

A relevância contratual da Publicidade

Rute COUTO¹

¹ Docente do Departamento de Ciências Empresariais e Jurídicas da Escola Superior de Comunicação, Administração e Turismo do Instituto Politécnico de Bragança (EsACT-IPB). Presidente da Delegação de Trás-os-Montes da Associação Portuguesa de Direito do Consumo (apDC). Estudante do 3º Ciclo de Estudos em Direito na Universidade Portucalense..

Resumo: Na atual sociedade de consumo massificado, a publicidade assume-se como elemento essencial da atividade económica, com inegável influxo na conformação das escolhas dos consumidores. Com uma dupla função informativa e persuasiva, a comunicação publicitária é ainda encarada com condescendência e sem efetivo relevo jurídico, não obstante a previsão legal da sua integração no conteúdo dos contratos de consumo celebrados. O presente trabalho visa analisar a temática da relevância da publicidade como manifestação do direito à informação, critério de qualidade dos bens e serviços de consumo e elemento de valoração da lealdade da prática comercial, à luz da disciplina legal de tutela do consumidor.

Palavras-chave: consumidor; publicidade; informação; contrato

Abstract: In today's society of mass consumption, advertising is assumed as an essential element of economic activity, with undeniable influence in shaping the consumers choices. With a dual informative and persuasive function, advertising is still regarded with condescension and without effective legal relief, despite the legal provision of content integration in consumer contracts. This study aims to analyze the issue of the relevance of advertising as a manifestation of the right to information, quality criterion of consumer goods and services and valuation element of fair commercial practices, in light of the legal discipline of consumer protection.

Keywords: consumer, advertising, information; contract

1. INTRODUÇÃO

Na contemporânea sociedade do consumo e da comunicação, o primeiro contacto dos consumidores com os bens e serviços que pretendem adquirir faz-se através da publicidade. É a publicidade (ou comunicação comercial) que vende “sinais, símbolos e ‘status’”², e assume papel determinante nas escolhas e decisões dos consumidores modernos. “Na prática, os bens são ‘pré-comprados’ através da publicidade”³, o que só por si justifica a presente reflexão em torno da relevância contratual da publicidade.

² JORGE PEGADO LIZ, *Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação*, p. 353, conclusão j).

³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Direito do Consumo*, p. 141), que referencia, a propósito, outro autor, LEHMANN.

Perante as subtis sugestões da publicidade, o jurista intervém em auxílio do consumidor com dois instrumentos, enunciados por Michael R. Will:

um negativo, consistente em impedir que aquele que recebeu uma mensagem publicitária abusiva se encontre juridicamente vinculado; e um positivo, ou seja, conseguir que quem emitiu essa mensagem, ou que quem com ela lucra, fique juridicamente obrigado.⁴

Dado o mote, impõe-se assumir conceitos e delimitar o tema.

O Código da Publicidade⁵ define-a como “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: a) promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições”⁶.

Noção mais ampla é a de *atividade publicitária*, que engloba o conjunto de operações relacionadas com a difusão de uma mensagem publicitária, bem como as relações jurídicas e técnicas daí emergentes entre anunciantes, profissionais ou agências de publicidade e titulares de suportes publicitários⁷. O objeto da nossa análise será o conteúdo do ato comunicacional (a *mensagem publicitária* veiculada aos destinatários), excluindo os contratos que se estabelecem entre os demais sujeitos da atividade publicitária.⁸

E no universo de *destinatários da publicidade* – “a pessoa singular ou coletiva a quem a publicidade *se dirige* ou que por ela, de qualquer forma, é atingida”⁹ – centraremos a

⁴ MICHAEL R. WILL, *A Mensagem Publicitária na Formação do Contrato*, p. 261.

⁵ Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 74/93, de 10 de março, 6/95, de 17 de janeiro, 61/97, de 25 de março, 275/98, de 9 de setembro, 51/2001, de 15 de fevereiro, 332/2001, de 24 de dezembro, 81/2002, de 4 de abril, e 224/2004, de 4 de dezembro, e pelas Leis n.ºs 31-A/98, de 14 de julho, 32/2003, de 22 de agosto, e 37/2007, de 14 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, e pela Lei n.º 8/2011, de 11 de abril. Será adiante referenciado pela sigla CPub.

⁶ Artigo 3.º n.º 1 CPub.

⁷ Cf. artigo 4.º n.º 1 CPub. Para uma distinção entre marketing, comunicação e publicidade, e entre publicidade, mensagem publicitária e atividade publicitária, cf. PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p.3 e segs.

⁸ Para um estudo dos contratos de publicidade, cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA (*La publicidad: su incidencia en la contratación*, III- 2.) e PAULO MOTA PINTO (*Direito da Publicidade*, p.137 e segs.)

