outros indícios da relação contratual entre o anunciante e o titular do suporte, para efeitos da imprensa, como a alusão às características de apenas um produto ou serviço, o conteúdo particularmente elogioso, a existência de páginas publicitárias dedicadas ao produto ou serviço na mesma publicação e a colaboração ulterior entre as partes.[39] Pelo contrário, podem revelar já a neutralidade da mensagem a alusão a produtos ou serviços concorrentes, a assinatura do jornalista, o conteúdo objetivo, a natureza descritiva do artigo e a sua inserção no interior de uma determinada rubrica, o carácter comprovadamente inovador do produto ou serviço em causa, bem como a crítica fundamentada de algumas das suas características. No entanto, as dificuldades probatórias relativas à relação contratual existente entre o anunciante e o titular do suporte continuam a redundar numa substancial impunidade da publicidade oculta, sobretudo na era digital.

---

[39] LUIGI MANSANI, "La repressione della pubblicità nascota", *Contratto e Impresa*, 1995, pág. 198.

Em suma, importa distinguir entre a comunicação espontaneamente gerada pelos influenciadores digitais enquanto consumidores dos produtos, que continua fora do conceito jurídico de publicidade, e a comunicação provocada pelos profissionais, que deve ser inequivocamente identificada, na medida em que fica abrangida pelo artigo 3.º do Código da Publicidade, de acordo com o critério da imputabilidade da mensagem ao anunciante.

2.2.3. Mecanismos sancionatórios

A violação do princípio da identificabilidade é objeto de uma tutela contraordenacional, que constitui o mecanismo sancionatório tradicional da publicidade ilícita. Assim, o artigo 34.º do Código da Publicidade determina a aplicação de uma coima de € 1745,79 a € 3740,98 e de € 3491,59 a € 44 891,81 consoante o infrator seja pessoa singular ou pessoa coletiva. E o artigo 21.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março uma coima de € 250 a € 3740,98 e de € 3000 a € 44 891,81 consoante o infrator seja pessoa singular ou pessoa coletiva. Nos termos do artigo 36.º do Código da Publicidade, são punidos como agentes da publicidade ilícita "o anunciante, o profissional, a agência de publicidade ou qualquer outra entidade que exerça a atividade publicitária, o titular do suporte publicitário ou o respetivo concessionário, bem como qualquer outro interveniente na emissão da mensagem publicitária".

Porém, no domínio da comunicação comercial, releva particularmente o recurso à autodisciplina, enquanto tutela privada organizada pelos próprios profissionais, que apresenta como principal vantagem a flexibilidade na abordagem de situações em constante mutação e dotadas de uma complexidade crescente. Através da introdução de novos patamares de responsabilidade, a autodisciplina contribui para elevar o nível de correção das condutas dos profissionais e para garantir a segurança jurídica face às cláusulas gerais. Dado que as normas emanadas pelos organismos profissionais têm uma acentuada componente ética e de responsabilidade social, os sistemas de autodisciplina conduzem quase sempre a um equilíbrio adequado dos interesses dos profissionais, dos consumidores, do mercado publicitário e da sociedade em geral.

A relevância da autodisciplina no domínio da comunicação comercial tem sido reafirmada no Brasil pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (doravante CONAR). A propósito das mensagens relativas a uma marca de cosméticos em três blogues pessoais, numa decisão pioneira proferida em setembro de 2012, o CONAR recomendou a identificação como publicidade de "algo que poderia ser caracterizado como uma forma de atividade de comunicação comercial mas foi utilizado pelas conselheiras de moda e beleza inadvertida ou descuidadamente" (representações n.º 221/12, n.º 222/12 e n.º 223/12). Entre

outros casos, o problema voltaria a suscitar-se numa decisão de outubro de 2016, em que o CONAR censurou a postagem numa rede social de fotografias de celebridades menores de 25 anos a participar num evento, consumindo bebidas alcoólicas (representações n.º 213/16, n.º 214/16 e n.º 215/16). Mais recentemente, em fevereiro de 2018, o CONAR proibiu a divulgação de um pacote turístico não identificada como publicidade, que tinha sido oferecido por uma agência de viagens (representação n.º 263/17). Reconhece, desta forma, a relevância da imputabilidade da mensagem ao anunciante, independentemente da remuneração do titular do suporte, que pode não se verificar.

