

COMUNICAÇÕES PUBLICITÁRIAS NÃO SOLICITADAS

DANIELA VELHO¹

¹ Jurista do Departamento de Relações com o Consumidor do ISP

As opiniões expressas no presente trabalho não vinculam o Instituto de Seguros de Portugal

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a problemática específica das comunicações publicitárias não solicitadas e a questão da eventual necessidade de autorização prévia à sua transmissão por parte dos destinatários.

As modernas teorias de marketing apontam para a necessidade de consentimento prévio por parte do destinatário da publicidade, permitindo, assim, direccioná-la para quem dela pretender ser receptor.

Também no que toca à orientação legislativa comunitária e nacional, a tendência é no sentido de proteger cada vez mais a privacidade do potencial destinatário da publicidade e tornar a sua transmissão dependente de prévia autorização ou, pelo menos, de não oposição.

Parece existir, assim, um paralelismo entre as teorias de marketing enunciadas e o regime jurídico existente, no que toca às comunicações publicitárias não solicitadas.

2. COMUNICAÇÃO E PUBLICIDADE

2.1. Evolução do conceito de comunicação

A comunicação empresarial tem sofrido inúmeras mutações ao longo das últimas décadas, numa tentativa de descoberta constante dos trilhos que vão sendo deixados pelas exigências da evolução tecnológica.

A era da informação, que surge com o aparecimento das tecnologias de informação e comunicação (TIC), abre um vasto leque de novas possibilidades, mas também novas exigências de competitividade, qualidade, produtividade e excelência de gestão. Protagonizada pela Internet, a informação passa a desempenhar um importantíssimo papel nos fluxos comunicacionais e comerciais.

As TIC surgem como elemento de concepção e suporte da comunicação empresarial em várias das actividades que se desenvolvem no seio da empresa, apresentando-se como um factor-chave na sua globalização.

O processo de globalização¹ e mais precisamente de globalização da empresa encontra-se, assim, directamente relacionado com o desenvolvimento das TIC, que impelem à adopção de novas políticas comunicacionais adaptadas aos novos desafios, nomeadamente a existência de um público mais vasto, mais exigente e mais informado.

A interactividade torna-se uma arma fundamental da comunicação empresarial.

2.1.1. Internet como meio de comunicação interactivo

A Internet é considerada como a mais bem sucedida das tecnologias de informação surgida até ao momento, possibilitando o contacto

¹ Que deriva, nomeadamente, da crescente interligação e interdependência dos países como consequência da liberalização dos fluxos internacionais de comércio, de capitais, de tecnologias e de informação e do aumento da mobilidade das pessoas.

entre pessoas, empresas e todo o tipo de instituições a nível global, juntando diferentes culturas e permitindo a criação constante de novos conhecimentos, bem como o acesso à mais variada informação. Entre muitas outras coisas, é um instrumento de venda e fidelização de clientes, pesquisa e comunicação com colaboradores, fornecedores, distribuição de documentação e fonte de informação. É, portanto, um método de comunicação interactiva que deve ser integrado na estratégia global da empresa.

Através da Internet é possível segmentar o mercado e identificar o público-alvo em virtude do tratamento de bases de dados de informação que permitem destacar padrões de compra individuais de potenciais clientes². O objectivo, neste caso, será estabelecer contacto e comunicação com potenciais clientes através, por exemplo, da solicitação de informações pessoais (nome, endereço, contactos) como condição de acesso gratuito a informações e serviços do site.

A empresa utiliza, assim, a Internet para disponibilizar informações sobre os seus produtos e serviços, bem como para retirar do “convívio virtual” o *feedback* do cliente através de opiniões e sugestões que oferece.

2.1.2. Televisão Interactiva

Trata-se, também, de um método de comunicação interactiva em que uma das principais características é, como o próprio nome indica, a bidireccionalidade.

A TV Interactiva surge da convergência entre a televisão e as diferentes tecnologias interactivas que permitem o desenvolvimento de um processo de comunicação em que o emissor é, simultaneamente, um potencial receptor e o receptor um potencial emissor.

A interactividade é alcançada de forma plena quando o telespectador seja confundível com o transmissor, na medida em que também ele possa gerar conteúdos (à semelhança da situação actualmente existente na Internet).

A TV Interactiva possibilita o acesso a serviços da Web a partir do televisor, bem como a serviços de interactividade concebidos especificamente para emissões de programas televisivos³ ou independentes dessas emissões^{4,5}.

2.2. Evolução do conceito de publicidade

A publicidade é outra das formas de comunicação da empresa com o seu público⁶.

Por isso, também a publicidade tem necessariamente acompanhado as mudanças que se têm feito sentir nas últimas décadas, adaptando-se a

² Chamado marketing de um-para-um.

³ Como é o caso, nomeadamente, da possibilidade de acompanhar o programa televisivo com informação suplementar relacionada, passível de ser acedida através de hyperlinks.

⁴ Transmissão de texto, som, imagem e vídeo destinado à complementaridade da oferta iTV.

⁵ Actualmente no mercado encontram-se disponíveis alguns serviços de TV Interactiva e que vão desde a possibilidade do utilizador consultar guias de programação electrónicos, aceder a serviços de *video-on-demand* e *pay-per-view*, telecompra, televenda, ainda aceder à Internet para enviar e receber mensagens de correio electrónico, efectuar compras ou transacções financeiras, entre outras.