⁹ Artigo 5.º n.º 1 d) CPub.

nossa atenção no destinatário que seja consumidor, i.e. a pessoa singular que atua com fins que não pertencem ao âmbito da sua atividade profissional.¹⁰

Partilhamos a posição de que a publicidade será em regra qualificada como *convite a contratar (e não proposta contratual)*¹¹, já que a generalidade das mensagens publicitárias, pela sua própria natureza e linguagem, não contém todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário. Todavia, esta problemática parece ter hoje perdido algum sentido útil, face às estipulações legais que tutelam a posição vulnerável do consumidor na relação de consumo.

Abordaremos, portanto, a relevância contratual da publicidade em conexão com a proteção do consumidor, analisando a temática no âmbito do regime legal aplicável à defesa do consumidor¹², no regime jurídico da venda dos bens de consumo e das garantias a ela relativas¹³ e no regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores¹⁴.

2. INFORMAÇÃO E PUBLICIDADE

Um dos direitos basilares reconhecidos aos consumidores é o direito à *informação*, que o legislador desenvolve enquanto direito à informação em *geral* e em *especial*, respetivamente uma incumbência do Estado e do profissional que contrata com o consumi-

¹⁰ Não nos alongaremos sobre o conceito de consumidor, assumindo a noção aceite nos variados instrumentos legislativos nacionais e comunitários. Sobre o consumidor e utente como destinatário da publicidade, cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *La publicidad: su incidencia en la contratación*, I-6.

¹¹ Sobre a qualificação da publicidade como proposta contratual ou convite a contratar, cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS (*A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 215), PAULO LUIZ NETTO LÔBO (*A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 40), MIGUEL PUPO CORREIA (*Conformação de contratos pela publicidade na Internet*, p. 199), CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Direito do Consumo*, p. 143), JOÃO CALVÃO DA SILVA (*A publicidade na formação do contrato*, p. 698), MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, (*La publicidad: su incidencia en la contratación*, III-3.) e MICHAEL R. WILL (*A Mensagem Publicitária na Formação do Contrato*, p. 262-267).

¹² Lei n.º 24/96, de 31 de julho (com as alterações da Retificação n.º 16/96 de 13 de novembro, Lei n.º 85/98 de 16 de dezembro, Decreto-Lei n.º 67/2003 de 08 de abril e Lei n.º 10/2013 de 28 de janeiro), adiante referenciada como LDC.

¹³ Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril (que transpôs a Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio), alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de maio. Usualmente é designado como “Lei das Garantias”, pelo que será adiante referenciado como LG.

¹⁴ Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março (que transpôs a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005), adiante referenciado pela sigla LPCD.

dor.¹⁵ Na primeira dessas vertentes inclui-se a disciplina da publicidade e o imperativo de integração contratual das informações contidas nas mensagens publicitárias, que adiante melhor analisaremos. Na segunda, é dever do fornecedor de bens e prestador de serviços, desde a fase pré-contratual¹⁶, informar o consumidor de forma, clara, objetiva e adequada, obrigação que abrange desde logo a comunicação publicitária, e se estende aos demais elos do ciclo produção-consumo.

Como consonar o binómio informação/publicidade?

Paulo Luiz Netto Lôbo conclui que ambas são espécies do género informação, muito embora apontando como distinção que “a publicidade tem por fito atrair e estimular o consumo, enquanto a informação visa dotar o consumidor de elementos objetivos de realidade que lhe permitam conhecer os produtos e serviços e exercer suas escolhas”¹⁷. No mesmo sentido, María del Lirio Martín García traça a fronteira por um lado na *objetividade* informativa, face à *subjetividade* publicitária, e por outro lado na finalidade, que será eminentemente *comercial* na publicidade e exclusivamente *difusora* na informação. Não obstante, conclui a autora que as duas figuras são conexas, na medida em que o direito à informação está relacionado com o princípio da veracidade publicitária.¹⁸

A publicidade reveste uma dupla função, *informativa* e *persuasiva*.¹⁹ Se é através da publicidade que o consumidor conhece as características dos bens e serviços e forma a sua decisão negocial, também é real que a publicidade é naturalmente sugestiva e tendenciosa²⁰, visa despertar desejos e convencer a comprar.

Calvão da Silva adverte que esta “finalidade informativo-persuasiva de angariação de clientela, de convencer o público a adquirir os bens ou serviços publicitados, não pode justificar todos os meios de promoção”²¹. Não é, portanto, irrestrita a liberdade publi-

¹⁵ Cf. artigos 7.º e 8.º LDC.

