



INSTITUTO POLITÉCNICO DE BRAGANÇA Escola Superior de Comunicação,
Administração e Turismo

Sumário da Lição

PUBLICIDADE E DIREITOS DO CONSUMIDOR

Provas públicas para a avaliação da competência pedagógica e técnico-científica, para os efeitos previstos nos n.ºs 9 a 11 do artigo 6.º e artigo 8.º-A do Decreto-Lei n.º 207/2009 de 31 de agosto, que republicou o Estatuto da Carreira do Pessoal Docente do Ensino Superior Politécnico, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 7/2010, de 13 de maio.

Rute Isabel Esteves Ferreira Couto Fernandes

Mirandela, 2019

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações gerais: 2.1. Conceito, sujeitos e princípios gerais da publicidade; 2.2. Consumidor como destinatário da publicidade; 2.3. Direitos do consumidor. 3. A publicidade e o direito do consumidor à informação: 3.1. A função informativa da publicidade; 3.2. O princípio da veracidade publicitária; 3.3. Integração da mensagem publicitária no contrato. 4. A publicidade e o direito do consumidor à qualidade dos bens e serviços: 4.1. Garantias relativas à venda de bens de consumo; 4.2. A publicidade como critério de conformidade nos contratos de consumo. 5. A publicidade e o direito do consumidor à proteção dos interesses económicos: 5.1. A publicidade enquanto prática comercial; 5.2. Publicidade enganosa; 5.3. Publicidade agressiva. 6. Conclusão.

1. Introdução

A publicidade assume um papel determinante nas escolhas e decisões dos consumidores. Para além da dimensão concorrencial de diferenciação das empresas no mercado, e da vertente cultural na definição de estilos de vida e comportamentos sociais, é através da publicidade que se faz o primeiro contacto dos consumidores com os bens e serviços que pretendem adquirir. “Na prática, os bens são ‘pré-comprados’ através da publicidade”¹, o que só por si justifica uma reflexão em torno da relevância jurídica da publicidade nas relações de consumo.

Pretendemos na presente lição abordar a temática da publicidade em articulação com a proteção do consumidor, com ênfase nos direitos do consumidor à informação, à qualidade dos bens e serviços de consumo e à proteção dos interesses económicos. Depois de algumas considerações genéricas sobre o regime jurídico da publicidade e os direitos do consumidor, iremos centrar-nos na função informativa da publicidade e na forma como tais informações se integram no contrato de consumo e constituem critério de conformidade contratual e de lealdade da prática comercial da empresa na sua relação com o consumidor.

¹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, p. 141, que referencia, a propósito, outro autor, LEHMANN.

2. Considerações gerais

2.1. Conceito, sujeitos e princípios gerais da publicidade

O Código da Publicidade (CPub)² 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”.³

Publicidade será então o ato de comunicação com aquele intuito promocional, independentemente da natureza da entidade que o realiza⁴ e do tipo de suporte utilizado para a difusão⁵ da mensagem publicitária.

São sujeitos da atividade publicitária⁶ o anunciante (no interesse de quem se realiza a publicidade), o profissional ou agência de publicidade (que exerce a atividade publicitária) e o titular do suporte publicitário (veículo utilizado para a transmissão da mensagem).⁷ Todos respondem civil e solidariamente pelos prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas⁸ e são igualmente punidos como agentes das contraordenações previstas no CPub⁹. O destinatário é a pessoa visada ou atingida pela publicidade, o que inclui os consumidores.

Como preconizado no próprio preâmbulo do CPub, o enquadramento jurídico da publicidade resulta da necessidade de conciliar de forma equilibrada duas vertentes: por um lado, a importância da atividade publicitária como motor do mercado e instrumento

² Decreto-Lei n.º 330/90 de 23 de outubro, na sua versão atual, adiante referenciado pela sigla CPub.

³ Artigo 3.º n.º 1 do CPub. Sobre publicidade e comunicação comercial, cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, p. 33-42.

⁴ Com a ressalva de que, para efeitos do CPub não se considera publicidade a propaganda política (cf. artigo 3.º n.º 3 do CPub).

⁵ Cf. artigo 1.º do CPub.

⁶ Noção mais ampla, 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 publicitários - Cf. artigo 4.º n.º 1 do 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.

⁷ Cf. artigo 4.º do CPub.

⁸ Bem como quaisquer outras entidades que exerçam a atividade publicitária e concessionários dos titulares de suportes publicitários - Cf. artigo 30.º do CPub.

⁹ Tal como qualquer outra entidade que exerça a atividade publicitária, concessionários dos titulares de suportes publicitários e qualquer outro interveniente na emissão da mensagem publicitária - Cf. artigo 36.º do CPub.

de fomento da concorrência, por outro lado, a sua responsabilidade no que toca à proteção dos consumidores e das suas legítimas expectativas.

Os quatro princípios gerais pelo quais se rege a publicidade estão elencados no artigo 6.º do CPub e desenvolvidos nas normas subsequentes:

- a) O princípio da *licitude*¹⁰ proíbe a publicidade que, pela sua forma, objeto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagradas¹¹ e estabelece restrições quanto à utilização de línguas estrangeiras na publicidade¹²;
- b) O princípio da *identificabilidade*¹³ impõe que a publicidade seja inequivocamente identificada enquanto tal e interdita a publicidade oculta ou dissimulada¹⁴;
- c) O princípio da *veracidade*¹⁵ determina que a publicidade deve respeitar a verdade e as afirmações publicitárias devem ser exatas e comprováveis; e
- d) O princípio do *respeito pelos direitos do consumidor*, pelo qual é proibida a publicidade que atente contra os direitos do consumidor¹⁶, que em seguida desenvolveremos, autonomizando-se a proibição da publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde e segurança do consumidor¹⁷.