⁶ Ainda que intermediada por profissional ou agência de publicidade.

novas realidades que não se compadecem com os esquemas tradicionais de comunicação com o público.

Existe uma relação próxima entre a história da comunicação e a da publicidade. O publicitário, enquanto comunicador, procura transferir para a publicidade os processos e meios de comunicação próprios da época em que se encontra.

As concepções lineares ou unidireccionais de receptor passivo consubstanciadas no modelo de Lasswell⁷ ⁸ deram lugar a esquemas dinâmicos e concêntricos que promovem a ideia de participação na comunicação entre emissor e receptor⁹ e de interacção. Uma concepção dinâmica de comunicação que revolucionou o esquema das relações humanas e se reflectiu na televisão, na publicidade, no jornalismo e no cinema¹⁰.

2.2.1. Publicidade na Internet

A Internet assume-se, actualmente, como forte elemento de influência cultural e educativa, com capacidade para se tornar um poderoso instrumento publicitário, permitindo a interacção directa entre o consumidor e a peça publicitária¹¹.

A publicidade pela Internet pode assumir diversas formas, de entre elas, destacamos:

a) Publicidade via correio electrónico

A mensagem publicitária de correio electrónico pode ser um instrumento útil de trabalho¹².

A mensagem de correio electrónico pode ser:

– Solicitada:

Quando o utilizador se manifesta a favor do envio da mensagem mediante registo prévio no sítio da Internet (para o recebimento de boletins, informações, notícias, entre outros). Uma das fórmulas de sucesso para a divulgação de produtos e/ou serviços através da mensagem de correio electrónico solicitada é a newsletter, ou seja, um jornal electrónico que contém informações úteis para o leitor.

– Não solicitada (também designada de spam):

Quando o utilizador recebe uma mensagem de correio electrónico de carácter publicitário que é indesejada, ou seja, que não foi solicitada e para a qual não deu permissão.

⁷ Modelo comunicativo proposto em 1948 por Harold Lasswell, cientista político americano.

⁸ E que influenciaram, principalmente até aos anos cinquenta, o modo de comunicar na imprensa, na rádio e na televisão e reflectiram-se na publicidade que surgia, também, sob a forma de sujeito ou entidade que comunicava num só sentido.

⁹ Neste sentido Paulo Alexandre Dias Gameiro, in *Publicidade e o Processo de Individualização*, disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/gameiro-paulo-publicidade-processo-de-individualizacao.pdf> consultado em 10/09/2008 pag. 5.

¹⁰ Neste sentido Paulo Alexandre Dias Gameiro, in *Publicidade e o Processo de Individualização*, cit. pag. 6.

¹¹ Nesse sentido Rui Moreira Chaves in *Código da Publicidade Anotado*, 2ª Edição, 2005, pag. 27.

¹² Nomeadamente, como refere Rui Moreira Chaves in *Código da Publicidade Anotado*, cit. pag. 28, "a) Patrocinando listas de discussão (...) b) Envio de boletins informativos via e. mail (...) c) E. mail directo – Nos seus primórdios o e. mail directo era usado como *spam*. Verificou-se que esta técnica é particularmente negativa e produz resultados desastrosos. Por isso, os anunciantes usam o e. mail directo apenas aos indivíduos que solicitaram o envio de informações sobre determinado assunto. d) E. mail sustentado por anúncios – Consiste no acesso grátis ao e. mail para quem estiver disposto a utilizar o programa de leitura de e. mails, programa esse que veicula publicidade paga".

b) Outras formas de publicidade

Através da Internet são possíveis outras formas de publicidade, como é o caso dos banners¹³, botões¹⁴, links de texto¹⁵, patrocínio¹⁶, entre outras.

2.2.2. Publicidade na televisão interactiva

A publicidade na TV Interactiva é feita através de anúncios interactivos, que consistem na fusão de um spot de televisão convencional com uma aplicação interactiva, através da qual podem ser executados diversos tipos de acções.

Nestes anúncios é o consumidor que, voluntariamente, opta por ver, ou não, determinada publicidade, ou seja, é o consumidor que tem o poder de escolher interagir ou não com o anúncio publicitário^{17 18}.

2.3. Publicidade de persuasão ou de interrupção versus publicidade de permissão ou de informação

Parece ser cada vez mais visível a resistência que o cidadão revela às intromissões que são feitas na sua vida privada, seja por que meio for.

Efectivamente, a publicidade de interrupção envolve uma certa forma de agressão, expondo o público a algo que ele não consentiu. A falta de consentimento contribui para que se desencadeiem e desenvolvam formas de defesa e de afastamento da agressão^{19 20}.

Na decorrência da sofisticação dos mercados e das novas exigências do público consumidor, a publicidade chamada “agressiva”, de “persuasão” ou de “interrupção”, está a transformar-se em publicidade de “permissão” e “informação”. Este novo conceito está subjacente às modernas teorias do Marketing de Permissão defendidas por autores como Godin e Siegel²¹.

O marketing de permissão funciona em qualquer meio de comunicação que permita manter um diálogo interactivo com as pessoas, seja num terminal do aeroporto, através do mail directo ou pelo telefone²².

13 Mensagens gráficas que contêm um anúncio, aplicadas num site, que, quando clicado, direcciona para a página do anunciante. O seu objectivo é fazer com que o visitante clique sobre ele e obtenha mais informações sobre os bens e/ou serviços anunciados.

14 Anúncios *banner* de pequenas dimensões em qualquer parte da página da Internet, directamente ligados ao sítio do seu patrocinador.