¹⁶ A propósito da responsabilidade pré-contratual e contratual pela publicidade, cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA (*Direito do Consumo*, p. 115 e segs), PAULO MOTA PINTO (*Direito da Publicidade*, p. 80 e segs.), JOÃO CALVÃO DA SILVA (*A publicidade na formação do contrato*, p. 700-702) e NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS (*A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 270 e segs).

¹⁷ PAULO LUIZ NETTO LÓBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 38.

¹⁸ Cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *La publicidad: su incidencia en la contratación*, I-5.

¹⁹ Cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS (*A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 188), MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO (*O conceito de publicidade enganosa*, p. 679-680) e PAULO MOTA PINTO (*Direito da Publicidade*, p. 24-28).

²⁰ MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *La publicidad: su incidencia en la contratación*, I-5.

²¹ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, p. 690.

citária, em nome do exercício do direito de escolha pelo consumidor, “máxime quando as necessidades não são apenas reais, mas induzidas pela publicidade massificada”²².

O CPub desenvolve os quatro princípios pelos quais se rege a publicidade²³: licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor.²⁴

- O princípio da *licitude* proíbe a ofensa de valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados, incluindo um elenco não taxativo de proibições, e restrições quanto à utilização de línguas estrangeiras na publicidade.
- O princípio da *identificabilidade* impõe que a publicidade seja inequivocamente identificada enquanto tal²⁵ e interdita a publicidade oculta ou dissimulada.
- O princípio da *veracidade* determina que a publicidade deve respeitar a verdade, e as afirmações publicitárias devem ser exatas e comprováveis, proibindo a publicidade enganosa, temática que infra desenvolveremos.²⁶
- O princípio de *respeito pelos direitos do consumidor* remete para os direitos do consumidor constitucional e legalmente consagrados²⁷, autonomizando a proibição da publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde e segurança do consumidor.

²² PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 25.

²³ Cf. artigos 6.º-13.º do CPub. Nos artigos 14.º a 22.º-A, estabelecem-se as restrições ao conteúdo e objeto da publicidade, concretamente as relativas a menores, publicidade testemunhal, publicidade comparativa, bebidas alcoólicas, tratamentos e medicamentos, publicidade em estabelecimentos de ensino ou destinadas a menores, jogos de fortuna ou azar, cursos e veículos automóveis.

²⁴ Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA (*A publicidade na formação do contrato*, p. 691-698), PAULO MOTA PINTO (*Direito da Publicidade*, p. 48 e segs), MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO (*O conceito de publicidade enganosa*, p. 678-679).

²⁵ O que é especialmente pertinente no caso da comunicação comercial audiovisual: “publicidade televisiva” (incluindo a “autopromoção” e a “telepromoção”) e “televenda”, “patrocínio”, “colocação de produto” e “ajuda à produção” – cf. artigos 40.º-41.º-D da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido (Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, retificada pela Declaração de Retificação n.º 82/2007, de 12 de setembro e alterada e republicada em anexo à Lei n.º 8/2011, de 11 de abril).

²⁶ A propósito da fronteira entre publicidade enganosa e publicidade oculta, cf. MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO (*O conceito de publicidade enganosa*, p. 702-706) e MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA (*La publicidad: su incidencia en la contratación*, II-2.)

²⁷ Cf. artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa e artigo 3.º LDC: direitos à qualidade dos bens e serviços, à proteção da saúde e da segurança física, à formação e à educação para o consumo, à informação para o consumo, à proteção dos interesses económicos, à prevenção e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos, à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta e à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses.

3. A INTEGRAÇÃO DAS MENSAGENS PUBLICITÁRIAS NO CONTEÚDO DO CONTRATO

Apesar da sua disciplina legal, permanece ainda uma certa benevolência perante a publicidade, associada ao *dolus bonus* do artigo 253.º n.º 2 do Código Civil²⁸, que motiva uma “consciência jurídica generalizada de que se trata, até certo ponto, de uma conversa de vendedor (*sales talk* ou *mere puffs*)”²⁹.

Reflexo desta tolerância são as palavras de Adalberto Pasqualotto³⁰ –

o homem não ignora a fantasia, também vive dela e, segundo os padrões normais, sabe separá-la da realidade. Portanto, as mensagens publicitárias podem habitar esse mundo onírico desde que não enganassem o público no essencial, naquilo que possam conter de suficientemente preciso

– onde o autor simultaneamente introduz como limites a objetividade e veracidade.