Para além destes princípios, o regime geral da publicidade inclui ainda um conjunto de restrições ao conteúdo e objeto da publicidade.¹⁸ A liberdade publicitária,

¹⁰ Cf. artigo 7.º do CPub.

¹¹ A mesma norma contém, no n.º 2, um elenco exemplificativo, estabelecendo que “é proibida, nomeadamente, a publicidade que: a) Se socorra, depreciativamente, de instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricas; b) Estimule ou faça apelo à violência, bem como a qualquer atividade ilegal ou criminosa; c) Atente contra a dignidade da pessoa humana; d) Contenha qualquer discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo; e) Utilize, sem autorização da própria, a imagem ou as palavras de alguma pessoa; f) Utilize linguagem obscena; g) Encoraje comportamentos prejudiciais à proteção do ambiente; h) Tenha como objeto ideias de conteúdo sindical, político ou religioso”.

¹² Cf. artigo 7.º n.º 3 e 4 do CPub.

¹³ Cf. artigo 8.º do CPub.

¹⁴ Cf. artigo 9.º do CPub.

¹⁵ Cf. artigo 10.º do CPub. A propósito da fronteira entre publicidade enganosa e publicidade oculta, cf. MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, *O conceito de publicidade enganosa*, p. 702-706.

¹⁶ Cf. artigo 12.º do CPub, com remissão para os direitos do consumidor constitucional e legalmente consagrados.

¹⁷ Cf. artigo 13.º do CPub.

¹⁸ Cf. artigos 14.º a 22.º-A CPub, onde se preveem restrições 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. Recentemente, a Lei n.º 30/2019 de 23 de abril aditou os artigos 20.º-A e 20.º-B, estabelecendo restrições à publicidade a produtos que contenham elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados. Outras restrições constam de legislação avulsa (v.g. tabaco).

enquanto expressão da liberdade de expressão e informação e do direito económico à iniciativa privada, ambos constitucionalmente consagrados¹⁹, só poderá ser restringida na medida do necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos²⁰, como sejam os dos consumidores.

2.2. Consumidor como destinatário da publicidade

Os conceitos de *consumidor* e de *destinatário da publicidade* não são coincidentes, pelo que cumpre desde já aclarar.

A lei de defesa do consumidor (LDC)²¹ define-o como “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.²² Conexo com o tema da nossa lição, a lei aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com consumidores (LPCD)²³, em transposição da diretiva europeia nesta matéria, entende por consumidor qualquer pessoa singular que, naquelas práticas, “atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.²⁴ Ainda que sem justaposição, as definições partilham, no essencial, os elementos teleológico (a finalidade não profissional da ação do consumidor) e relacional (a contraparte profissional). Já quando ao elemento objetivo, se a LDC parece circunscrever-se às relações contratuais, a formulação “atue” da LPCD abre espaço à consideração do sujeito consumidor nas relações não contratuais.²⁵

Por outro lado, o CPub define destinatário da publicidade como a pessoa “a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida”.²⁶ O

¹⁹ Respetivamente nos artigos 37.º e 61.º n.º 1 da CRP.

²⁰ Cf. artigo 18.º da CRP.

²¹ Lei n.º 24/96, de 31 de julho, na sua versão atual, adiante referenciada pela sigla LDC.

²² Artigo 2.º n.º 1 da LDC.

²³ Decreto-Lei n.º 57/2008 de 26 de março, na sua versão atual, adiante referenciado pela sigla LPCD.

²⁴ Artigo 3.º a) da LPCD.

²⁵ Advogando que “a noção de consumidor apenas tem sentido dentro da grande ‘região demarcada’ da figura dogmática do contrato”, cf. PAULO DUARTE, *O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2º/1 da lei de defesa do consumidor*, p. 658-659. Em sentido inverso, considerando que nem todo o ato gerador das relações jurídicas de consumo é um contrato, cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo: caracterização, fundamentação e regime jurídico*, p. 13-14.

²⁶ Artigo 5.º n.º 1 c) do CPub.

conceito abarca pessoas singulares e coletivas, independentemente do uso pessoal ou profissional a que destinam os bens ou serviços publicitados e de qualquer relação contratual com o profissional anunciante. Estão assim incluídos os consumidores efetivos (que adquirem os bens ou serviços publicitados), os consumidores potenciais (também público-alvo da mensagem), e os “recetores efetivos” da mensagem publicitária, atingidos pela comunicação comercial, ainda que não exista qualquer relação jurídica de consumo.²⁷

2.3. Direitos do consumidor

A Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra como direitos fundamentais, no seu artigo 60.º, os direitos do consumidor “à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”.

A constitucionalização destes direitos foi progressiva²⁸: desde o texto constitucional original de 1976, em que a proteção do consumidor figurava unicamente como uma incumbência prioritária do Estado; passando pela subsequente revisão de 1982, em que os direitos do consumidor foram consagrados como direitos subjetivos, mas ainda incluídos na parte relativa à organização económica; até à revisão constitucional de 1989, que elevou os direitos dos consumidores à categoria de direitos fundamentais, no catálogo dos direitos económicos, cuja efetivação se impõe como tarefa fundamental do Estado.²⁹ Tal incumbência está em consonância com as determinações da União Europeia, já que o elevado nível de defesa dos consumidores está assumido como um dos objetivos das políticas europeias³⁰ e um valor comum de solidariedade afirmado pelos Estados-membros na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³¹.

Em concretização dos ditames constitucionais, a LDC elenca e especifica, nos seus artigos 3.º a 15.º, os seguintes direitos do consumidor: a) à qualidade dos bens e

²⁷ Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, p. 48-53. A autora salienta que “ao incluir os recetores efetivos, o conceito de destinatário é menos situacional e, por isso, menos relacional do que o conceito de consumidor” (p. 51).