15 Relacionada com a pesquisa efectuada pelo utilizador sobre determinado assunto, aparece a publicidade integrada nos resultados da pesquisa e paga pelo anunciante.

16 O anunciante retira proveito da confiança que determinadas pessoas depositam nas marcas cujos sites consultam, veiculando a sua mensagem publicitária através desses sites.

17 Ao contrário do que acontece actualmente com a televisão, em que a única forma de renunciar à publicidade é mudar de canal.

18 O *banner*, por exemplo, é um formato publicitário utilizado com regularidade na Internet e que transita gradualmente para a TV Interactiva.

19 Por exemplo, como resposta à disseminação de mensagens publicitárias enviadas por correio electrónico de forma não consentida, também designada de *spam*, encontra-se neste momento vulgarizada a utilização de softwares anti-*spam* que foram, entretanto, desenvolvidos. Também a interrupção de um programa televisivo que está a ser visualizado, por períodos publicitários cada vez mais longos torna-se muitas vezes inadmissível para o espectador que responde quase instintivamente, mudando de canais na procura de algo que lhe agrade. A publicidade de interrupção é ainda visível na Internet, por exemplo, através de *banners*.

20 A reacção dos destinatários das mensagens à intromissão que a publicidade, nos seus moldes tradicionais representa, determina a diminuição do retorno do investimento que é feito nesta área, na medida em que a publicidade nem sequer chega a atingir o seu público-alvo.

21 A teoria do marketing de permissão encontra-se tratada por Seth Godin no seu livro *Permission Marketing: Turning Strangers into Friends, and Friends into Customers*, New York: Hyperion, 1999, bem como por David Siegel no livro *Futurize Your Enterprise: Business Strategy in the Age of the E-customer*, New York, New Riders, 1999.

22 Sendo, também, aplicável à publicidade feita na TV Interactiva.

Os autores Godin e Siegel defendem que a segmentação do mercado e a conquista da autorização do público para a transmissão de conteúdos publicitários será o objectivo a conquistar pela publicidade.

Este tipo de marketing tem-se revelado ser um dos mais eficazes, uma vez que apenas se desenvolve após a autorização expressa do público-alvo, visando “tornar estranhos em amigos e amigos em consumidores”²³.

A resposta a esta nova necessidade passa, necessariamente, pelo desenvolvimento de esquemas publicitários previamente autorizados e em muitos casos até solicitados pelo próprio cliente²⁴.

3. PUBLICIDADE E DIREITO

A publicidade tem assumido uma importância e um alcance crescentes sobre a actividade económica em geral, mas também sobre o quotidiano da maioria das pessoas.

Torna-se, assim, essencial zelar pela protecção dos direitos dos consumidores enquanto destinatários de publicidade, procedendo à definição de regras mínimas que evitem situações enganadoras, agressivas ou pouco transparentes.

3.1. Princípios gerais constantes do Código da Publicidade

O Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, concentra os aspectos mais relevantes do regime jurídico da publicidade, contendo, entre outros, os princípios gerais aplicáveis nesta matéria e a enunciação das restrições relativas ao seu conteúdo e objecto.

De acordo com o conceito legal que nos é oferecido pelo diploma em questão, considera-se publicidade qualquer forma de comunicação, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão, feita por entidades de natureza pública e privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços, promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições²⁵.

²³ É esse, aliás, o título do livro de Seth Godin.

²⁴ A permissão pode ser obtida por diversas formas, nomeadamente, quando o utilizador da Internet subscreve determinado serviço solicitando informação ou actualização de informação com novos produtos, deixando para tal o seu contacto. Tal permissão deve ser gerida de forma adequada dentro de políticas de Customer Relationship Management (CRM) com o objectivo de satisfazer de forma integral a necessidade do cliente e consequentemente conseguir a sua fidelização.

²⁵ Cfr. Rui Moreira Chaves in *Código da Publicidade Anotado*, cit. pag. 21, o conceito jurídico de publicidade possui 4 elementos, que são: “a) Estrutura – A publicidade é sempre entendida como acto de comunicação no dizer da lei “... qualquer forma de comunicação...”; b) Sujeitos - Os sujeitos da actividade publicitária são pessoas singulares ou colectivas, sejam de direito privado ou de direito público, aliás é a lei que o diz “... feita por entidades de natureza pública ou privada...”; c) Objecto – A publicidade desenrola-se no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal; d) Fim – A publicidade tem como finalidade promover a aquisição de quaisquer bens ou serviços por parte do consumidor bem como, promover a adesão deste a ideias, princípios, iniciativas ou instituições”. Refere, ainda o autor em questão que “Do exposto resulta claramente que a publicidade é sempre um acto de comunicação, mas este acto pode nem sempre ser considerado como publicitário se ocorrer fora do âmbito de qualquer actividade económica ou não tiver por finalidade a promoção de um acto de aquisição ou adesão”.

A publicidade encontra-se regulada por um conjunto de princípios que constam dos art.ºs 7.º a 10.º do diploma referido, como sejam os princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor.

3.1.1. Princípio da Licitude (art.º 6.º e 7.º):

É proibida a publicidade que pela sua forma, objecto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais consagrados na Constituição²⁶.

3.1.2. Princípio da Identificabilidade (art.º 6.º e 8.º):

A publicidade tem que ser inequivocamente identificada como tal, independentemente do meio utilizado para o efeito.