Tolerar contratos viciados por *erro ou dolo*³¹, não proteger a boa-fé e a confiança legítimas criadas pela publicidade no consumidor e permitir a publicidade enganosa são – na clara perspetiva de Calvão da Silva – os perigos que advém de não reconhecer importância ou valor jurídico à publicidade, por contraponto à justiça, integridade do consentimento e efetividade do direito à informação do consumidor.³² Na voz do mesmo autor,

[...] se, na realidade, a publicidade motiva e determina o consentimento do consumidor, gerando a sua boa fé e confiança legítima nas características, propriedades e qualidades do produto ou serviço propagandeadas, a mensagem publicitária não pode ficar despida de valor e relevo jurídico [...] ³³

²⁸ Cf. PAULO LUIZ NETTO LÓBO (*A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 38-40), MICHAEL R. WILL (*A Mensagem Publicitária na Formação do Contrato*, p. 260-261), MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA (*La publicidad: su incidencia en la contratación*, III-3.)

²⁹ NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 201.

³⁰ Citado por SAMY GARSON (*A responsabilidade decorrente da veiculação da peça publicitária*, p. 494).

³¹ Cf. PAULO MOTA PINTO (*Direito da Publicidade*, p. 81), MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA (*La publicidad: su incidencia en la contratación*, III-3.)

³² JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, p. 701-702.

³³ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, p. 699.

A Lei de Defesa do Consumidor afasta a vulgarização do “dolo bom” e consagra a teoria da *integração da publicidade no conteúdo contratual*, ao estipular, no seu artigo 7.º n.º 5, que “as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário”.³⁴

A vinculatividade da publicidade não abrange todo e qualquer elemento informativo, mas somente as *informações concretas e objetivas*, pelo que se excluem desta integração contratual:³⁵

- as afirmações genéricas e triviais, por não revestirem carácter informativo
- os juízos valorativos, que expressam uma apreciação pessoal³⁶
- as hipérboles e exagero publicitário (v.g. “a sua vida nunca mais será a mesma” ou “dá-te asas”)
- a publicidade superlativa (v.g. “o melhor”)

A respeito das exceções ao princípio da veracidade publicitária, María del Lirio Martín García propõe três critérios para apreciação da inexistência de engano: a *linguagem* (por exemplo, mais séria ou de tom humorístico ou satírico), o *meio de difusão* (admitindo que os consumidores serão mais céticos relativamente aos meios de comunicação social de cariz mais sensacionalista) e o *setor comercial* onde se insere a empresa (exemplificando alguns setores mais tendenciosos, como a beleza e cosmética, e outros que gozam de maior credibilidade, como os medicamentos).³⁷

³⁴ Esta norma não encontra paralelo no espaço comunitário, o que leva JORGE PEGADO LIZ (*Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação*, p. 342) a refletir que “interessante será saber em que medida esta disposição resiste mesmo à uniformização comunitária e de que modo é compatível com a transposição da diretiva de harmonização total das práticas comerciais desleais, não tendo sido expressamente ressalvada”.

³⁵ Cf. MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO (*O conceito de publicidade enganosa*, p. 700-702), JOÃO CALVÃO DA SILVA (*A publicidade na formação do contrato*, p. 706-708) e PAULO MOTA PINTO (*Direito da Publicidade*, p. 74 e segs.).

³⁶ MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA (*La publicidad: su incidencia en la contratación*, II-3.) alerta para o facto de que estes juízos valorativos serem recebidos de forma diferente consoante o comentário provenha de um desconhecido ou de uma pessoa famosa. Cf. ainda a interessante análise de SAMY GARSON (*A responsabilidade decorrente da veiculação da peça publicitária*, p. 490-501) sobre a responsabilidade das celebridades e especialistas, que assumem perante o consumidor uma posição de “garante”.

³⁷ Cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA (*La publicidad: su incidencia en la contratación*, II-3.)

4. A PUBLICIDADE COMO CRITÉRIO DE CONFORMIDADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Outro dos direitos do consumidor é o direito à *qualidade* dos bens e serviços, que determina que “os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor”.³⁸

Este direito encontra eco no regime jurídico da venda dos bens de consumo e das garantias a ela relativas, que abarca quer a garantia legal quer a garantia voluntária (ou comercial).

No âmbito dos contratos de compra e venda³⁹ celebrados entre profissionais e consumidores, a *garantia legal* traduz-se no dever do *vendedor* entregar ao consumidor bens conformes com o contrato, respondendo aquele por qualquer falta de conformidade que exista no momento de entrega do bem ou se manifeste no prazo de garantia.

Para aferição desta qualidade, o legislador estabeleceu – no artigo 2.º n.º 2 LG – um conjunto de critérios que, verificando-se, fazem *presumir* a não conformidade dos bens de consumo com o contrato:

- a) não serem conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor ou não possuírem as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo;
- b) não serem adequados ao uso específico para o qual o consumidor os destine e do qual tenha informado o vendedor quando celebrou o contrato e que o mesmo tenha aceite;
- c) não serem adequados às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo;
- d) não apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem.