²⁸ A propósito da tutela constitucional dos direitos do consumidor, cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*.

²⁹ Cf. artigo 9.º b) e d) da CRP.

³⁰ Cf. artigo 169.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

³¹ Cf. artigo 38.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

serviços; b) à proteção da saúde e da segurança físicas; c) à formação e à educação para o consumo; d) à informação para o consumo; e) à proteção dos interesses económicos; f) à prevenção e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos; g) à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta; e h) à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses.

A disciplina legal da publicidade funciona como garantia dos direitos fundamentais dos consumidores, já que a informação relativa aos bens e serviços de consumo é determinante para uma escolha esclarecida.³² Não causa, pois, estranheza que a única referência expressa à publicidade no texto constitucional seja relativamente aos direitos dos consumidores, no artigo 60.º n.º 2 da CRP, que determina que “a publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa”. Aprofundemos agora a ligação da publicidade com alguns desses direitos.

3. A publicidade e o direito do consumidor à informação

3.1. A função informativa da publicidade

Uma das pedras angulares da proteção dos consumidores é o seu direito à *informação*, subdividido na LDC em direito à informação em geral (que incumbe ao Estado, regiões autónomas e autarquias locais concretizar) e direito à informação em particular (a que corresponde o dever de informação que impende sobre o fornecedor de bens ou prestador de serviços, bem como sobre o produtor e demais elos do ciclo produção-consumo).³³

Na primeira daquelas vertentes, o artigo 7.º da LDC, nos seus n.ºs 4 e 5, inclui disposições relativas à publicidade, respetivamente os princípios pelos quais se rege (coincidentes com os plasmados no CPub) e a consagração expressa da inclusão das

³² Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 156-157.

³³ Cf. artigos 7.º e 8.º da LDC. Este direito é depois desenvolvido em acervo legislativo fortemente modelado pelas diretivas da União Europeia, como os regimes das cláusulas contratuais gerais, contratos à distância e fora do estabelecimento comercial, contratos de crédito aos consumidores, etc.

mensagens publicitárias no conteúdo do contrato, em termos que adiante explanaremos.³⁴

Impõe-se questionar se poderemos falar de uma informação publicitária, ou, dito de outro modo, se a publicidade tem ou não uma dimensão informativa. Serão a publicidade e a informação inconciliáveis ou forçosamente convergentes? Podemos dizer que a finalidade as destrinça, mas a realidade as enreda.

A fronteira pode ser traçada 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.³⁵ As duas espécies distinguem-se qualitativamente, mas confluem no dever de informar.³⁶

Há alguma concordância na doutrina em reconhecer à publicidade esta *dupla função*, informativa e persuasiva:³⁷

– Por um lado, as referências contidas nas mensagens publicitárias sobre os bens ou serviços a adquirir ou o contrato de consumo a celebrar são determinantes para o comportamento económico e formação da vontade negocial dos consumidores. Calvão da Silva evidencia bem esta função *informativa* “porquanto o consumidor tem o direito não somente de não ser enganado, mas também de ser informado verídica e lealmente sobre os pontos fundamentais que determinarão ou poderão determinar a sua decisão”.³⁸

– Por outro lado, a publicidade vende “sinais, símbolos e ‘status’”³⁹ e tem uma função *persuasiva*, de sugestão e estímulo ao consumo, concretizada em técnicas de marketing de apelo aos sentidos e pendor psicológico. Mais do que as características

³⁴ Jorge Morais Carvalho considera que na norma do artigo 7.º n.º 5 LDC “não só não se trata de informação, como o problema não é geral, mas particular ou concreto, no sentido de relativo aos contratos celebrados ou a celebrar” e, quanto ao artigo 8.º LDC, distingue entre elementos de informação propriamente ditos, sem relevância contratual direta, e elementos relativos ao conteúdo da declaração do profissional, alertando que embora em ambos o objetivo seja dar a conhecer essa informação ao consumidor, o regime em caso de incumprimento desse dever pelo profissional é diferente – cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, p. 125.

³⁵ Cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *La publicidad: su incidencia en la contratación*, I-5.

³⁶ Cf. PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, p.38.

³⁷ Cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia 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 (Apontamentos das aulas do ano lectivo 1999/2000)*, p. 24-28. Já Guido Alpa é assaz crítico da visão da mensagem publicitária como fonte de informação, ao considerar que a “a função atual de publicidade já não é informar o público, mas orientar o consumo, estimular as necessidades, promover a absorção da procura” – Cf. GUIDO ALPA, *Il diritto dei consumatori*, p. 96.

³⁸ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, p. 697.

³⁹ JORGE PEGADO LIZ, *Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação*, p. 353, conclusão j).

dos bens e serviços, “a generalidade dos anúncios invoca hoje sobretudo benefícios emocionais e simbólicos”.⁴⁰

O problema consiste na articulação entre aquelas duas funções, dado que a sedução dificilmente se coaduna com a pura objetividade da informação. O conteúdo da publicidade é informação, mas informação conexa com a atividade económica⁴¹ e com um objetivo comercial, de incentivo à aquisição de bens e serviços⁴². No entanto, a liberdade publicitária não é irrestrita e a finalidade persuasiva não legitima todas as práticas comerciais nem isenta o profissional do princípio da veracidade publicitária.

3.2. O princípio da veracidade publicitária

O princípio da veracidade dita que “a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos” e ainda que “as afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exatas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes”.⁴³

Em manifestação deste princípio, o artigo 11.º do CPub consagra a proibição da publicidade enganosa, bem como a possibilidade de as entidades competentes exigirem ao anunciante provas da exatidão material dos dados de facto contidos na publicidade, presumindo-se estes inexatos se essas provas não forem apresentadas ou forem insuficientes.

