

PUBLICIDADE ENGANOSA E CONSUMIDOR MÉDIO : ESTUDO SOBRE O EXAGERO PUBLICITÁRIO

Ana Clara Azevedo de Amorim

Doutora em Direito e Docente do ISCET

RESUMO

O princípio da veracidade tem como principal corolário a proibição da publicidade enganosa. Neste contexto, releva sobretudo a susceptibilidade de indução em erro, independentemente da falta de correspondência entre o conteúdo da mensagem e a realidade da oferta, de acordo com o critério de mediania desenvolvido pelo TJUE. Na medida em que não se destina a ser interpretado literalmente, o exagero publicitário não distorce de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores, pelo que deve considerar-se lícito em conformidade com o princípio da adequação social. No entanto, o progressivo alargamento do âmbito de aplicação do exagero publicitário pode conduzir a uma desprotecção dos consumidores.

Palavras-chave

Veracidade, publicidade enganosa, consumidor médio, adequação social, exagero.

ABSTRACT

The truthfulness principle has as its main corollary the prohibition of misleading advertising. In this context, it matters mainly the likelihood to deceive, regardless the mismatch between the message content and the reality of the supply, according to the averageness benchmark developed by the ECJ. Since it is not meant to be literally interpreted, puffery does not materially distort the economic behaviour of consumers and shall be considered lawful in line with the social adequacy principle. However, the gradual enlargement of puffery's scope of application may lead to consumers deprotection.

Keywords

Truthfulness, misleading advertising, average consumer, social adequacy, puffery.

INTRODUÇÃO

A abordagem jurídica da comunicação comercial enquadra-se maioritariamente na protecção dos consumidores, enunciada no art. 60.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), que abrange, entre outros, o direito à informação e a garantia dos interesses económicos, proibindo-se expressamente a “publicidade oculta, indirecta ou dolosa” (n.º 2). Na medida em que coincidem quase sempre com intervenções restritivas da liberdade publicitária do anunciante, os mecanismos de protecção devem “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, respeitando assim o princípio da proporcionalidade previsto no art. 18.º n.º 2 da CRP.

Entendida como restrição ao conteúdo dos anúncios, a proibição de actos enganosos traduz uma das principais preocupações dos diplomas legais vigentes em matéria de comunicação comercial, entre os quais se destaca o DL n.º 330/90, de 23 de Outubro, que aprovou o Código da Publicidade (CPub) e o regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais, consagrado no DL n.º 57/2008, de 26 de Março (DL PCD), que transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Maio de 2005 (Directiva PCD).

Ora, o exagero publicitário resulta sobretudo de considerações vagas, irreais ou ficcionadas, que visam atrair a atenção dos destinatários para um determinado conteúdo promocional, não sendo objecto de uma análise racional nem de uma reflexão ulterior. A sua relevância fica demonstrada pela jurisprudência do Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial (ICAP), que no quadro da proibição de actos enganosos incide frequentemente sobre hipóteses de exagero publicitário. Neste sentido, importa sobretudo contribuir para enunciar os fundamentos da licitude do exagero publicitário, face a uma interpretação teleológica do princípio da veracidade e à cláusula de relevância prevista no regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais, que adoptam como parâmetro de aferição o critério do consumidor médio desenvolvido pelo TJUE.

1. PRINCÍPIO DA VERACIDADE

O princípio da veracidade postula a “conformidade dos produtos ou serviços promovidos com o conteúdo da mensagem publicitária” (Paulo Mota Pinto, 1999:69). Mas pode igualmente ser abordado numa dimensão subjectiva, que permite atender à convicção dos consumidores ou às suas fundadas expectativas face à comunicação comercial. Esta abordagem teve origem na concepção alemã de Concorrência Desleal consagrada no § 4 n.º 1 da *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* de 1909, tendo sido adoptada posteriormente no art. 10.º *bis* n.º 3 § 3 da Convenção da União de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial e, ao nível comunitário, no art. 2.º n.º 2 da Directiva 84/450/CEE e no art. 6.º n.º 1 da Directiva PCD, que passaram a aludir também à susceptibilidade de indução em erro dos consumidores. Assim, não releva apenas a falta de correspondência entre o conteúdo literal da mensagem publicitária e a realidade da oferta, como se verifica nas alíneas d), e) e f) do n.º 1 do art. 317.º do Código da Propriedade Industrial (CPI), que em sede de Concorrência Desleal proíbem as “falsas indicações” e as “falsas descrições” relativas aos produtos e serviços do profissional, bem como à sua situação financeira, clientela e actividades desenvolvidas. Paralelamente, nos termos do art. 7.º n.º 1 do DL PCD, o regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais incide sobre informações que “mesmo sendo factualmente correctas”, induzem ou são susceptíveis de induzir em erro os consumidores.