A publicidade efectuada na rádio e na televisão deve ser claramente separada da restante programação, através da introdução de um separador no início e no fim do espaço publicitário, de forma a que o destinatário distinga claramente que está perante uma mensagem publicitária.

Não é, por isso, permitida a publicidade oculta ou dissimulada (art.º 9.º), ou seja, quando o destinatário não tem consciência de que está a ser alvo de uma mensagem publicitária, sendo tal objectivo alcançado através da utilização de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores²⁷.

3.1.3. Respeito pelos Direitos do Consumidor (art.º 12.º):

A publicidade não deve atentar contra os direitos dos consumidores²⁸.

A saúde e a segurança do consumidor são aspectos essenciais a respeitar no que toca à publicidade.

3.1.4. Princípio da Veracidade (art.º 6.º, 10.º e 11.º):

A publicidade deve ser verdadeira não deformando os factos.

Todas as informações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser passíveis de prova, a todo o momento.

²⁶ Nomeadamente, a) Deprecie instituições, símbolos nacionais ou religiosos, personagens históricas; b) Estimule ou faça apelo à violência, actividade ilegal ou criminosa c) Atente contra a dignidade; d) Contenha discriminação (raça, língua, território de origem, religião ou sexo); e) Utilize imagem ou palavra, sem autorização prévia; f) Utilize linguagem obscena; g) Encoraje comportamentos prejudiciais à protecção do ambiente; h) Contenha ideias de conteúdo sindical, político ou religioso.

²⁷ É o caso da focagem directa e exclusiva da publicidade existente em transmissões televisivas ou fotográficas de quaisquer acontecimentos ou situações, reais ou simulados; ou o caso da publicidade subliminar que, mediante o recurso a qualquer técnica, provoca no destinatário percepções sensoriais de que ele não chega a tomar consciência.

²⁸ De acordo com o disposto na Lei n.º 24/96 de 31/07 (Lei de Defesa do Consumidor) são os seguintes os direitos do consumidor:

“a) À qualidade dos bens e serviços; b) À protecção da saúde e da segurança física; c) À formação e à educação para o consumo; d) À informação para o consumo; e) À protecção 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, colectivos ou difusos; g) À protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta; h) À participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses”.

Do princípio da veracidade decorre a proibição de publicidade enganosa (art.º 11). A redacção do artigo em referência sofreu uma alteração²⁹ com a entrada em vigor do Regime das Práticas Comerciais Desleais aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março.

O diploma em questão estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante ou após uma transacção comercial relativa a um bem ou serviço, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno.

Com este diploma, o art.º 11.º do Código da Publicidade passou a ter a seguinte redacção:

“Artigo 11.º Publicidade enganosa

1 — *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.*

2 — *No caso previsto no número anterior, pode a entidade competente para a instrução dos respectivos processos de contra-ordenação exigir que o anunciante apresente provas da exactidão material dos dados de facto contidos na publicidade.*

3 — *Os dados referidos no número anterior presumem-se inexactos se as provas exigidas não forem apresentadas ou forem insuficientes.*

4 — *(Revogado)*

5 — *(Revogado).”*

Importa, assim, para determinar o alcance deste preceito, apurar o que seja publicidade enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março.

Do preâmbulo daquele diploma podemos retirar que é estabelecida uma proibição geral única das práticas comerciais desleais que distorçam o comportamento económico dos consumidores, incluindo a publicidade desleal, e que prejudiquem directamente os interesses económicos dos consumidores e indirectamente os interesses económicos de concorrentes legítimos.

²⁹ A anterior redacção do preceito era a seguinte: “**Artigo 11.º (Publicidade enganosa)** 1 - *É proibida toda a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, e devido ao seu carácter enganador, induza ou seja susceptível de induzir em erro os seus destinatários, independentemente de lhes causar qualquer prejuízo económico, ou que possa prejudicar um concorrente.* 2 - *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 efectuados sobre os bens ou serviços; b) Ao preço e ao seu modo de fixação ou pagamento, bem como às condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços; c) À natureza, às características e aos direitos do anunciante, tais como a sua identidade, as suas qualificações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios ou distinções que recebeu; d) Aos direitos e deveres do destinatário, bem como aos termos de prestação de garantias.* 3 - *Considera-se, igualmente, publicidade enganosa, para efeitos do disposto no n.º 1, a mensagem que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induza ou seja susceptível de induzir em erro o seu destinatário ao favorecer a ideia de que determinado prémio, oferta ou promoção lhe será concedido, independentemente de qualquer contrapartida económica, sorteio ou necessidade de efectuar qualquer encomenda.* 4 - *Nos casos previstos nos números anteriores, pode a entidade competente para a instrução dos respectivos processos de contra-ordenação exigir que o anunciante apresente provas de exactidão material dos dados de facto contidos na publicidade.* 5 - *Os dados referidos nos números anteriores presumem-se inexactos se as provas exigidas não forem apresentadas ou forem insuficientes”.*

Retira-se, ainda, que a proibição geral se aplica às práticas comerciais desleais que ocorram antes, durante e após qualquer relação contratual estabelecida entre comerciante e consumidor.

As práticas comerciais desleais encontram-se subdivididas em práticas comerciais enganosas e práticas comerciais agressivas.

Quanto às práticas comerciais agressivas, consistem as mesmas em práticas que restringem a liberdade de escolha do consumidor através do assédio, coacção, incluindo recurso à força física e influência indevida.