Até 2008, o próprio artigo 11.º do CPub elencava quais os elementos a ter em conta para determinar o carácter enganador da publicidade.⁴⁴ Com a entrada em vigor

⁴⁰ ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, p. 73.

⁴¹ Cf. artigo 3.º n.º 3 (que exclui do âmbito do regime jurídico da publicidade a propaganda política) e artigo 7.º n.º 1 h) (que proíbe publicidade que tenha como objeto ideias de conteúdo sindical, político ou religioso) do CPub.

⁴² Cf. artigo 3.º n.º 1 a) do CPub. Não nos referimos aqui à publicidade constante na alínea b) deste normativo, aquela que visa promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.

⁴³ Artigo 10.º do CPub.

⁴⁴ Cf. anterior redação do artigo 11.º n.º 2 do 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

da LPCD, que revogou parcialmente aquela norma, essa qualificação faz-se de forma remissiva. Diz agora o artigo 11.º n.º 1 que “é proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores”.

Além disso, o mesmo diploma aditou ao CPub o artigo 43.º, em que sob a epígrafe “comunicação dirigida exclusivamente a profissionais”, se estabelece que “o disposto nos artigos 10.º, 11.º e 16.º do presente Código aplica-se apenas à publicidade que não tenha como destinatários os consumidores”.

Ficamos assim com um sistema dual no que respeita à disciplina da publicidade enganosa. Quando estejam em causa relações entre profissionais, aplica-se o artigo 11.º do CPub⁴⁵ e ainda as disposições legais em matéria de concorrência desleal⁴⁶. Quando estejam em causa relações de empresas com consumidores, será aplicável o regime da LPCD, que será objeto de análise autónoma nesta lição.

3.3. Integração da mensagem publicitária no contrato

Apesar da disciplina legal, subsiste ainda alguma benevolência perante a publicidade, entendida até certo ponto como “conversa de vendedor (*sales talk* ou *mere puffs*)”.⁴⁷ Esta consciência surge associada à figura do *dolus bonus* do artigo 253.º n.º 2

os prémios ou distinções que recebeu; d) Aos direitos e deveres do destinatário, bem como aos termos de prestação de garantias.”

⁴⁵ Para efeitos de medidas cautelares, o artigo 42.º do CPub, também aditado, dispõe que “qualquer profissional ou concorrente com interesse legítimo em lutar contra a publicidade enganosa e garantir o cumprimento das disposições em matéria de publicidade comparativa pode suscitar a intervenção da Direcção-Geral do Consumidor (...)”. Nota ainda para a alteração legislativa operada pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de setembro, que alargou o regime das práticas comerciais desleais às relações entre empresas, no que respeita a algumas ações enganosas (cf. artigo 7.º n.º 3 da LPCD).

⁴⁶ Cf. artigo 311.º do Decreto-Lei n.º 110/2018 de 10 de dezembro (Código da Propriedade Industrial), a vigorar a partir de 01/07/2019: “1 - Constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica, nomeadamente: a) Os atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue; b) As falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes; c) As invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios; d) As falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira da empresa ou estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas atividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela; e) As falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços, bem como as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adotado; f) A supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem ou indicação geográfica dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento.”

⁴⁷ NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 201.

do Código Civil⁴⁸, nos termos do qual “não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções.”

A propósito, Calvão da Silva adverte para os perigos de não reconhecer valor jurídico à mensagem publicitária, como sejam tolerar contratos viciados por erro ou dolo, não proteger a boa-fé e a confiança legítimas criadas pela publicidade no consumidor e permitir a publicidade enganosa.⁴⁹

A LDC afasta a vulgarização do “dolo bom” e consagra a teoria da *integração da publicidade no conteúdo contratual*, estabelecendo 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”.

Esta vinculação dependerá do “sentido contratualmente útil ou relevante da mensagem”⁵⁰ e cinge-se às *informações concretas e objetivas* nela contidas, não abrangendo outros elementos informativos que não podem, pela sua abstração ou subjetividade, constituir cláusulas contratuais. Ficam assim excluídas desta integração contratual:⁵¹

- a) as afirmações genéricas e triviais, por não revestirem carácter informativo
- b) o exagero publicitário
- c) os juízos valorativos, que expressam uma opinião pessoal⁵²

O *exagero publicitário* pode consistir em publicidade hiperbólica (v.g. “a sua vida nunca mais será a mesma” ou “dá-te asas”) ou publicidade superlativa ou de tom excludente (v.g. “o melhor”, “o único”).

Só uma avaliação casuística ditará se há engano relativo ao conteúdo das mensagens atentatório do princípio da veracidade publicitária ou se estamos perante

⁴⁸ Cf. PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 38-40 e MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *La publicidad: su incidencia en la contratación*, III-3.

⁴⁹ Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, p. 701-702.

⁵⁰ Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, p. 263.

⁵¹ 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.

⁵² 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.

exagero publicitário, lícito por aplicação do já referido artigo 253.º n.º 2 do Código Civil (*dolus bonus*) ou ainda por apelo ao artigo 245.º do mesmo Código (declarações não sérias), segundo o qual “a declaração não séria, feita na expectativa de que a falta de seriedade não seja desconhecida, carece de qualquer efeito”.

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).⁵³

A análise reconduz-se no essencial à interpretação literal que possa ser feita pelos destinatários. Por exemplo, se o anunciante publicita que vende “o melhor croissant do mundo”, o exagero é óbvio, quer porque certamente ninguém testou ou experimentou todos, quer porque tal dependerá em grande medida do gosto pessoal de cada consumidor. Já se o anunciante informa ser o único no mercado que produz ou comercializa um determinado equipamento, essa informação pode ser determinante para a atuação do consumidor, pelo que, a ser falsa, pode constituir publicidade enganosa e publicidade comparativa ilícita.