Esta dimensão subjectiva constitui o núcleo fundamental do princípio da veracidade, como tem vindo a reconhecer a jurisprudência nacional.¹ No entanto, segundo o disposto no art. 10.º do CPub, “a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos” (n.º 1), o que determina que as afirmações sejam “exactas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes” (n.º 2). Ao suprimir a referência à susceptibilidade de indução em erro dos consumidores prevista no art. 10.º do CPub de 1980 e no art. 7.º do CPub de 1983, o diploma actualmente em vigor no ordenamento jurídico português representa um retrocesso legislativo sem paralelo no direito comparado. Como resulta sobretudo da Directiva PCD e dos respectivos diplomas de transposição, o princípio da veracidade abrange as omissões enganosas, que decorrem da violação de um dever de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*) e não estritamente de um dever de informação (*Informationspflicht*). A susceptibilidade de indução em erro dos consumidores incide, desta forma, sobre as alegações publicitárias incompletas que conduzem a uma incorrecta representação global relativa à oferta. Contudo, não recai sobre o anunciante um dever de evidenciar de forma exaustiva todas as características dos produtos ou serviços, nomeadamente as respectivas limitações ou desvantagens.

Entendido em sentido amplo, o princípio da veracidade abrange ainda a identificabilidade da comunicação comercial, que obriga a revelar inequivocamente a natureza publicitária ou finalidade promocional da mensagem, de acordo com o art. 8.º n.º 1 do CPub. Visa, por isso, para além do conteúdo do anúncio, também a sua forma ou configuração externa, dado que “o público, julgado perante uma informação imparcial e desinteressada, mais facilmente será objecto de persuasão” (Moitinho de Almeida, 1974:87). Igualmente abrangida pelo princípio da veracidade em sentido amplo fica a obrigação de clareza publicitária, enunciada nos sectores de actividade dotados de especial complexidade e tecnicidade, que coincide com um determinado modo de apresentação das mensagens, associado ao cumprimento de um conjunto de deveres de informação.²

1 - Como resulta do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18 de Setembro de 2002, processo n.º 0141458, “embora uma determinada mensagem publicitária não seja falsa, mas revele evidente aptidão para induzir em erro um qualquer destinatário medianamente inteligente e atento, cai no âmbito da publicidade enganosa”.

2 - Por exemplo, art. 77.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, aprovado pelo DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro; art. 7.º n.º 3 do DL n.º 176/95, de 26 de Julho relativo ao contrato de seguro; art. 7.º n.º 1 do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo DL n.º 486/99, de 13 de Novembro; art. 5.º do DL n.º 133/2009, de 2 de Junho relativo ao crédito ao consumo; art. 5.º do

Ora, nos termos do art. 10.º n.º 2 do CPub, o princípio da veracidade incide sobre “as afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados”, que traduzem elementos objectivos da oferta. A mesma limitação decorre da alusão a “informações” no art. 7.º n.º 1 do DL PCD. Desta forma, excluem-se do âmbito de aplicação do princípio da veracidade os juízos estimativos e as apreciações subjectivas, como os juízos estéticos ou as considerações relativas a gostos pessoais (Carlos Fernández-Novoa, 1975:378). A aplicabilidade subsiste, porém, segundo alguns autores, quando o consumidor perceba as alegações como referências objectivas (Hans-Wolfgang Micklitz, 2006:836).

A centralidade do princípio da veracidade na disciplina da comunicação comercial justifica-se historicamente no quadro do acesso limitado à informação num período dominado pelo excesso de oferta. De facto, até à última década do século XX, os produtores e distribuidores detinham exclusivamente a informação sobre o mercado e o controlo da tecnologia, ficando as decisões económicas dos consumidores dependentes dos conteúdos que lhes eram transmitidos de forma massificada e unilateral pela publicidade. Na medida em que o seu âmbito de aplicação se restringe às expressões concretas e comprováveis, o princípio da veracidade não pode ser hoje aferido relativamente à generalidade dos anúncios, que invoca sobretudo benefícios emocionais e simbólicos.

2. PUBLICIDADE ENGANOSA

2.1. Enquadramento legal

Entendido em sentido estrito, o princípio da veracidade tem como principal corolário a proibição da publicidade enganosa, que constitui uma das técnicas de persuasão mais utilizadas pelos anunciantes, como resulta do adágio *omnis mercator mendax*.