No Brasil, a intervenção do organismo profissional tem resultado quase sempre da iniciativa dos próprios consumidores, determinando a alteração da mensagem e a advertência do titular do suporte publicitário, sobretudo quando a referência à finalidade promocional não haja sido voluntariamente introduzida durante o processo. Acresce que a generalidade das decisões em matéria de identificabilidade da publicidade incide hoje sobre os influenciadores digitais, em detrimento dos meios de comunicação de massas, que estiveram na origem da proibição da publicidade oculta, sob a forma de publicidade redigida e publirreportagem. No entanto, a identificação da comunicação comercial tende a não permitir que os consumidores evitem a visualização das mensagens, uma vez que só neste momento são informados sobre a respetiva finalidade promocional.[40]

Em Portugal, as decisões da Auto Regulação Publicitária têm incidido apenas sobre o conteúdo das mensagens, sobretudo quando está em causa a veracidade das afirmações e a comparação entre concorrentes. Não se conhecem decisões em matéria de publicidade oculta, continuando a verificar-se uma significativa impunidade relativamente à forma ou configuração externa dos anúncios, que pode estar associada a uma maior passividade dos consumidores, bem como ao problema da prova da relação contratual existente entre o anunciante e o titular do suporte.

Não obstante, constata-se que os mecanismos sancionatórios tradicionais e a própria autodisciplina são ineficazes, especialmente na sua dimensão repressiva, face às mensagens difundidas por influenciadores digitais na área da moda e beleza, com milhões de seguidores permanentemente conectados à Internet, dado que o fenómeno de "viralização" permite a ampla difusão de conteúdos num curto espaço de tempo, inviabilizando o efeito útil da decisão de cessação.

---

[40] ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "Os influenciadores digitais e a publicidade oculta: abordagem comparada de direito luso-brasileiro", AA.VV., *Anais do I Congresso Internacional em Humanidades Digitais*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018, pág. 128.

Neste sentido, cabe também ao mercado um papel relevante na reação contra a lesão dos seus interesses. A reação espontânea do mercado face a determinadas campanhas assenta no desenvolvimento da Web 2.0 e traduz uma manifestação da consciência ética da comunidade, integrando um relevante mecanismo sancionatório informal da publicidade oculta, sobretudo quando difundida pelos influenciadores digitais, como se tem verificado frequentemente no ordenamento jurídico brasileiro. Para além de determinar, em regra, a cessação voluntária do ato ilícito pelo anunciante, a reação espontânea do mercado condiciona as decisões de consumo e influencia a perceção emocional e simbólica da marca pelo público em geral, o que pode corresponder a uma afetação da reputação económica do profissional e a uma efetiva diminuição do seu volume de negócios.

Esta tutela informal assenta na valoração das mensagens publicitárias à luz do seu significado social, permitindo dar resposta ao carácter difuso e mutável da publicidade na Internet, com a garantia de celeridade e eficácia que os mecanismos sancionatórios tradicionais tendem a não oferecer.[41] No sector da moda, os exemplos paradigmáticos da tutela informal centram-se na violação do princípio da licitude enunciado no artigo 7.º do Código da Publicidade, nomeadamente, face a hipóteses de estereótipos de género relativos à realização de tarefas domésticas e ao exercício de uma atividade laboral, que condicionam o papel atribuído na sociedade a homens e mulheres, perpetuando conceções enraizadas. Igualmente relevantes no domínio do vestuário e do calçado, são os casos de discriminação racial, que tendem a suscitar uma forte reação dos destinatários.

2.3. Personalização e proteção de dados pessoais

Potenciada pela evolução tecnológica, a aproximação do conteúdo das mensagens aos interesses concretos dos destinatários assenta atualmente no recurso a instrumentos de monitorização dos comportamentos de navegação na Internet, como os sistemas de *cookies*. Através do armazenamento de pequenos ficheiros de texto no computador do utilizador, os testemunhos de conexão possibilitam o seu reconhecimento em posteriores acessos, para efeitos da apresentação de anúncios personalizados, independentemente de transações anteriores. Apesar do aparecimento de técnicas progressivamente mais otimizadas, a generalização dos sistemas de *cookies* continua a justificar uma abordagem desenvolvida, como forma de recolha e tratamento de dados pessoais.

---

[41] ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017, pág. 383.