O fundamento da licitude do exagero publicitário resulta, como aponta Ana Clara Azevedo de Amorim, do “princípio da adequação social” associado à “cláusula de relevância”, ou seja, conjugando a não valoração daquela afirmação publicitária de forma censurável pela comunidade com o facto da mesma não ser suscetível de influenciar a decisão transacional dos consumidores.⁵⁴

Cumprе referir que a Diretiva europeia relativa às práticas comerciais desleais⁵⁵, no seu artigo 5.º n.º 3, a propósito da proibição de práticas suscetíveis de distorcer o comportamento de grupos de consumidores vulneráveis, ressalva expressamente que tal disposição “não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente”. Apesar da mesma menção constar do preâmbulo da LPCD, a norma não foi objeto de transposição para o nosso ordenamento jurídico.

⁵³ Cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *La publicidad: su incidencia en la contratación*, II-3.

⁵⁴ Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, p. 117-121.

⁵⁵ Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

4. A publicidade e o direito do consumidor à qualidade dos bens e serviços

4.1. Garantias relativas à venda de bens de consumo

O direito à *qualidade* dos bens e serviços 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”.⁵⁶

Este direito encontra eco na lei das garantias da venda dos bens de consumo (LG)⁵⁷, regime jurídico aplicável aos contratos de compra e venda celebrados entre profissionais e consumidores e, *mutatis mutandis*, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços e à locação de bens de consumo.⁵⁸

No âmbito dos contratos de compra e venda celebrados entre profissionais e consumidores, a *garantia legal*⁵⁹ traduz-se no dever de o 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 garantia⁶⁰ de 2 ou 5 anos a contar da entrega do bem, consoante se trate, respetivamente, de bens móveis ou imóveis.⁶¹

⁵⁶ Artigo 4.º da LDC.

⁵⁷ Decreto-Lei n.º 67/2003 de 8 de abril, na sua versão atual, adiante referenciado pela sigla LG.

⁵⁸ Cf. artigo 1.º-A da LG.

⁵⁹ Afigura-se-nos que a definição de “garantia legal” constante do artigo 1.º-B f) da LG (“qualquer compromisso ou declaração assumido por um vendedor ou por um produtor perante o consumidor, sem encargos adicionais para este, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respetiva publicidade”) resulta de uma incorreta transposição da Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas. Mais concretamente, o legislador português replicou o artigo 2.º n.º 2 e) da Diretiva, que se refere não à garantia de conformidade imposta por lei, mas sim à garantia comercial oferecida pelo profissional. Só assim se justifica que se diga que a garantia legal é um “compromisso ou declaração assumido por um vendedor ou por um produtor” (quando se trata de um dever de natureza imperativa para o profissional) e ainda que esse compromisso é assumido para a eventualidade do bem “não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respetiva publicidade” (quando as hipóteses de falta de conformidade são aferidas por vários outros critérios). Só assim se justifica também a similitude das definições de “garantia legal” e “garantia voluntária” (na alínea g) do mesmo artigo), salvo a menção ao caráter gratuito ou oneroso da última.

⁶⁰ Cf. artigo 3.º da LG.

⁶¹ Cf. artigo 5.º da LG.

Para aferição desta qualidade, o legislador estabeleceu – no artigo 2.º n.º 2 da LG – um conjunto de critérios que, verificando-se, fazem *presumir* a não conformidade dos bens de consumo com o contrato⁶²:

- 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 aceitado;
- c) não serem adequados às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo; ou
- 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.

Note-se a diferente técnica utilizada na diretiva e no diploma nacional. Enquanto o legislador comunitário estabeleceu uma presunção de conformidade verificadas determinadas circunstâncias⁶³, na transposição para o direito interno português optou-se pela presunção de não-conformidade quando se verifique qualquer uma daquelas situações.

Em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, tem o consumidor direito a que essa conformidade seja repostada sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato, podendo exercer qualquer um deles⁶⁴, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso

⁶² A lei equipara à falta de conformidade do bem de consumo a falta de conformidade resultante de má instalação “quando a instalação fizer parte do contrato de compra e venda e tiver sido efetuada pelo vendedor, ou sob sua responsabilidade, ou quando o produto, que se prevê que seja instalado pelo consumidor, for instalado pelo consumidor e a má instalação se dever a incorreções existentes nas instruções de montagem” (cf. artigo 2.º n.º 4 da LG).

⁶³ Cf. artigo 2.º da Diretiva 1999/44/CE.

⁶⁴ Ao contrário da Diretiva, que hierarquiza a reparação ou substituição e só quando não for possível por essa via repor a conformidade pode o consumidor exigir a redução do preço ou resolução contratual (cf. artigo 3.º da Diretiva 1999/44/CE). Sobre a problemática da hierarquia entre os direitos, cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, p. 281-286.

de direito.⁶⁵ Sem prejuízo destes direitos, que lhe assistem perante o vendedor, o consumidor pode optar por exigir do produtor a reparação ou substituição do bem.⁶⁶

Outra espécie de garantia é a *garantia voluntária* (ou comercial), 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 um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respetiva publicidade”.⁶⁷

Enquanto a garantia legal tem natureza imperativa, não podendo ser afastada pela vontade das partes⁶⁸ nem implicar encargos para o consumidor⁶⁹, a garantia prestada voluntariamente pelo profissional pode implicar encargos e condições para o consumidor dela poder beneficiar e em caso algum afeta os direitos do consumidor decorrentes da garantia legal. A lei estabelece a obrigatoriedade de entrega ao consumidor de uma declaração de garantia (voluntária), 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.⁷⁰