Na legislação nacional, a publicidade enganosa sucede aos “reclamos dolosos” previstos no art. 212.º n.º 5 do CPI de 1940 e no art. 260.º alínea e) do CPI de 1995 que, enquadrando-se nos crimes de Concorrência Desleal, dependiam da verificação da intenção de enganar (*animus decipiendi*). A publicidade enganosa viria a ser objecto de descriminalização com a aprovação do DL n.º 6/95, de 17 de Janeiro, que revogou o art. 40.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, relativo à publicidade fraudulenta.³ E, no quadro da alusão à susceptibilidade de indução em erro dos consumidores, adquire predominância normativa o desvalor do resultado, em detrimento do desvalor da acção.

Antes da transposição da Directiva PCD, o legislador português fazia coincidir a publicidade enganosa com a dimensão técnica ou funcional dos argumentos invocados pelos anunciantes. Desta forma, aludia no art. 11.º do CPub, por um lado, 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” e, por outro lado, aos “resultados que podem ser esperados da sua utilização” (alínea a) do n.º 2). Complementarmente, mandava atender também ao preço e às condições de fornecimento dos produtos e da prestação dos serviços, bem como à natureza, às características e aos direitos do anunciante e ainda aos direitos e deveres do destinatário ou aos termos de prestação de garantias (alíneas b), c), d) do n.º 2).

Para efeitos das relações com consumidores, a proibição da publicidade enganosa consta actualmente sobretudo dos art. 7.º a 9.º do DL PCD, resultantes da transposição dos art. 6.º e 7.º da Directiva PCD relativos às acções e omissões enganosas, respectivamente, e também dos pontos 1 a 23 do Anexo I, que estabelecem um conjunto de práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias.

Ora, o art. 7.º do DL PCD continuou a fazer coincidir as práticas comerciais enganosas com o produto ou serviço anunciado, o preço e outras vantagens económicas associadas, a caracterização do profissional e os direitos do consumidor (alíneas a) a g) do n.º 1). E, ao contrário do que resulta da disciplina da Concorrência Desleal, aproximou os actos de confusão da indução em erro dos consumidores, consagrando um conceito amplo de engano. Assim, constitui igualmente prática comercial enganosa “qualquer actividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações

regime jurídico das Práticas de Publicidade em Saúde, aprovado pelo DL n.º 238/2015, de 14 de Outubro.

3 - No direito comparado, a criminalização da publicidade enganosa encontra-se prevista no art. 282.º do Código Penal espanhol de 1995 e no § 16 (1) na *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* alemã de 2004.

comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente” (alínea a) do n.º 2). Neste contexto, o risco de confusão não incide apenas sobre a identidade do produto ou serviço decorrente do recurso ao mesmo sinal distintivo (confusão directa ou imediata) mas também sobre a origem empresarial (confusão indirecta ou mediata) e a existência de uma relação económica ou jurídica entre os agentes económicos (confusão em sentido amplo).

Para além das alegações publicitárias incompletas, que integram tradicionalmente uma modalidade de indução em erro dos consumidores, o art. 9.º do DL PCD enquadró nas omissões enganosas a apresentação de informação substancial “de modo pouco claro, ininteligível ou tardio”, bem como o incumprimento das menções legalmente obrigatórias (alíneas a) e b) do n.º 1). Neste caso, é a violação do dever de informação que determina a deslealdade da prática comercial, em função das características do meio de comunicação utilizado pelo anunciante (n.º 2).

Por fim, a publicidade enganosa deve ser aferida em função do princípio da integridade ou indivisibilidade da comunicação comercial, que impõe uma análise qualitativa centrada na impressão global criada pela mensagem, sem atender separadamente a cada uma das partes integrantes (Anxo Tato Plaza, 2009:551). Neste sentido, incide sobre o significado mais imediato do anúncio, que decorre de uma visão acrítica sobre o conjunto da mensagem, afastando-se eventuais interpretações subtis do seu conteúdo. Acresce que a especial relevância de alguns elementos – sobretudo, da parte captatória ou chamativa (*Blickfangwerbung*) – constitui ainda uma concretização do princípio da integridade ou indivisibilidade. Aqui se insere a hipótese paradigmática do recurso a letra excessivamente pequena (em suporte de papel e até em ambiente digital) ou imperceptível (na rádio e televisão) para apresentar um elemento esclarecedor da mensagem.⁴

2.2. CLÁUSULA DE RELEVÂNCIA

A partir da transposição da Directiva PCD, a proibição da publicidade enganosa passa a depender da verificação de uma relação de causalidade entre a prática comercial – consubstanciada em “informações falsas”, “indução em erro” ou “omissão de uma informação substancial” – e a susceptibilidade de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores. Tributária da Defesa da Concorrência, esta cláusula de relevância resulta da preocupação com o desenvolvimento do Mercado Interno.