³⁸ Artigo 4.º LDC.

³⁹ A que se equiparam, para efeitos de regime jurídico de conformidade dos bens de consumo, os contratos de empreitada, prestação de serviços ou locação de bens de consumo. Cf. artigo 1.º-A n.º 2 LG.

Note-se a diferente técnica utilizada na diretiva e no diploma nacional. Enquanto o legislador comunitário estabeleceu uma presunção de conformidade verificadas determinadas circunstâncias⁴⁰, na transposição para o direito interno português optou-se pela presunção de não-conformidade quando se verifique qualquer uma daquelas situações.⁴¹

Cingimo-nos à hipótese da alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º LG, que estabelece dois critérios de conformidade do bem de consumo⁴²: as *qualidades e desempenho habituais* em bens do mesmo tipo e as *razoáveis expectativas* do consumidor. Como critérios de concretização, a própria norma inclui a “natureza do bem” e as “declarações públicas sobre as suas características concretas”.

Estes dois requisitos são cumulativos⁴³, até porque

numa economia de produção em série e distribuição em cadeia [...] a regra será a da coincidência: o produto adquirido apresentará as qualidades e o desempenho habituais em bens do mesmo tipo [...] e essas ‘qualidades e performances’ habituais serão legitimamente esperadas pelo consumidor⁴⁴.

Isto na assunção de que a publicidade é veraz, tema que abordaremos de seguida.

Nuno Tiago Trigo dos Reis, apoiando-se no anteprojeto da Diretiva, inclui nas qualidades e desempenho do bem “as propriedades qualificativas (aparência, acabamento) e funcionais (grau de aptidão do bem para a finalidade a que o bem tipicamente se destina; durabilidade; a segurança no emprego do bem)”⁴⁵. Já quanto às expectativas do consumidor, o mesmo autor valora a “seriedade do enunciado publicitário” (excluindo, portanto, as declarações que se possam qualificar como *não sérias* nos termos do artigo 245.º do Código Civil) e a atendibilidade das expectativas do consumidor médio – “não imprudente, ingénuo ou crédulo, que não acredita piamente na publicidade e, ao invés,

⁴⁰ Cf. artigo 2.º da Diretiva 1999/44.

⁴¹ Cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS (*A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 223-227 e 235), JOÃO CALVÃO DA SILVA (*A publicidade na formação do contrato*, p. 705)

⁴² Acompanhamos NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS (*A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 232-241) e JOÃO CALVÃO DA SILVA (*A publicidade na formação do contrato*, p. 708-710).

⁴³ A propósito da conjunção copulativa “e”, e da cumulatividade daqueles requisitos, cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS (*A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 234-235) e JOÃO CALVÃO DA SILVA (*A publicidade na formação do contrato*, p. 708-709).

⁴⁴ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, p. 710.

⁴⁵ NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 233.

é ciente de que esta tem sempre por finalidade sublinhar as qualidades do produto para incentivar a compra”.⁴⁶

A comunicação comercial surge assim como “veículo de qualificação dos bens para efeitos contratuais”⁴⁷ ou “padrão aferidor da qualidade do objeto contratual”⁴⁸. Trata-se no fundo de tutelar a *confiança* gerada no consumidor pelos elementos informativos da publicidade a ele dirigida.⁴⁹

A Diretiva comunitária prevê ainda situações de *exclusão à vinculação do vendedor à publicidade*⁵⁰, determinado que aquele não fica vinculado pelas declarações públicas, “se demonstrar:

- que não tinha conhecimento nem podia razoavelmente ter conhecimento da declaração em causa,
- que, até ao momento da celebração do contrato, a declaração em causa fora corrigida, ou
- que a decisão de comprar o bem de consumo não poderia ter sido influenciada pela declaração em causa”.⁵¹

A lei portuguesa não transpôs este normativo, pelo que não se afigura existirem entre nós casos de exoneração de responsabilidade do vendedor.⁵² O que pode ser uma questão sensível nos casos em que o emissor da declaração pública que sustenta a expectativa do consumidor foi o *produtor* e não o vendedor.⁵³

Uma palavra final para as situações de *garantia voluntária* (ou comercial)⁵⁴, definida como “qualquer compromisso ou declaração, de caráter gratuito ou oneroso, assumido por um vendedor, por um produtor ou por qualquer intermediário perante o consumidor, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de

⁴⁶ NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 236.

⁴⁷ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, p. 136.

⁴⁸ NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 221.

⁴⁹ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 85.

⁵⁰ Cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS (*A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 252-257) e MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA (*La publicidad: su incidencia en la contratación*, III-4.)