Por seu turno, as práticas comerciais enganosas podem consistir em acções enganosas ou omissões enganosas.

Interessa, no âmbito do presente trabalho, fazer alusão ao regime jurídico das acções e omissões enganosas, enquanto regime jurídico da publicidade enganosa para efeitos do art.º 11.º do Código da Publicidade. A publicidade enganosa é, como veremos, qualificada como prática comercial enganosa.

Assim, a definição que nos é dada pela al. d) do art.º 3.º de "*Prática comercial da empresa nas relações com os consumidores, ou, abreviadamente, **prática comercial***" é "*qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, **incluindo a publicidade e a promoção comercial**, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor*".

O art.º 4.º estabelece uma proibição geral de práticas comerciais desleais, nas quais se inclui a publicidade, como decorre do disposto na al. d) do art.º 3.º).

A prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço é considerada pelo art.º 5.º uma "prática comercial desleal em geral".

Para que possamos apreender o verdadeiro âmbito deste preceito teremos que recorrer a duas definições que nos são dadas no art.º 3.º do diploma em análise: "Diligência profissional"³⁰ e "Distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores"³¹.

Por seu turno, são consideradas "Práticas comerciais desleais em especial" de acordo com o disposto no art.º 6.º, as práticas comerciais susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era susceptível de provocar essa distorção. São ainda consideradas "Práticas comerciais desleais em especial", as práticas comerciais enganosas e as

³⁰ Dispõe a alínea h) que "*Diligência profissional*" consiste no "*padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e ou com o princípio geral de boa fé no âmbito da actividade profissional*".

³¹ Dispõe a alínea e) que "Distorcer substancialmente o comportamento económico dos consumidores" consiste na "*realização de uma prática comercial que 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*".

práticas comerciais agressivas referidas nos artigos 7.º³², 9.º³³ e 11.º³⁴; as práticas comerciais enganosas e as práticas comerciais agressivas referidas, respectivamente, nos artigos 8.º³⁵ e 12.º³⁶, consideradas como tal em qualquer circunstância.

Interessa, assim, para que se possa apurar o que seja publicidade enganosa, para efeitos do art.º 11.º do Código da Publicidade, recorrer ao conceito de acções enganosas (art.º 7.º), omissões enganosas (art.º 9.º), bem como acções consideradas enganosas em qualquer circunstância (art.º 8.º).

Assim, dispõe o art.º 7.º sob a epígrafe “Acções enganosas” que se deve considerar prática comercial enganosa aquela que contenha informações falsas ou mesmo que correctas de facto, por qualquer razão induzam ou sejam susceptíveis de induzir em erro o consumidor em relação a vários elementos que enumera³⁷ e que conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.

Enumera, ainda, o art.º 8.º sob a epígrafe “Acções consideradas enganosas em qualquer circunstância”, várias práticas comerciais consideradas objectivamente enganosas³⁸.

Considera, também, omissão enganosa, tendo em conta as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, as práticas comerciais que enumera³⁹ e que conduzam ou sejam susceptíveis de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo.

A violação do Regime das Práticas Comerciais Desleais, mais precisamente dos arts.º 4.º a 12.º, onde se inclui, como referimos, a publicidade enganosa para efeitos do disposto no art.º 11.º do Código da Publicidade, consubstancia uma contra-ordenação prevista e punida pelo art.º 21.º daquele diploma.

No que toca à violação do disposto no Código da Publicidade, nomeadamente dos princípios nele enunciados, constitui contra-ordenação prevista e punida nos termos do art.º 34.º.

3.2. Comunicações não solicitadas

Em matéria de comunicações não solicitadas teve o legislador a preocupação de conciliar um conjunto de interesses das partes envolvidas que vão desde o destinatário da publicidade indesejada e o seu direito de escolher de forma consciente as mensagens publicitárias de que pretende ser alvo e, por outro lado, o direito dos anunciantes à promoção dos seus

32 Acções enganosas.

33 Omissões enganosas.

34 Práticas comerciais agressivas.

35 Acções consideradas enganosas em qualquer circunstância.

36 Práticas comerciais consideradas agressivas em qualquer circunstância.

37 A título de exemplo, sobre a “existência ou a natureza do bem ou serviço, 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 efectuados ao bem ou serviço”.

38 Por exemplo “Afirmar ser signatário de um código de conduta, quando não o seja (...) Exibir uma marca de certificação, uma marca de qualidade ou equivalente sem ter obtido a autorização necessária”.

39 “a) Que omite uma informação com requisitos substanciais para uma decisão negocial esclarecida do consumidor; b) Em que o profissional oculte ou apresente de modo pouco claro, ininteligível ou tardio a informação referida na alínea anterior; c) Em que o profissional não refere a intenção comercial da prática, se tal não se puder depreender do contexto”.

produtos através da mensagem publicitária dirigida ao seu público-alvo, os direitos das agências, dos agentes de publicidade e dos titulares dos suportes.

Por outro lado, o tratamento da questão da publicidade indesejada não poderá ser apartado do direito à reserva da intimidade da vida privada e consequente dever de não ingerência na esfera jurídico-privada de outrem⁴⁰.

Confrontam-se, assim, um conjunto de interesses e de direitos constitucionalmente protegidos que tiveram necessariamente que ser ponderados e sopesados na determinação do regime.