Segundo a alínea e) do art. 3.º do DL PCD, importa que a prática comercial “prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo”. Desta forma, fica excluída da cláusula de relevância a mera influência da prática comercial sobre o comportamento económico dos consumidores, como se verifica relativamente aos brindes de pequeno valor. Esta distinção entre a mera influência e a distorção substancial do comportamento económico dos consumidores resulta também da jurisprudência consagrada ao nível comunitário desde o paradigmático caso *Nissan* (processo n.º C-373/90, decisão de 16 de Janeiro de 1992), relativo à venda anunciada de veículos importados por um preço mais baixo dado o menor número de acessórios incluídos. Para efeitos da qualificação como publicidade enganosa, o TJUE adoptou então o critério do “número significativo de consumidores”, fazendo depender a ilicitude da existência de uma percentagem relevante de consumidores enganados.

Ora, a distorção substancial verifica-se maioritariamente nas situações em que o consumidor celebra um negócio jurídico de consumo não tendo intenção de o fazer ou em moldes diferentes daqueles que melhor correspondem à satisfação das suas necessidades. No entanto, a cláusula de relevância deve abranger igualmente as práticas comerciais que se limitam a captar a atenção dos consumidores, suscitando um interesse pelo produto ou serviço, sem determinar necessariamente a celebração de um negócio jurídico de consumo. Ou seja, adopta-se um conceito amplo de comportamento económico, que abrange o efeito de atracção (*Anlockeffekt*) exercido sobre os consumidores, independentemente da existência de uma decisão de transacção. Este efeito de atracção resulta, por exemplo, da apresentação enganosa de vantagens económicas, como a alegada gratuitidade do produto ou serviço, proibida pela alínea z) do art. 8.º do DL PCD.

4 - No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de Abril de 1999, processo n.º 0070333, foi considerada enganosa a publicidade que “enfaticamente salienta em vários folhetos a atribuição de prémios (...) e só depois, em texto compacto e de difícil compreensão, apresenta o extracto do regulamento das campanhas de promoção, sugerindo deste modo ao destinatário, que se fizer uma encomenda ganhará um prémio”.

3. O CONSUMIDOR MÉDIO COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO

No quadro da dimensão subjectiva do princípio da veracidade, que permite atender à convicção dos consumidores ou às suas fundadas expectativas face à comunicação comercial, e atenta a previsão da cláusula de relevância no regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais, constata-se a necessidade de adoptar um parâmetro de aferição. Neste contexto, a Directiva PCD consagrou “o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta factores de ordem social, cultural e linguística” (Considerando 18).

Este critério abstracto coincide com a predominância de uma publicidade difundida com recurso aos meios de comunicação de massas e dirigida ao público em geral. Mas coincide também com o modelo de comportamento utilizado pelas teorias económicas neoclássicas, que postula a racionalidade estrita e a informação perfeita na tomada de decisões de consumo. Assim, se no posicionamento técnico ou funcional face à concorrência os anunciantes invocam sobretudo as características e os benefícios dos produtos, a informação constitui um instrumento privilegiado de tutela dos consumidores, na medida em que permite assegurar a maior utilidade e o menor custo das transacções.

A propósito do confronto entre o risco de engano e a livre circulação de produtos, o TJUE desenvolveu um critério de mediania susceptível de contribuir para o desenvolvimento do Mercado Interno. Nos casos sucessivamente analisados, estava em causa quase sempre a impressão causada por uma determinada apresentação ou menção na embalagem de um produto. O TJUE começou então por fazer referência ao “consumidor médio normalmente informado” no caso *Mars* (processo n.º C-470/93, decisão de 6 de Julho de 1995) e, depois, “normalmente informado e razoavelmente atento e advertido” no paradigmático caso *Gut Springenheide* (processo n.º C-210/96, decisão de 16 de Julho de 1998), confirmado no caso *Sektellerei Kessler* (processo n.º C-303/97, decisão de 28 de Janeiro de 1999). Em progressivas aproximações ao consumidor real, atendeu também a “factores sociais, culturais e linguísticos” no caso *Estée Lauder* (processo n.º C-220/98, decisão de 13 de Janeiro de 2000) e à especialização do público destinatário no caso *Toshiba* (processo n.º C-112/99, decisão de 25 de Outubro de 2001).