Ainda no *Relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores* de 23 de novembro de 2010, o Parlamento Europeu abordou a personalização da comunicação comercial, que considerou constituir "um grave atentado à proteção da vida privada quando assenta no rastreio de características pessoais (testemunhos de conexão, constituição de perfis e geolocalização)" (Considerando I). Ou seja, ao contrário do que se verifica tradicionalmente no domínio da proibição da publicidade enganosa e da publicidade oculta, deixa de estar em causa apenas o conteúdo e a forma da comunicação comercial, devendo a proteção dos destinatários situar-se a montante da própria emissão de mensagens com finalidade promocional.

Enquanto instrumento do processo de comercialização de produtos e serviços, a personalização das mensagens publicitárias deve considerar-se genericamente admitida. Suscita, no entanto, frequentemente, vários problemas ao nível dos meios utilizados pelos profissionais, sobretudo quando resulta da recolha e tratamento de dados pessoais através de mecanismos independentes da intervenção do respetivo titular. Em ambiente digital, a questão da qualificação dos dados pessoais deixou de se suscitar apenas face ao endereço de correio eletrónico, ficando hoje abrangida qualquer informação relativa a interesses do internauta, no pressuposto da sua identificabilidade.[42]

Neste sentido, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (doravante RGPD), aplicável nos Estados Membros da União Europeia desde 25 de maio de 2018, considera dados pessoais a "informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável", designadamente, por referência a "um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular" (artigo 4.º n.º 1). Para efeitos do tratamento de dados pessoais relevam, entre outros, o princípio da limitação das finalidades, segundo o qual os dados devem ser "recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades" (alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º); o princípio da minimização dos dados, que determina a sua adequação, pertinência e limitação ao que for necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados (alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º); e o princípio da limitação da conservação, estritamente em função do período de tempo necessário para aquelas finalidades (alínea e) do n.º 1 do artigo 5.º).

---

[42] O Grupo de Trabalho instituído pelo artigo 29.º da Diretiva 95/46/CE reconheceu no Parecer n.º 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais, adotado em 20 de junho de 2007, que a identificabilidade das pessoas pode resultar do fenómeno das "combinações únicas" de diversas informações.

Como pressuposto de licitude do tratamento, o consentimento traduz o elemento central do regime jurídico da proteção de dados pessoais, de acordo com o que resulta da alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º do RGPD, à semelhança do que se verificava já na anterior Diretiva 95/46/CE. Ora, segundo o disposto no n.º 11 do artigo 4.º do RGPD, o consentimento integra "uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento". O consentimento deve então traduzir um comportamento ativo do utilizador, suscetível de manifestar inequivocamente a sua vontade relativa ao tratamento dos dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas. Importa referir que não constituem consentimento "o silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão" (Considerando 32). No entanto, a generalidade dos sítios eletrónicos continua a prever formas tácitas de exteriorizar o consentimento do titular dos dados pessoais que determinam a sua ineficácia. A aceitação tácita de políticas de privacidade decorre frequentemente, por exemplo, do facto de a navegação não ser interrompida, encontrando-se quase sempre associada a informação redigida de forma pouco clara ou excessivamente técnica.

Desta forma, o princípio da transparência consagrado no n.º 1 do artigo 12.º do RGPD reitera o carácter esclarecido do consentimento, ao postular que o responsável pelo tratamento deve tomar as medidas adequadas para fornecer ao titular dos dados pessoais as informações necessárias "de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples, em especial quando as informações são dirigidas especificamente a crianças". Estas informações devem ser prestadas por escrito ou, mediante pedido do titular, oralmente. Consta dos artigos 13.º e 14.º do RGPD o elenco das informações a facultar ao titular dos dados pessoais.

Em suma, associado à saturação publicitária no sector da moda e à evolução tecnológica, o recurso a instrumentos de recolha e tratamento de dados pessoais como os sistemas automáticos de monitorização dos comportamentos de navegação na Internet continua a enquadrar-se na prevalência da dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial, suscitando sobretudo uma preocupação com a privacidade dos destinatários.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Carlos Ferreira de — "O conceito de publicidade", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, outubro 1985, pág. 115 a 134.

— "Contratos de publicidade", *Scientia Iuridica*, tomo XLIII, n.º 250/252, julho/dezembro 1994, pág. 281 a 301.

ALMEIDA, José Carlos Moitinho de — *Publicidade enganosa*, Arcádia, Lisboa, 1974.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de — *Parasitismo económico e direito*, Almedina, Coimbra, 2009.

— "Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação", *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1-2015, pág. 165 a 189.

— *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017.

— *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018.