4.2. A publicidade como critério de conformidade nos contratos de consumo

Cingimo-nos agora à hipótese da alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º da LG, que estabelece dois critérios de conformidade do bem de consumo⁷¹: 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”

⁶⁵ Cf. artigo 4.º da LG. Nos termos do artigo 5.º-A da LG, para exercer os seus direitos o consumidor deve denunciar ao vendedor a falta de conformidade num prazo de 2 meses ou 1 ano (consoante se trate, respetivamente, de um bem móvel ou imóvel) a contar da data em que a tenha detetado. Efetuada a denúncia, os direitos atribuídos ao consumidor (nomeadamente para efeitos de intentar ação judicial) caducam decorridos 2 anos ou 3 anos a contar da data da denúncia consoante o bem seja móvel ou imóvel. Nos termos dos artigos 7.º e 8.º da LG, o vendedor que tenha satisfeito ao consumidor um dos direitos previsto no artigo 4.º goza de direito de regresso contra o profissional a quem adquiriu a coisa.

⁶⁶ Cf. artigo 6.º da LG.

⁶⁷ Artigo 1.º-B g) da LG.

⁶⁸ Cf. artigo 10.º da LG.

⁶⁹ Cf. artigo 4.º n.º 1 e 3 da LG.

⁷⁰ Cf. artigo 9.º da LG.

⁷¹ 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.

e as “declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem”.

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)”⁷². 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, é ciente de que esta tem sempre por finalidade sublinhar as qualidades do produto para incentivar a compra”.⁷³

A comunicação comercial surge assim como “veículo de qualificação dos bens para efeitos contratuais”⁷⁴ ou “padrão aferidor da qualidade do objeto contratual”⁷⁵. Trata-se no fundo de tutelar a confiança gerada no consumidor pelos elementos informativos da publicidade a ele dirigida.⁷⁶

A Diretiva comunitária prevê ainda situações de *exclusão à vinculação do vendedor à publicidade*⁷⁷, determinando 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”.⁷⁸ A lei portuguesa não transpôs este normativo, pelo que não se afigura existirem entre nós casos de exoneração de responsabilidade do vendedor.⁷⁹ O que

⁷² NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 233.

⁷³ NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 236.

⁷⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, p. 136.

⁷⁵ NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 221.

⁷⁶ Cf. PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, p. 85.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Artigo 2.º n.º 4 da Diretiva 1999/44/CE.

⁷⁹ Cf. CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, p. 710-711.

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.⁸⁰

5. A publicidade e o direito do consumidor à proteção dos interesses económicos

5.1. A publicidade enquanto prática comercial

O artigo 9.º da LDC determina que “o consumidor tem direito à proteção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos”. Entre outros aspetos, a norma alude aos “métodos de venda que prejudiquem a avaliação consciente das cláusulas apostas em contratos singulares e a formação livre, esclarecida e ponderada da decisão de se vincularem”.

Reflete-se aqui um dos fundamentos do Direito de Consumo, o de reforço da proteção de um sujeito (o consumidor) que se presume o mais vulnerável, v.g. a nível económico, negocial, técnico e jurídico. Sendo certo que muitos destes desequilíbrios são ditados por uma *assimetria* informativa entre o consumidor e o profissional, assimetria essa que “é agudizada com as atuais práticas comerciais padronizadas, apressadas e agressivas, sustentadas, não raras vezes, em campanhas publicitárias altamente capciosas”.⁸¹ Cabe ao Direito garantir que a manifestação do contratante em “desvantagem” seja livre, racional, informada e legítima.⁸² As decisões negociais do consumidor exigem *conhecimento* e *liberdade*, pelo que serão ilegítimas as práticas comerciais que distorçam estes predicados.⁸³

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

⁸⁰ Cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, p. 241-252 e JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, p. 266-271.

⁸¹ MARISA DINIS, *O Direito à Informação – Consequências em Caso de Preterição dos Deveres de Informação*, p. 91.

⁸² Cf. LEONEL SEVERO ROCHA e ANA PAULA ATZ, *A responsabilidade civil pelo descumprimento do dever de informação no direito do consumidor*, p. 88.

⁸³ Daí serem consideradas desleais as práticas comerciais que não permitem ao consumidor atuar com conhecimento (práticas enganosas) ou liberdade (práticas agressivas), como veremos. Cf. a completa análise de LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo*.

consumidor”⁸⁴ e proíbe as práticas comerciais desleais, consagrando a invalidade (anulabilidade, nos termos do artigo 287.º do Código Civil) dos contratos celebrados sob a influência de alguma dessas práticas.⁸⁵

O legislador considera desleal a prática comercial que:

– seja *desconforme 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”; e, cumulativamente, que:

– distorça ou seja suscetível de *distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor* seu destinatário (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”) ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço.⁸⁶

O carácter leal ou desleal da prática comercial é aferido com referência ao *consumidor médio* (“normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística”⁸⁷) ou o membro médio de um grupo a quem a prática seja direcionada.

O conceito de consumidor médio tem sido assaz criticado, pela falta de flexibilidade⁸⁸ e o risco de desproteger precisamente os consumidores mais necessitados de proteção⁸⁹, operando-se como que uma “transferência de responsabilidade” para o consumidor⁹⁰. Jorge Morais Carvalho alerta para os riscos de “desconsideração das circunstâncias concretas, reveladoras de alguma debilidade do consumidor” (se conhecidas e aproveitadas pelo profissional menos escrupuloso) e de

⁸⁴ Artigo 3.º d) da LPCD.

⁸⁵ Cf. artigos 4.º e 14.º da LPCD.