Na medida em que relevam a atitude e os conhecimentos, o conceito de consumidor médio implica a experiência e aptidão necessárias para interpretar correctamente as mensagens transmitidas pelos profissionais, bem como a adopção de um comportamento activo e responsável na procura de informação relativa ao produto (Luis González Vaqué, 2004:47). Atende-se igualmente ao facto de o cuidado e a ponderação variarem em função da natureza e do valor do produto.

Entre nós, a jurisprudência continua a convocar predominantemente o critério do “consumidor eventual ou desprevenido” adoptado pelo Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 27 de Março de 1979.⁵ Também a doutrina maioritária defende o recurso ao “consumidor desatento e desprovido de espírito crítico” (Adelaide Menezes Leitão, 1997:148). Ora, a adopção na Directiva PCD de um parâmetro de aferição excessivamente exigente e sem tradição na generalidade dos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros, apenas se justifica no quadro da preocupação com o desenvolvimento do Mercado Interno, contribuindo para inviabilizar a tutela de alguns consumidores e para aumentar as práticas comerciais enganosas toleráveis.

Acresce que ao integrar uma perspectiva alheada da realidade, o critério abstracto constitui uma “ficção utópica”, que não pode fundar uma protecção eficaz (Jorge Pegado Liz, 2005:77 e Stephen Weatherill, 2007:128). O próprio Parlamento Europeu considerou, na *Resolução sobre uma estratégia de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis*, de 22 de Maio de 2012, que “a noção de consumidor médio carece da flexibilidade necessária para se adaptar a casos específicos e, por vezes, não corresponde a situações da vida real”.

Porém, atenta a abordagem segmentada do mercado, a comunicação comercial dirige-se hoje predominantemente “a um determinado grupo de consumidores” e já não ao público em geral, pelo que se verificam os pressupostos do recurso

5 - Apenas pontualmente, os tribunais nacionais têm aludido ao consumidor “de normal diligência e aptidões” (acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Junho de 2002, processo n.º 0331765 e de 12 de Maio de 2005, processo n.º 0532411), “dotado de média inteligência, diligência e perspicácia” (acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de Maio de 2011, processo n.º 706/07.3TYLSB) ou “medianamente inteligente e atento” (acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18 de Setembro de 2002, processo n.º 0141458). Nesta tendência de evolução, a jurisprudência portuguesa fez também algumas aproximações ao “consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”, adoptado pelo TJUE (por exemplo, no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 9 de Fevereiro de 2010, processo n.º 772/06.9TBLRA e nos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de Outubro de 2011, processo n.º 393/07.9TYLSB e de 15 de Dezembro de 2011, processo n.º 1381/08.3TYLSB).

ao “membro médio de um grupo”, enunciado no art. 5.º n.º 2 do DL PCD, que resulta da transposição do art. 5.º n.º 2 alínea b) da Directiva PCD. Ao integrar algumas especificidades do público-alvo ou segmento de mercado visado pelo anunciante, esta relativização do parâmetro de aferição representa um abandono parcial do critério abstracto, convertendo o regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais num instrumento de protecção dos consumidores mais ajustado à realidade.

Igualmente relevante é a alusão aos “consumidores particularmente vulneráveis” no art. 6.º alínea a) do DL PCD, que corresponde ao art. 5.º n.º 3 da Directiva PCD. Na medida em que assenta em elementos subjectivos – como a “doença mental ou física, idade ou credulidade” –, esta alternativa ao consumidor médio como parâmetro de aferição aplicável também à publicidade enganosa manifesta-se, designadamente, na tutela dos menores.

4. EXAGERO PUBLICITÁRIO

4.1. CONCEITO E MODALIDADES

Também designado, consoante os casos, *publicidade hiperbólica*, *publicidade superlativa* ou *publicidade de tom excludente*, o exagero publicitário resulta sobretudo de considerações vagas, irreais ou ficcionadas, geralmente associadas a auto-elogios genéricos ou afirmações de superioridade, liderança ou exclusividade em relação ao conjunto dos concorrentes. Neste sentido, visa atrair a atenção dos destinatários para um determinado conteúdo promocional, que não é objecto de uma análise racional nem de uma reflexão ulterior, dado que não se destina a ser interpretado literalmente (Carlos Fernández-Novoa, 1975:381).