Quanto aos direitos, liberdades e garantias estão em jogo a liberdade de expressão (pela palavra, imagem ou qualquer outro meio) e de informação (direito de informar e ser informado)⁴¹, que não pode ser coarctada por qualquer tipo de censura, e a livre iniciativa económica privada⁴², o direito à liberdade⁴³ e à reserva da intimidade da vida privada e familiar⁴⁴.

Assim, encontrando-se a comunicação publicitária protegida constitucionalmente enquanto actividade económica privada livre, e estando as autoridades públicas inibidas de interferir na correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação social, a restrição a este tipo de situações apenas pode ser justificada pela necessidade de protecção dos direitos dos consumidores.

No que toca ao regime legal aplicável, as comunicações não solicitadas não têm, no direito português, uma resposta única de proibição pura.

Apresentam-se, assim, duas possibilidades⁴⁵:

1 - O **sistema de opção positiva ou sistema de *opt-in***, em que é admitido o recurso a comunicações não solicitadas apenas nos casos em que o destinatário **manifeste a intenção de receber essas comunicações**.

2 - O **sistema de opção negativa ou sistema de *opt-out***, em que **é permitido o recurso ao envio de mensagens publicitárias não solicitadas, excepto se o destinatário se opuser a recebê-las**.

3.2.1. Legislação que regula a Publicidade Domiciliária

A Lei n.º 6/99, de 27, de Janeiro⁴⁶, regula a publicidade domiciliária, nomeadamente por via postal, distribuição directa, telefone e telecópia

40 Conforme refere Carla Amado Gomes, em *O direito à privacidade do consumidor – a propósito da lei n.º 6/99 de 27/01*, Revista do Ministério Público, Ano 20.º, n.º 77. Janeiro/Março 1999, pag. 89 a 103, pag. 97: “Com o advento deste diploma, o direito a não ser incomodado na sua esfera mais reservada – o seu domicílio, a sua caixa de correio – por uma incessante catadupa de mensagens publicitárias, passa agora a integrar o elenco dos direitos fundamentais dos consumidores, pela via da lei ordinária, nos termos da cláusula de qualificação do art.º 16.º, n.º 1 da CRP”.

41 De acordo com o disposto no **Artigo 37.º (Liberdade de expressão e informação)** “1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações. 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura”.

42 Dispõe o **Artigo 61.º (Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária)** que “1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.”.

43 Dispõe o **Artigo 27.º (Direito à liberdade e à segurança)** que “1. Todos têm direito à liberdade e à segurança”.

44 De acordo com o **Artigo 26.º (Outros direitos pessoais)** “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

45 Neste sentido, *Lei do Comercio Electrónico anotado*, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, 2005, pag. 82 e ss.

46 Adiante designada Lei n.º 6/99.

(art.º 1.º, n.º 1) sendo inaplicável à publicidade por correio electrónico (art.º 1.º, n.º 2)⁴⁷.

Em termos sucintos, decorre da Lei n.º6/99 que a publicidade entregue no domicílio do destinatário, por via postal ou por distribuição directa, deve ser identificável exteriormente de forma clara e inequívoca, contendo, designadamente, a identificação do anunciante e do tipo de bem ou serviço publicitado (art.º 2);

Quanto à **publicidade domiciliária não endereçada**, a sua distribuição é proibida sempre que a oposição do destinatário seja reconhecível no acto de entrega, nomeadamente através da afixação no local destinado à recepção de correspondência, de dístico apropriado contendo mensagem clara e inequívoca nesse sentido (art.º 3.º).

Quanto à **publicidade domiciliária endereçada**, o seu envio é proibido, por via postal ou por distribuição directa, quando o destinatário tenha expressamente manifestado o desejo de não receber material publicitário (art.º 4.º, n.º 1).

Assim, as pessoas que não desejarem receber publicidade endereçada têm o direito de se opor, gratuitamente, a que o seu nome e endereço sejam tratados e utilizados para fins de marketing (art.º 4.º, n.º 2).

As entidades que promovam o envio de publicidade para o domicílio devem manter uma lista das pessoas que manifestaram o desejo de não receber publicidade endereçada (art.º 4, n.º 3).

Quer na publicidade domiciliária não endereçada como na publicidade domiciliária endereçada, o destinatário da mensagem publicitária tem o **direito de se opor à sua comunicação**, se assim o desejar, ou seja, consagra-se um **sistema de opção negativa ou de opt-out**.

No que toca à **publicidade por telefone**, mais precisamente com utilização de sistemas automáticos com mensagens vocais pré-gravadas e telecópia, é a mesma proibida, excepto no caso de o destinatário **autorizar antes do estabelecimento da comunicação** (art.º 5.º, n.º 1).

As pessoas que não desejarem receber publicidade por telefone podem inscrever o número de telefone de assinante de que são titulares numa lista própria para o efeito, sendo proibida a publicidade feita para os números inscritos (art.º 5, n.º 2 e n.º 4.º).