⁸⁶ Artigos 3.º e) e h) e 5.º da LPCD. Cf. ainda ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, p. 90-91, sobre a distinção entre a mera influência e a distorção substancial do comportamento do consumidor.

⁸⁷ Considerando 18 da Diretiva 2005/29/CE.

⁸⁸ Cf. Relatório do Parlamento Europeu sobre uma estratégia de reforço dos consumidores vulneráveis 2011/2272 (INI), ponto 3.

⁸⁹ Cf. LUÍS SILVEIRA RODRIGUES, *Tendências recentes sobre a proteção do consumidor na União Europeia*, p. 315.

⁹⁰ Cf. JORGE PEGADO LIZ, *Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação*, p. 340-342: “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 disponibilizada e, até, a entender que ‘as afirmações exageradas’ são uma prática publicitária comum e legítima, ‘que não são destinadas a ser interpretadas literalmente’”.

colocação do nível de exigência de lealdade num patamar baixo.⁹¹ Outra doutrina considera o conceito de consumidor médio uma “utopia”⁹² ou “ficção”⁹³.

Em especial são desleais⁹⁴:

- a) as práticas suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de grupo de consumidores particularmente *vulneráveis* a essa prática ou ao bem ou serviço subjacentes, em razão de doença mental ou física, idade ou credulidade (se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era suscetível de provocar essa distorção), como será o caso de determinadas práticas direcionadas para crianças ou idosos.
- b) as práticas comerciais *enganosas* e *agressivas*, em ambos os casos que sejam determinantes na decisão de transação do consumidor⁹⁵;
- c) as práticas consideradas desleais *em qualquer circunstância* (a chamada “lista negra”) desobrigando da avaliação em concreto da sua relevância na decisão de transação do consumidor.

5.2. Publicidade enganosa

A publicidade enganosa, na aceção de prática comercial desleal, pode dividir-se em quatro categorias: publicidade que contém informações *falsas*; publicidade que *induz em erro* o consumidor (ou é suscetível de o fazer); publicidade que cria *confusão* com a concorrência e publicidade enganosa por *omissão* de requisitos substanciais de informação.

A definição legal de ação enganosa que abarca as duas primeiras categorias⁹⁶, não exige a verificação de um prejuízo económico nem a intenção de enganar ou

⁹¹ Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, p. 213-215.

⁹² Cf. JORGE PEGADO LIZ, *A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)*, p. 77.

⁹³ Cf. LUÍS SILVEIRA RODRIGUES, *Tendências recentes sobre a protecção do consumidor na União Europeia*, p. 315.

⁹⁴ Cf. artigo 6.º da LPCD.

⁹⁵ 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 I) LPCD).

⁹⁶ Cf. artigo 7.º n.º 1 da LPCD.

prejudicar.⁹⁷ O caráter enganador de uma prática publicitária consubstancia-se na mera suscetibilidade de induzir em erro o consumidor, desde que haja distorção no seu comportamento económico, relativamente a um ou mais elementos⁹⁸ associados à transação. A publicidade será enganosa quando as informações nela contidas não correspondam à verdade 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, tamanho de letra, etc.).

O legislador veio igualmente considerar como ação enganosa “qualquer atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente”.⁹⁹ Reconhece-se assim que esta confusão não prejudica apenas os interesses económicos legítimos dos concorrentes do anunciante, mas também os interesses económicos dos consumidores.

Na “lista negra” de práticas enganosas¹⁰⁰ encontramos, por exemplo, a “publicidade-isco” (publicitar um bem ou serviço a determinado preço sem dispor de existências suficientes face ao volume da 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, “engodo” (promoção

⁹⁷ Cf. MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, *O conceito de publicidade enganosa*, p. 692.

⁹⁸ Cf. artigo 7.º da 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.

⁹⁹ Artigo 7.º n.º 2 a) da LPCD. Entende-se por publicidade comparativa aquela que identifica explícita ou implicitamente um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente - Cf. a definição do artigo 16.º CPub, ainda que por força do artigo 43.º do mesmo diploma o regime da publicidade comparativa constante do CPub se aplique agora apenas à publicidade que não tenha como destinatários os consumidores, já que para estes últimos será aplicável a LPCD.

¹⁰⁰ Cf. artigo 8.º da LPCD.

de um bem ou serviço análogo ao de um concorrente, de maneira a criar deliberadamente confusão no consumidor), falsas alegações quanto à capacidade terapêutica (nomeadamente na publicitação de produtos e serviços “milagrosos”), impressões falsas relativamente a prémios ou ofertas gratuitas, etc.

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”.¹⁰¹ Nos termos do artigo 9.º da 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.¹⁰²

5.3. Publicidade agressiva

A lei considera agressiva a prática comercial que “devido a assédio, coação ou influência indevida, limite ou seja suscetível de limitar significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo”.¹⁰³

Para aferir a deslealdade da prática no caso concreto, o legislador indica alguns aspetos que devem ser considerados, designadamente o momento, local, natureza e persistência da prática, a linguagem ou comportamento ameaçadores ou injuriosos, o aproveitamento de um infortúnio ou circunstância específica do consumidor, entraves ao exercício dos direitos contratuais do consumidor ou ameaça de exercício de uma ação judicial que não seja legalmente possível.¹⁰⁴

¹⁰¹ MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, *O conceito de publicidade enganosa*, p. 686.

¹⁰² Cf. artigo 9.º n.º 2 da LPCD. O n.º 4 do mesmo artigo apresenta um elenco sectorial de diplomas que preveem requisitos de informação tidos como substanciais.

¹⁰³ Artigo 11.º n.º 1 da LPCD.

¹⁰⁴ Cf. artigo 11.º n.º 2 da LPCD.