Apesar de a qualificação como exagero publicitário estar dependente das circunstâncias do caso concreto, a doutrina enuncia como critérios de apreciação do anúncio a sua configuração, estrutura e significado – em especial, o grau de concretização da mensagem e a presença de elementos humorísticos, irónicos ou satíricos, bem como a utilização reiterada das mesmas expressões, designadamente, em forma de verso –, o sector de actividade em causa e, por fim, as características do anunciante e do meio de comunicação (Carlos Lema Devesa, 1978:281). Entre nós, o Júri de Ética do ICAP reconheceu, no caso *Zon TV Cabo Portugal vs. PT Comunicações* (processo n.º 20J/2010, decisão de 1 de Outubro de 2010), que o exagero publicitário traduz frequentemente “o uso do grotesco (ou a colocação a ridículo) como alegoria de eventuais defeitos ou o exagero das dimensões de algo (...), através da técnica satírica da inflação como forma de hipérbole”. E, no caso *Unilever Jerónimo Martins vs. Reckitt Benckiser* (processo n.º 14J/2007, decisão de 13 de Abril de 2007), que “quanto mais grotesco e afastado da realidade é o símbolo utilizado, menos probabilidades existem de que o mesmo se possa reconduzir a uma prática de publicidade enganosa, atenta a perceptibilidade do óbvio exagero”.

Abordada na categoria ampla das afirmações exageradas, a publicidade de tom excludente (*Alleinstellungswerbung*) invoca a superioridade, liderança ou exclusividade do anunciante em relação ao conjunto dos concorrentes e, em certos casos, a equiparação com os profissionais que integram um grupo tendencialmente fechado do respectivo ramo económico. Assim definida, a publicidade de tom excludente coincide com o recurso a expressões através das quais o anunciante se arroga uma posição preeminente no sector de actividade – por exemplo, “o único”, “o melhor”, “o primeiro”, “o mais vendido”, “o mais barato”. Neste caso, traduz ainda uma publicidade comparativa, para os efeitos do art. 16.º do CPub, a mensagem que, em função da estrutura de mercado e da percepção dos destinatários, ao afirmar a superioridade, liderança ou exclusividade do anunciante, “identifica explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente”.⁶

6 - No sector das telecomunicações, o Júri de Ética do ICAP reconheceu, no caso *Vodafone Portugal vs. Optimus Telecomunicações* (processo n.º 2J/2013, decisão de 2 de Março de 2013), a propósito dos slogans “4G no iPhone 5 só na Optimus” e “a Optimus torna-se no único operador nacional a assegurar aos utilizadores do iPhone 5 uma verdadeira experiência em 4G” que “quando um anunciante faça uma referência implícita genérica a um concorrente, um produto ou bem ou serviço da concorrência, bem como a uma categoria de produtos cuja totalidade de mercado o destinatário consiga identificar na sua mente, por virtude da respectiva exiguidade (...) está-se em presença de publicidade comparativa”.

Foram igualmente qualificados como publicidade comparativa o slogan “porque o segundo tem duas vezes mais reclamações que o líder” no caso *PT Comunicações vs. Zon TV Cabo* (processo n.º 23J/2011, decisão de 18 de Outubro de 2010), os slogans “A fibra do MEO é esta! Esta é a verdadeira!” e “Os portugueses sabem qual é a verdadeira fibra” e “A verdadeira fibra é MEO” no caso *Vodafone Portugal vs. PT Comunicações* (processo n.º 4J/2012, decisão de 29 de Março de 2012), o slogan “a melhor cobertura de rede em Portugal” no caso *PT*

4.2. FUNDAMENTOS DA LICITUDE

A licitude do exagero publicitário funda-se tradicionalmente no *dolus bonus*, previsto no art. 253.º n.º 2 do Código Civil, 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”.

Daqui decorre que devem admitir-se as considerações vagas, irreais ou ficcionadas mas já não o engano específico dos consumidores. Ou, como reconheceu o Tribunal da Relação de Lisboa no acórdão de 27 de Setembro de 2007, processo n.º 6592/2007-6, não fica abrangida pelo *dolus bonus* a situação em que “o comerciante enaltece ou atribui à sua mercadoria qualidades que sabe não existirem, que sabe que esta não possui”. Uma vez que tende a ser interpretada literalmente, a alusão a factos objectivos e concretos não pode ser qualificada como exagero publicitário, devendo as mensagens considerar-se ainda sindicáveis ao abrigo do princípio da veracidade, genericamente enunciado no art. 10.º do CPub.⁷

Considerando o desajustamento face à actual estrutura de mercado e aos meios de comunicação de massas, onde não se verificam os contactos personalizados entre vendedores e compradores que no contexto da economia artesanal justificaram o surgimento da teoria do *dolus bonus*, alguns autores afastam o recurso ao art. 253.º n.º 2 do Código Civil em matéria de publicidade, alegando a insuficiência do seu enquadramento na formação do contrato e nos vícios da vontade (Adelaide Menezes Leitão, 1997:150, na sequência da posição defendida por Adriano Vanzetti, 1964:607).