⁴⁷ De acordo com o art.º 1.º, n.º 3, o regime jurídico instituído por este diploma não prejudica o disposto no art.º 23.º do Código da Publicidade. Assim, "1 - Sem prejuízo no disposto em legislação especial, a publicidade entregue no domicílio do destinatário, por correspondência ou qualquer outro meio, deve conter, de forma clara e precisa: a) O nome, domicílio e os demais elementos necessários para a identificação do anunciante; b) A indicação do local onde o destinatário pode obter as informações de que careça; c) A descrição rigorosa e fiel do bem ou serviço publicitado e suas características; d) O preço do bem ou serviço e a respectiva forma de pagamento, bem como as condições de aquisição, de garantia e de assistência pós-venda. 2 - Para efeitos das alíneas a) e b) do número anterior, não é admitida a indicação, em exclusivo, de um apartado ou de qualquer outra menção que não permita a localização imediata do anunciante. 3 - A publicidade indicada no n.º 1 só pode referir-se a artigos de que existam amostras disponíveis para exame do destinatário. 4 - O destinatário da publicidade abrangida pelo disposto nos números anteriores não é obrigado a adquirir, guardar ou devolver quaisquer bens ou amostras que lhe tenham sido enviados ou entregues à revelia de solicitação sua". As posições divergem no que toca à conciliação entre a Lei n.º 6/99 e o Código da Publicidade. Há quem considere que o Lei n.º 6/99 não visou regular a publicidade domiciliária em toda a sua extensão, nomeadamente, o conteúdo da mensagem publicitária, mas apenas o acto de comunicação. Nesse sentido, afigura-se que tal regulamentação é compatível com as disposições do Código da Publicidade - Cfr. Jorge Miguel de Sampaio e Melo Galhardo Coelho, *Publicidade domiciliária – o marketing directo, regime legal anotado*, Almedina, Coimbra, pag. 16 e 17. Por outro lado, há quem defenda que o objecto e âmbito do Código da Publicidade é muito mais limitado que o regime específico da Lei n.º 6/99, sendo que a norma específica do art.º 23.º não é aplicável a todas as formas possíveis de publicidade domiciliária como é o caso da publicidade por telefone e por telecópia - Neste sentido Rui Moreira Chaves in *Código da Publicidade Anotado*, cit. pag. 27. Segue-se contudo o entendimento de que o intérprete deve aplicar de forma conjunta e complementar o Código da Publicidade e a Lei n.º 6/99 de forma a abarcar toda a publicidade domiciliária, independentemente de ser entregue via postal, em mão, por telefone ou por telecópia.

Ou seja, neste caso, a comunicação publicitária estará dependente de **prévia autorização**, consagrando-se um **sistema de opção positiva ou de opt-in**.

Este regime comporta, contudo, algumas excepções que constam do art.º 7.º daquele diploma⁴⁸.

Acresce que o regime em questão não é aplicável à publicidade via correio electrónico, conforme dispõe o art.º1.º, n.º2.

Contudo, o conceito de publicidade fixado no artigo 3.º do Código de Publicidade não limita a forma de comunicação da mensagem publicitária, desde que estejam preenchidos os restantes requisitos, como sejam a comunicação ser feita por entidade pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços, promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.

Permitindo-se que a mensagem publicitária regulada pelo Código da Publicidade seja aquela que é feita por “qualquer forma de comunicação”, estende-se o âmbito de aplicação do diploma, nomeadamente às situações de envio por correio electrónico.

3.2.2. Legislação que regula o Comércio Electrónico

O Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (Directiva sobre Comércio Electrónico) bem como o artigo 13.º da Directiva n.º 2002/58/CE, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à Privacidade e às Comunicações Electrónicas)⁴⁹.

Surge, também aqui, a problemática das comunicações não solicitadas.

Decorre do 22.º do Decreto-Lei nº 7/2004, de 7 de Janeiro, sob a epígrafe “Comunicações não solicitadas” que:

- O envio de mensagens para fins de marketing directo, cuja recepção seja independente de intervenção do destinatário, nomeadamente através de aparelhos de chamada automática, aparelhos de telecópia ou por correio electrónico, **carece de consentimento prévio do destinatário** (n.º 1);
- As mensagens enviadas a pessoas colectivas não carecem de consentimento prévio, podendo, contudo, os seus destinatários recorrer ao **sistema de opção negativa** (n.º 2);

⁴⁸ As excepções ao regime referido são: “a) A publicidade entregue no mesmo invólucro conjuntamente com outra correspondência; b) A publicidade dirigida a profissionais; c) Quando existam relações duradouras entre anunciante e destinatário, resultantes do fornecimento de bens ou serviços”.

⁴⁹ O artigo 13.º desta directiva respeita a comunicações não solicitadas, estabelecendo que as comunicações para fins de marketing directo apenas podem ser autorizadas em relação a destinatários que tenham dado o seu consentimento prévio.

- O fornecedor de um produto ou serviço pode enviar publicidade não solicitada aos clientes com quem celebrou anteriormente transacções, sobre os mesmos ou sobre produtos ou serviços análogos, desde que tenha sido **explicitamente oferecida a possibilidade de recusar tal envio na altura da realização da transacção e se não implicar custos adicionais** (n.º 3);
- Nos casos referidos, o destinatário deve ter acesso a meios que lhe permitam a qualquer momento recusar, sem ónus e independentemente de justa causa, **o envio dessa publicidade para futuro** (n.º 4);
- A comunicação não solicitada deve indicar um endereço e um meio técnico electrónico, de fácil identificação e utilização, que permita ao destinatário do serviço **recusar comunicações futuras**, sendo que o envio de correio electrónico para fins de marketing directo, não deve ocultar ou dissimular a identidade da pessoa em nome de quem é efectuada a comunicação (n.º 4 e n.º 5);
- Deve ser mantida uma lista actualizada de pessoas que manifestaram o **desejo de não receber comunicações publicitárias não solicitadas** independentes da intervenção do destinatário, por parte das entidades que promovam o seu envio ou por organismos que as representem (n.º 7);
- O envio de comunicações publicitárias por via electrónica às pessoas constantes dessas listas prescritas é proibido (n.º 8).