Incluem-se na definição de prática agressiva três hipóteses: o *assédio*¹⁰⁵, a *coação* (física ou moral) e ainda a *influência indevida*, esta última definida como a “utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida”.¹⁰⁶

Na “lista negra” das práticas agressivas¹⁰⁷ encontramos, por exemplo, a publicidade persistente e não solicitada no domicílio ou por meios eletrónicos, a exigência de pagamento de bens ou serviços não solicitados, a pressão emocional sobre o consumidor, e a exortação direta às crianças nos anúncios publicitários.

Relativamente a esta última prática, resultava já do artigo 14.º do CPub a consideração dos menores como sujeitos vulneráveis face à publicidade, quer enquanto destinatários quer enquanto intervenientes principais na mensagem.¹⁰⁸ Nos termos da lei, a publicidade especialmente dirigida a menores deve ter em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstendo-se de incitar diretamente os menores (a adquirir determinado bem ou serviço ou a persuadir os seus pais ou terceiros a fazê-lo), fazer perigar a sua integridade ou explorar a sua inexperiência, incredulidade ou especial confiança nos adultos de referência.¹⁰⁹

A proibição de práticas comerciais agressivas assume particular relevo no âmbito do marketing direto e da publicidade em ambiente digital, onde a personalização da comunicação comercial implica tratamentos de dados pessoais dos destinatários, tratamentos esses que nem sempre são conhecidos ou consentidos pelos titulares dos dados. A tutela do direito dos consumidores à *autodeterminação informacional*¹¹⁰ implica

¹⁰⁵ Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, p. 147-148.

¹⁰⁶ Artigo 3.º j) da LPCD.

¹⁰⁷ Cf. artigo 12.º da LPCD.

¹⁰⁸ Cf. 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).

¹⁰⁹ O CPub referencia ainda os menores a propósito da proteção da saúde e segurança do consumidor (artigo 13.º), publicidade a bebidas alcoólicas (artigo 17.º), publicidade em estabelecimentos de ensino ou destinada a menores (artigo 20.º), publicidade a produtos que contenham elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados (artigos 20.º-A e 20.º-B, recentemente aditados) e publicidade de jogos e apostas (artigo 21.º). Também a Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido introduz algumas restrições nas comunicações comerciais audiovisuais por ocasião de programas infantis - Cf. os artigos 40.º-B n.º 3 b) (televenda) e c) (publicidade em ecrã fracionado) e n.º 5 (tempo para interrupção), artigo 41.º-A n.º 2 (colocação de produto) e n.º 8 (ajuda à produção) e artigo 41.º-D n.º 2 (publicidade interativa) da Lei n.º 27/2007 de 30 de julho, na sua versão atual.

¹¹⁰ Enquanto “direito de controlar a informação disponível a seu respeito, impedindo-se que a pessoa se transforme em ‘simple objeto de informações’” - Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I - Artigos 1º a 107º*, p.551.

a conjugação da disciplina legal da publicidade que aqui estudamos com as normas relativas à publicidade domiciliária¹¹¹ e privacidade nas comunicações eletrónicas¹¹², bem como os ditames do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)¹¹³, máxime em matéria de consentimento.

6. Conclusão

*“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”.*¹¹⁴

Entendemos inquestionável o relevo jurídico da publicidade, mormente 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 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 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 ou agressiva.

¹¹¹ Cf. Lei n.º 6/99 de 27 de janeiro.

¹¹² Em particular os artigos 5.º e 13.º-A da Lei n.º 41/2004 de 18 de agosto, na sua versão atual, respetivamente relativos ao armazenamento de informações e possibilidade de acesso à informação armazenada (v.g. *cookies* com finalidades publicitárias) e ao envio de comunicações não solicitadas para fins de marketing direto através de sistemas automatizados de chamada, telecópia, correio eletrónico, SMS (serviços de mensagens curtas), EMS (serviços de mensagens melhoradas), MMS (serviços de mensagem multimédia) e outros tipos de aplicações similares.

¹¹³ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, diretamente aplicável nos Estados-Membros da União Europeia desde 25 de maio de 2018.

¹¹⁴ 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.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de - Negócio jurídico de consumo: caracterização, fundamentação e regime jurídico. **Boletim do Ministério da Justiça**. n.º 347, jun (1985), p.11-38.
- ALPA, Guido - **Il diritto dei consumatori**. Roma: Laterza, 1999. ISBN 88-420-5706-1.
- AMORIM, Ana Clara Azevedo de – **Manual de Direito da Publicidade**. Petrony Editora, 2018. ISBN 978-972-685-256-8.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito do Consumidor - N.º 5**. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. ISBN 9785164603755. p. 139-161.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I - Artigos 1º a 107º**. 4ª edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.
- CARVALHO, Jorge Morais – **Manual de Direito do Consumo**. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6904-3.
- CARVALHO, Jorge Morais - **Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova, 2011. Tese de doutoramento.
- 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.
- DINIS, Marisa - O Direito à Informação – Consequências em Caso de Preterição dos Deveres de Informação. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. IV, n.º #16, dezembro (2014), p.87-122.
- DUARTE, Paulo - O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2º/1 da lei de defesa do consumidor. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. 75 (1999), p.649-703.
- 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 - A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE). **Revista Portuguesa de Direito do Consumo.** ISSN 0873-9773. n.º 44, dezembro (2005), p.17-93.

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.

ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula - A responsabilidade civil pelo descumprimento do dever de informação no direito do consumidor. In PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio - **Relações de Consumo: Políticas Públicas.** 6ª edição - internacional. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2015. ISBN 978-85-88512-64-1. p. 74-98.

RODRIGUES, Luís Silveira - Tendências recentes sobre a protecção do consumidor na União Europeia. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito do Consumidor - N.º 5.** Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. ISBN 9785164603755. p. 311-319.

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.