Igualmente adequada parece ser a abordagem do exagero publicitário a propósito do art. 245.º do Código Civil, segundo o qual “a declaração não séria, feita na expectativa de que a falta de seriedade não seja desconhecida, carece de qualquer efeito”. De facto, a presença de elementos humorísticos, irónicos ou satíricos demonstra que os anúncios não têm o intuito de enganar os consumidores mas antes a expectativa de que o seu conteúdo não seja objecto de uma interpretação literal (João Calvão da Silva, 1981:196 e Maria Miguel Carvalho, 2007:702).

Mas a licitude do exagero publicitário resulta sobretudo do princípio da adequação social (*soziale Adäquanz*), que permite restringir a aplicabilidade da norma proibitiva em função da lesão do bem jurídico tutelado. Ao remeter para o fundamento material da ilicitude, o princípio da adequação social postula a necessidade de atender à valoração da conduta realizada pela comunidade num determinado contexto histórico. Abordado maioritariamente como causa de exclusão da tipicidade, aplicável a todo o ordenamento jurídico, o princípio da adequação social fica então dependente de uma interpretação teleológica da norma proibitiva.

Ora, ultrapassada a visão corporativa, o problema do exagero publicitário surge actualmente no quadro do princípio da veracidade, que visa a garantia do direito à informação e a protecção dos interesses económicos dos consumidores, nos termos do que resulta genericamente do art. 60.º da CRP. Considerando que as afirmações exageradas funcionam quase sempre apenas como elemento de atracção para um determinado conteúdo promocional, que não é objecto de uma análise racional nem de uma reflexão ulterior, a sua censurabilidade deixa de estar justificada ao abrigo de uma interpretação teleológica do princípio da veracidade, uma vez que não subsiste uma lesão do bem jurídico tutelado pela norma proibitiva. Neste sentido, a licitude do exagero publicitário constitui também uma manifestação do princípio da proporcionalidade, enunciado no art. 18.º n.º 2 da CRP, permitindo restringir a liberdade publicitária dos anunciantes estritamente na medida necessária e adequada à protecção dos consumidores.

Associando o princípio da adequação social à cláusula de relevância, na sequência da transposição da Directiva PCD, o legislador nacional reconheceu no Preâmbulo do DL PCD que o diploma “não visa proibir práticas publicitárias que consistam no uso de afirmações claramente exageradas ou afirmações não destinadas a ser interpretadas literalmente”. O

Comunicações vs. Optimus Telecomunicações (processo n.º 6J/2012, decisão de 7 de Maio de 2012), o slogan “Meo Líder 3P, Televisão Internet Telefone” no caso *Zon TVCabo Portugal vs. PT Comunicações* (processo n.º 12J/2012, decisão de 5 de Julho de 2012), os slogans “A Banda Larga TMN continua a liderar, chega a todo o lado” e “Banda Larga TMN sempre ligada com a maior cobertura nacional 3G e 4G” no caso *Vodafone vs. TMN* (processo n.º 14J/2012, 17 de Outubro de 2012) e os slogans “4G, a Internet móvel mais rápida de sempre” e “maior cobertura nacional 4G” no caso *PT Comunicações vs. Optimus Telecomunicações* (processo n.º 16J/2012, decisão de 5 de Novembro de 2012).

7 - Por este motivo, não é aplicável ao exagero publicitário o n.º 5 do art. 7.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, nos termos do qual “as informações concretas e objectivas 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”.

regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais funda a admissibilidade do exagero publicitário na insusceptibilidade de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores, para os efeitos da alínea e) do n.º 3 do DL PCD.

Também em sede de auto-regulação, o Júri de Ética do ICAP reconheceu, designadamente, no caso *Danone Portugal vs. SCC-Soc. Central de Cervejas e Bebidas* (processo n.º 3J/2008, decisão de 27 de Junho de 2008), a licitude do exagero publicitário “contido dentro dos limites éticos”, desde que a mensagem seja insusceptível de induzir o público em erro. E, no caso *Arbora & Ausónia vs. Johnson & Johnson* (processo n.º 21J/2003, decisão de 3 de Novembro de 2003), a admissibilidade de “uma afirmação que pode ser caracterizada como exagero próprio da publicidade e, como tal, inócua”.