O n.º 1 deste preceito consagra um dever de **obtenção de autorização prévia** ao envio da comunicação publicitária, ou seja, um **sistema de opção positiva ou de opt-in**.

O n.º 2 e o n.º 3 deste preceito consagra um direito do destinatário da mensagem publicitária a opor-se à sua comunicação se assim o desejar, ou seja, um **sistema de opção negativa ou de opt-out**.

3.2.3. Legislação que regula os Serviços Financeiros à Distância

O Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de Maio, estabelece o regime jurídico aplicável aos contratos à distância relativos a serviços financeiros celebrados com consumidores, transpondo para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores.

O art.º 8.º deste diploma é, também, dedicado às “Comunicações não solicitadas”, dele se podendo retirar o seguinte:

- O envio de mensagens relativas à prestação de serviços financeiros à distância cuja recepção seja independente da intervenção do destinatário, nomeadamente através de sistemas automatizados de chamada, por telecópia ou por correio electrónico, carece do **consentimento prévio do consumidor** (n.º 1);
- O envio de mensagens mediante a utilização de outros meios de comunicação à distância que permitam uma comunicação individual depende da inexistência de **oposição do consumidor** (n.º 2);

- As comunicações referidas, bem como a emissão ou recusa de consentimento prévio, não podem gerar quaisquer custos para o consumidor (n.º 3).

Também aqui temos presente um **sistema de opção positiva ou de *opt-in***, no n.º 1 do artigo em referência, e um **sistema de opção negativa ou de *opt-out*** no seu n.º 2.

4. CONCLUSÃO

O desenvolvimento das novas TIC tem sido determinante na evolução das formas de comunicação em geral e, especificamente, na comunicação empresarial e comercial, na qual se inclui a comunicação publicitária.

As TIC têm imposto formas de comunicação interactivas em que os papéis tradicionais de emissor e receptor deixam de ter enquadramento, para dar lugar a um processo dinâmico e bidireccional.

A interactividade patente nas novas TIC, nomeadamente Internet e TV Interactiva, determinou a necessidade de adaptação da comunicação publicitária e a possibilidade de acesso a informação preciosa que permite segmentar o público-alvo e consequentemente evitar o desperdício de recursos.

A publicidade tende, assim, a desprender-se de um conceito de comunicação comercial directamente ligado à intromissão ou interrupção por vezes abrupta para captar a atenção dos seus potenciais destinatários, para enveredar por caminhos que implicam a permissão e a autorização e que, por isso, envolverão um interesse e uma aceitação determinantes da sua maior eficácia. O marketing de permissão impõe-se, por contraposição ao marketing de interrupção.

Por outro lado, são vários os meios através dos quais a publicidade pode ser comunicada, tornando-se imprescindível a concretização de regimes legais que balizem estas novas realidades, que pela sua dimensão e importância produzem reflexos significativos no quotidiano das pessoas.

Não podendo descurar a necessidade cada vez mais premente de resguardo de intimidade da vida privada, torna-se indispensável a regulação das situações em que o particular é alvo de comunicações que não solicitou.

Com efeito, os diplomas legais mencionados que regulam esta matéria abrangem a publicidade transmitida por via postal, distribuição directa, telefone ou telecópia e correio electrónico, dentro dos seus âmbitos específicos de aplicação.

No que toca ao regime das comunicações não solicitadas através dos diferentes meios existentes, cabe concluir pela necessidade de consentimento prévio ou não oposição por parte do destinatário.

Constata-se, assim, a existência de uma confluência entre a realidade social e o direito que a regula, com a atribuição ao destinatário da possibilidade de se opor ou da necessidade de autorizar a transmissão da mensagem publicitária, e as modernas teorias de marketing de permissão que preconizam novos caminhos para essa transmissão e que vão muito além das tradicionais formas de intromissão.

Bibliografia

AAVV - *Lei do Comércio electrónico anotado*, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, 2005

Cahen, Roger – *Comunicação Empresarial, a imagem como patrimônio da empresa e ferramenta de marketing* São Paulo: Best Seller, 1990

Chaves, Rui Moreira – *Código da Publicidade Anotado*, 2ª Edição – 2005

Coelho, Jorge Miguel de Sampaio e Melo Galhardo, *Publicidade domiciliária – o marketing directo*, Almedina, Coimbra, 1999.

Ferin, Isabel – *Comunicação e culturas do quotidiano*, Quimera, 2002

Gameiro, Paulo Alexandre Dias – *Publicidade e o processo de individualização*, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias - 2008, constante do sítio da internet <http://www.bocc.ubi.pt/pag/gameiro-paulo-publicidade-processo-de-individualizacao.pdf> consultado em 20-09-2008.

Godin, Seth – *Unleashing the Idea Virus*, New York: Hyperion, 2001

– *Permission Marketing: Turning Strangers into Friends, and Friends into Customers*, New York: Hyperion, 1999

Gomes, Carla Calado - *O direito à privacidade do consumidor – a propósito da Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro*, Revista do Ministério Público, Ano 20.º, n.º 77, Janeiro-Março 1999

Quartas, Ismael Pereira – *Globalização do Mundo dos Negócios*, Universidade Fernando Pessoa, Porto 2001

Siegel, David. – *Futurize Your Enterprise: Business Strategy in the Age of the E-customer*, New York, New Riders, 1999