⁵¹ Artigo 2.º n.º 4 da Diretiva 1999/44

⁵² CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, p. 710-711.

⁵³ Cf. a propósito a análise de NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS (*A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 241-252).

⁵⁴ Cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 268-270.

um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respetiva publicidade”⁵⁵.

A lei estabelece a obrigatoriedade de entrega ao consumidor de uma declaração de garantia, por escrito ou em suporte duradouro, com um conjunto de menções obrigatórias. Não obstante, caso não sejam cumpridos estes requisitos formais, a validade da garantia não é afetada, podendo o consumidor continuar a invocá-la.⁵⁶

5. A PUBLICIDADE ENGANOSA

Como já referimos, um dos princípios que regem a publicidade é o da *veracidade*, que se manifesta na *proibição da publicidade enganosa*, atualmente definida por remissão para o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores.^{57, 58}

A LPCD considera prática comercial “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”⁵⁹ e proíbe as práticas comerciais desleais, consagrando a invalidade (anulabilidade, nos

⁵⁵ Artigo 1.º-B g) LG.

⁵⁶ Cf. artigo 9.º LG. Sobre o controlo de conteúdo da garantia comercial, cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA (*La publicidad: su incidencia en la contratación*, III-4.)

⁵⁷ Até à sua entrada em vigor da LPCD, o CPub elencava quais os elementos a ter em conta para determinar o carácter enganador da publicidade – cf. anterior redação do artigo 11.º n.º 2 CPub: “Para se determinar se uma mensagem é enganosa devem ter-se em conta todos os seus elementos e, nomeadamente, todas as indicações que digam respeito: a) Às características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, modo e data de fabrico ou de prestação, sua adequação, utilizações, quantidade, especificações, origem geográfica ou comercial, resultados que podem ser esperados da utilização ou ainda resultados e características essenciais dos testes ou controlos efetuados sobre os bens ou serviços; b) Ao preço e ao seu modo de fixação ou pagamento, bem como as condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços; c) À natureza, às características e aos direitos do anunciante, tais como a sua identidade, as suas qualificações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios ou distinções que recebeu; d) Aos direitos e deveres do destinatário, bem como aos termos de prestação de garantias.”

⁵⁸ Cf. o valioso contributo de LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo* (In Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores, p. 369-386).

⁵⁹ Artigo 3.º d) LPCD.

termos do artigo 287.º do Código Civil) dos contratos celebrados sob a influência de alguma dessas práticas.⁶⁰

Os critérios para qualificar como desleal uma dada prática comercial são, cumulativamente:⁶¹

- *desconformidade à diligência profissional*, que se considera ser “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa fé no âmbito da atividade do profissional”;
- *distorção substancial do comportamento do consumidor*, i.e, que a prática comercial “prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo”.

A referência para se aferir da deslealdade da prática é o “consumidor médio” (normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, no dizer da Diretiva) ou o membro médio de um grupo a quem a prática seja direcionada, devendo ser acautelados de forma particular os *consumidores particularmente vulneráveis*⁶², como seja o público infantojuvenil⁶³.

O critério do consumidor médio não é isento de críticas. Por um lado, porque desprotege precisamente os consumidores com menor grau de instrução e preparação, mais permeáveis às práticas comerciais pífidas. Por outro lado, por lhe subjazer uma certa “transferência de responsabilidade” para o consumidor, como eloquentemente descreve Pegado Liz⁶⁴:

de um direito a ser informado, o consumidor passou a ser obrigado a informar-se, a procurar a informação, a entender essa informação que lhe seja disponibili-

⁶⁰ Artigos 4.º e 14.º LPCD.

⁶¹ Artigos 3.º e h) e 5.º LPCD.

⁶² Cf. SAMY GARSON, *A responsabilidade decorrente da veiculação da peça publicitária*, p. 495 (nota 45).

⁶³ Cf. iniciativa e audição pública promovida pela Associação Portuguesa de Direito do Consumo (<http://www.netconsumo.com/2012/03/audicao-publica-universidade-lusofona.html>), um dos preliminares do recente parecer do Comité Económico e Social Europeu (CESE) sobre “um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças” (Parecer de iniciativa do CESE INT/593, de 18 de setembro de 2012).