Por fim, importa referir que o exagero publicitário é igualmente aferido segundo o critério abstracto do consumidor médio, que deve ter a capacidade crítica suficiente para reconhecer a comunicação comercial sem fundamento objectivo, mesmo quando a sua dimensão hiperbólica ou superlativa tenha relevado apenas como elemento de atracção para um determinado conteúdo promocional, sem influenciar qualquer decisão de transacção. No entanto, alguns estudos demonstram que os consumidores têm frequentemente dificuldade em identificar as afirmações exageradas, atribuindo-lhes um grau de credibilidade semelhante ao das expressões concretas e comprováveis (George Belch e Michael Belch, 2014:738).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mercado fortemente concorrencial do início do século XXI, dominado pela semelhança da qualidade e do preço das várias ofertas disponíveis e pela prevalência dos benefícios emocionais e simbólicos na generalidade dos anúncios, diminui o âmbito de aplicação do princípio da veracidade em sentido estrito, delimitado sobretudo em função da dimensão técnica ou funcional dos argumentos invocados pelos profissionais. Assim se justifica actualmente a escassa relevância prática da disciplina da publicidade enganosa, que traduz uma das principais preocupações da abordagem jurídica da comunicação comercial nas relações com consumidores.

Enquadrada no princípio da veracidade e na proibição de actos enganosos, a licitude do exagero publicitário assenta na cláusula de relevância prevista no regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais, dado que a mensagem não se destina a ser interpretada literalmente e, por isso, não é susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores. Ou seja, face a considerações vagas, irreais ou ficcionadas, não subsiste – em conformidade com o princípio da adequação social – uma lesão do bem jurídico tutelado pela norma proibitiva. Ora, as afirmações exageradas funcionam quase sempre apenas como elemento de atracção para um determinado conteúdo promocional, que não é objecto de uma análise racional nem de uma reflexão ulterior. Ao adoptar um conceito amplo de comportamento económico, a própria cláusula de relevância abrange as práticas comerciais que se limitam a captar a atenção dos consumidores, suscitando um interesse pelo produto ou serviço, como se verifica especialmente quando a mensagem invoca a superioridade, liderança ou exclusividade do anunciante em relação ao conjunto dos concorrentes. Neste contexto, face à ausência do grau de cuidado e ponderação que tende a caracterizar a decisão de transacção, o recurso ao critério de mediania desenvolvido pelo TJUE contribui também para o progressivo alargamento do âmbito de aplicação do exagero publicitário, cuja licitude pode passar a constituir um eficaz argumento de defesa dos anunciantes, desprotegendo-se a final os consumidores.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, José Carlos Moitinho de (1974), *Publicidade enganosa*, Lisboa: Arcádia.
- BELCH, George; Belch, Michael (2014), *Advertising and Promotion: an Integrated Marketing Communications Perspective*, 10.^a edição, Nova Iorque: McGraw-Hill.
- CARVALHO, Maria Miguel (2007), “O conceito de publicidade enganosa”, AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, volume III, Coimbra: Coimbra Editora, pág. 675 a 706.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos (1975), “La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 2, pág. 369 a 391.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis (2004), “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 17, ano 8, pág. 47 a 81.
- LEITÃO, Adelaide Menezes (1997), “A concorrência desleal e o direito da publicidade – um estudo sobre o ilícito publicitário”, AA.VV., *Concorrência desleal*, Coimbra: Almedina, pág. 137 a 163.
- LEMA DEVESA, Carlos (1978), “La exageración publicitaria en el derecho español”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 5, pág. 263 a 289.
- LIZ, Jorge Pegado (2005), “A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 44, pág. 17 a 93.
- MICKLITZ, Hans-Wolfgang (2006), “Irreführende Werbung”, AA.VV., *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, volume I, Munique: Verlag C. H. Beck, pág. 778 a 886.
- PINTO, Paulo Mota (1999), *Direito da Publicidade*, edição policopiada, Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- ROSSELLO, Carlo (1995), “Pubblicità ingannevole”, *Contratto e Impresa*, pág. 137 a 187.
- SILVA, João Calvão da (1981), “La publicité et le consommateur – rapport portugais”, AA.VV., *La publicité-propagande (Journées Portugaises de Lisbonne) – Travaux de l'Association Henri Capitant*, tomo XXXII, Paris: Economica, pág. 191 a 219.
- TATO PLAZA, Anxo (2009), “Prácticas comerciales engañosas con los consumidores”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 29, pág. 529 a 572.
- VANZETTI, Adriano (1964), “La repressione della pubblicità mensognera”, *Rivista di Diritto Civile*, ano X, parte I, pág. 584 a 615.
- WEATHERILL, Stephen (2007), “Who is the Average Consumer?”, AA.VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Portland: Hart Publishing, pág. 115 a 138.