— "Os influenciadores digitais e a publicidade oculta: abordagem comparada de direito luso-brasileiro", AA.VV., *Anais do I Congresso Internacional em Humanidades Digitais*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018, pág. 123 a 128.

— "Conceito Jurídico de Publicidade: contributos para uma redefinição", AA.VV., *Estudos de Direito do Consumidor*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 14, 2018, pág. 21 a 51.

ASCENSÃO, José de Oliveira — *Direito de autor e direitos conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

BAUDRILLARD, Jean — *A sociedade de consumo*, Edições 70, Lisboa, 1995.

BIGOT, Christophe — *Droit de la création publicitaire*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1997.

CASTRO, João Pinto e — *Comunicação de Marketing*, 2.ª edição, Edições Sílabo, Lisboa, 2007.

CHAVES, Rui Moreira — *Regime jurídico da publicidade*, Almedina, Coimbra, 2005.

CONTE, Giuseppe — "Codici etici e attività d'impresa nel nouvo spazio globale di mercato", *Contratto e Impresa*, 2006, pág. 108 a 140.

CORREIA, Luís Brito — *Direito da Comunicação Social*, volume II, Almedina, Coimbra, 2005.

CUESTA RUTE, José María — "Observaciones sobre la Ley General de Publicidad", *Revista Jurídica de Catalunya*, ano LXXXVIII, n.º 4, 1989, pág. 51 a 104.

— *Curso de Derecho de la Publicidad*, EUNSA, Navarra, 2002.

GARCÍA PÉREZ, Carmen; LÁRAZO SÁNCHEZ, Emilio — "Régimen general de la contratación publicitaria", AA.VV., *Los contratos publicitarios*, Civitas, Madrid, 2011, pág. 21 a 95.

JOSÉ, Pedro Quartin Graça Simão; CRUZ, António Côrte-Real — *Colectânea de Direito da Publicidade: anotada e comentada*, Rei dos Livros, Lisboa, 1991.

KAPFERER, Jean-Noël — *Rumeurs. Le plus vieux média du monde*, Éditions du Seuil, Paris, 1990.

LOUREIRO, João — *Direito do Marketing e da Publicidade*, Semanário, Lisboa, 1985.

MANSANI, Luigi — "La repressione della pubblicità nascota", *Contratto e Impresa*, 1995, pág. 188 a 205.

MARQUES, João Paulo Remédio; SERENS, Manuel Nogueira — "Criações publicitárias – a atribuição do direito patrimonial de autor e a utilização das criações protegidas por parte dos anunciantes", AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação*, volume VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 207 a 278.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia; HERRERO SUÁREZ, Carmen; MARTÍN GARCÍA, Lirio; HERNÁNDEZ-RICO, Jose Miguel — *Derecho de la Publicidad*, Aranzadi, Navarra, 2015.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias — "Contrato de patrocínio publicitário (*sponsoring*)", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 58, I, janeiro 1998, pág. 317 a 335.

PINTO, Paulo Mota — *Direito da Publicidade*, edição policopiada, Centro de Direito do Consumo / Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999.

RIES, Al; RIES, Laura — *A queda da publicidade e a ascensão das Relações Públicas*, Editorial Notícias, Lisboa, 2003.

SCHRICKER, Gerhard — *Recht der Werbung in Europa*, tomo I, *Einführung in das Recht der Werbung internationales und EWG-Recht*, Edition ZAW, Bona, 1990.

SCOTT, David Meerman — *The new rules of Marketing & PR*, Wiley, Nova Jersey, 2007.

SEYBOLD, Patricia — *The customer revolution*, Business Books, Londres, 2002.

SOLOMON, Michael; RABOLT, Nancy — *Consumer Behavior in Fashion*, 2.ª edição, Prentice Hall, New Jersey, 2008.

TATO PLAZA, Anxo — "Aspectos jurídicos del spam", AA.VV., *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos*, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 55 a 76.

VARELA, Antunes — "Contrato de arrendamento: terraço para instalação de publicidade luminosa – parecer", *Colectânea de Jurisprudência*, ano XVIII, 1993, tomo III, pág. 5 a 14.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de; COSTA, Mariana Fontes da — "Contrato de produção publicitária", AA.VV., *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 211 a 227.

VAZQUEZ CASCO, Ana Isabel; MARTINEZ CABALLERO, Elsa — *Marketing de la Moda*, Pirámide, Madrid, 2006.