⁶⁴ Cf. JORGE PEGADO LIZ, *Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação*, p. 340-342.

zada e, até, a entender que ‘as afirmações exageradas’ são uma prática publicitária comum e legítima, ‘que não são destinadas a ser interpretadas literalmente’.⁶⁵

Em particular serão desleais as práticas comerciais *enganosas* (relativamente a diversos elementos da decisão negocial do consumidor)⁶⁶ e *agressivas* (as que, por coação, assédio ou influência indevida, limitam a liberdade de escolha do consumidor)⁶⁷, em ambos os casos que sejam determinantes na decisão de transação do consumidor⁶⁸. O legislador português transpôs igualmente as “listas negras” da Diretiva comunitária, ou seja, práticas consideradas desleais *em qualquer circunstância*, desobrigando da sua avaliação casuística.⁶⁹

⁶⁵ Alusão ao preceituado no artigo 5.º n.º 3 da Diretiva 2005/29, que não foi objeto de transposição para o nosso ordenamento interno.

⁶⁶ Cf. artigo 7.º LPCD: a) A existência ou a natureza do bem ou serviço; b) As características principais do bem ou serviço, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina e as garantias de conformidade, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efetuados ao bem ou serviço; c) O conteúdo e a extensão dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como a utilização de qualquer afirmação ou símbolo indicativos de que o profissional, o bem ou o serviço beneficiam, direta ou indiretamente, de patrocínio ou de apoio; d) O preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço; e) A necessidade de prestação de um serviço, de uma peça, da substituição ou da reparação do bem; f) A natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações, o preenchimento dos requisitos de acesso ao exercício da atividade, o seu estatuto, ou as suas relações, e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios e distinções que tenha recebido; g) Os direitos do consumidor, em particular os direitos de substituição, de reparação, de redução do preço ou de resolução do contrato nos termos do disposto no regime aplicável à conformidade dos bens de consumo, e os riscos a que o consumidor pode estar sujeito.

⁶⁷ Cf. artigo 11.º LPCD.

⁶⁸ Como bem faz notar MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO (*O conceito de publicidade enganosa*, p. 691), não nos referimos apenas a decisões de “comprar ou não comprar”, mas sim “a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir” (artigo 3.º 1) LPCD).

⁶⁹ Cf. artigos 8.º (enganosas) e 12.º (agressivas) LPCD. Por exemplo, “publicidade-isco” (propor a aquisição de um bem ou serviço a preço inferior a da concorrência sabendo que não tem existências suficientes para a procura previsível face ao volume e meios de publicidade realizada), “isco-e-troca” (quando a intenção é promover um bem ou serviço diferente), falsas ofertas limitadas (assim publicitadas para obter uma decisão imediata), publicitar produtos que não podem ser legalmente vendidos, publi-reportagens não identificadas como tal, apresentar como característica distintiva da oferta do profissional direitos do consumidor já previstos na lei, falsas alegações quanto a capacidade terapêuticas (nomeadamente na publici-

A *publicidade enganosa*, nesta aceção de prática comercial desleal, pode dividir-se em três categorias:

- a) publicidade que contém informações *falsas*
- b) publicidade que *induz em erro* o consumidor (ou é suscetível de o fazer)
- c) publicidade enganosa por *omissão* de requisitos substanciais de informação

Esta definição legal não exige a verificação de um prejuízo económico nem a intenção de enganar ou prejudicar (*animus decipiendi*).⁷⁰ O carácter enganador de uma prática publicitária consubstancia-se na mera *suscetibilidade* de induzir em erro o consumidor (não tem de ser efetivamente enganado⁷¹), desde que haja influência no comportamento económico do destinatário da publicidade. A publicidade será enganosa quando as informações nela contidas sejam falsas ou quando sejam factualmente corretas, mas a sua apresentação geral induza em erro o consumidor (por exemplo, pela remissão para outros dados por meio de asteriscos, uso de língua estrangeira, etc.).⁷²

No tocante à publicidade enganosa por omissão, concordamos com Maria Miguel Morais de Carvalho, quando a autora afirma a sua relevância por ser “a interpretação que melhor se coaduna com o intuito de proteção do consumidor que norteia toda a política comunitária e que exige o acesso a informação verdadeira, completa e clara”⁷³. Nos termos do artigo 9.º LPCD, é enganosa a publicidade que omite informações substanciais a uma decisão esclarecida do consumidor, ou em que essa informação seja apresentada de modo obscuro ou ambíguo, ou ainda sempre a intenção comercial da prática não seja transparente. O legislador reconhece ainda que as limitações (de espaço ou de tempo) podem justificar algumas omissões, que deverão ser compensadas por medidas do profissional para disponibilizar essa mesma informação ao consumidor por outros meios.⁷⁴

tação de produtos e serviços “milagrosos”), impressões falsas relativamente a prémios ou ofertas gratuitas, etc.

⁷⁰ Cf. MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, *O conceito de publicidade enganosa*, p. 692.

⁷¹ Cf. MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, *O conceito de publicidade enganosa*, p. 688.

⁷² Cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA (*La publicidad: su incidencia en la contratación*, II-3.) e JOÃO CALVÃO DA SILVA (*A publicidade na formação do contrato*, p. 695-697)

⁷³ MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, *O conceito de publicidade enganosa*, p. 686. A autora explica ainda as posições doutrinárias relativamente aos requisitos necessários para sancionar as omissões enganosas (p. 687). Cf. ainda PAULO MOTA PINTO (*Direito da Publicidade*, p. 75).

⁷⁴ Cf. artigo 9.º n.º 2 LPCD. O n.º 4 do mesmo artigo apresenta um elenco sectorial de diplomas que preveem requisitos de informação tidos como substanciais.

6. CONCLUSÃO

Tomamos as palavras de Calvão da Silva, para epilogar que

na verdade, a luz intensa e decisiva que, na sociedade do consumo e sociedade da comunicação, a publicidade lança sobre o contrato ou contratos concretamente firmados revela a ligação estreita, lógica e teleológica entre estes e aquela.⁷⁵

Entendemos inquestionável o relevo jurídico da publicidade, como expressão de três dos direitos do consumidor constitucional e legalmente consagrados.

Por um lado, a comunicação comercial lícita constitui uma dimensão do direito do consumidor à informação para o consumo, porquanto a publicidade traduz como que a antecâmara de decisão dos consumidores, determinante para opções conscientes e esclarecidas.

Por outro lado, o direito à qualidade dos bens e serviços de consumo exige que estes estejam em conformidade com o contrato celebrado, o que se afere, entre outros critérios, pela convergência entre as declarações publicitárias e as reais aptidões e características dos bens e serviços publicitados.

Por último, o direito dos consumidores à proteção dos seus interesses económicos impõe a lealdade contratual, por forma a equilibrar uma relação jurídica caracterizada pela fragilidade do consumidor perante o contratante profissional. Deverão, portanto, ser banidas todas as práticas comerciais das empresas nas relações com os consumidores que sejam consideradas desleais, o que inclui a publicidade enganosa.

Restará compatibilizar a “law in the books”, que integra normas de tutela do consumidor face à publicidade ilícita, com a “law in action”, intensificando-se a ação das entidades com responsabilidade na fiscalização destas matérias contra as muitas práticas e formas de comunicação comercial que comportam ameaças à efetivação da referida tutela.

Para que o Direito do Consumo cumpra a sua vocação catalisadora de consumidores mais criteriosos e agentes de mercado mais responsáveis, e que a lógica lucrativa jamais se sobreponha aos interesses de cidadania.

⁷⁵ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, p. 699.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – **Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2548-9.

CARVALHO, Maria Miguel Morais de – *O conceito de publicidade enganosa*. In FDUC – **Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1545-8. p. 675-706.

CORREIA, Miguel Pupo – *Conformação de contratos pela publicidade na internet*. **Direito da Sociedade da Informação**. Coimbra. ISBN 978-972-32-1710-0. Volume VIII (2009), p. 189-209.

GARSON, Samy – *A responsabilidade decorrente da veiculação da peça publicitária*. **Estudos de Direito do Consumidor**. Coimbra. ISSN 1646-0375. N.º 6 (2004), p. 453-511.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo*. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.] (comissão organizadora) – **Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4714-0. p. 369-386.

LIZ, Jorge Pegado – *Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação*. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.] (comissão organizadora) – **Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4714-0. p. 335-353.

LÔBO, Paulo Luiz Netto – *A informação como direito fundamental do consumidor*. **Estudos do Direito do Consumidor**. Coimbra. ISBN 972-98463-2-4. N.º 3 (2001), p. 23-45.

MARTÍN GARCÍA, María del Lirio – **La publicidad: su incidencia en la contratación**. Madrid: Dykinson, 2003. ISBN 8497720008. [consultado em <http://vlex.com/>]

PINTO, Paulo Mota – **Direito da Publicidade** (Apontamentos das aulas do ano lectivo 1999/2000). Coimbra: Centro de Direito do Consumo/Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999.

REIS, Nuno Tiago Trigo dos – *A eficácia da mensagem publicitária*. In MARQUES, J. P. Remédio; FERREIRA, Bruno; REIS, Nuno Tiago Trigo dos – **Temas de direito comercial**. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3749-3. Cadernos O Direito 4 (2009), p. 183-278

SILVA, João Calvão da – *A publicidade na formação do contrato*. In FDUL – **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1371-0. p. 687-711.

WILL, Michael R. – *A Mensagem Publicitária na Formação do Contrato*. In **Comunicação e defesa do consumidor: actas do congresso internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de Novembro de 1993**. Coimbra: Instituto Jurídico de Comunicação, 1996. P. 259-281.