



Ana Clara AZEVEDO AMORIM

Os consumidores da era digital: Que lugar para o direito à informação?

DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(ne\)2023.ic-01](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(ne)2023.ic-01)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

Os consumidores da era digital: Que lugar para o direito à informação?

The consumers of the digital age: Which place for the right to information?

Ana Clara Azevedo de AMORIM¹

RESUMO: A proteção dos consumidores funda-se tradicionalmente na assimetria de informação face aos profissionais. No entanto, a transição para a sociedade da informação conduziu a uma mudança de paradigma nas relações de mercado. Com enfoque no regime jurídico da publicidade, o presente estudo aborda os elementos determinantes das decisões económicas dos consumidores na era digital, procurando aferir se subsiste ainda fundamento para os deveres de informação consagrados pelo legislador.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidores; informação; poder de mercado; comunicação comercial.

ABSTRACT: Consumers' protection is traditionally based on the information asymmetry by comparison with the professionals. However, the transition to the information society led to a paradigm change in marketplace relationships. With emphasis on the advertising legal framework, this study addresses the factors which determine the consumers' economic decisions in the digital age, aiming to show whether there are still grounds for the established information duties.

KEYWORDS: Consumers; information; marketplace power; commercial communication.

1. A assimetria de informação como fundamento tradicional da proteção dos consumidores

1.1. Enquadramento

A proteção dos consumidores funda-se tradicionalmente na necessidade de acautelar a vulnerabilidade resultante da assimetria de informação face aos profissionais. Enquanto mecanismo de proteção da parte mais fraca da relação jurídica de consumo, constitui uma tentativa de superar a inadequação das soluções propostas pelo direito privado comum, especialmente relevante num contexto histórico de excesso de oferta².

¹ Professora Auxiliar do Departamento de Direito da Universidade Portucalense. Investigadora do IJP-Instituto Jurídico Portucalense. Contacto: aamorim@upt.pt

² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, volume LXXVIII, 2002, p. 47.

No continente europeu, o excesso de oferta manifestou-se apenas após a segunda Guerra Mundial, que representou o início de um período de renascimento político, económico, financeiro, social e cultural. A partir dos anos 70 do século XX, as empresas multinacionais começaram a entrar também no mercado português, o crescimento da população desacelerou devido aos fluxos de emigração e alguns sectores de atividade adquiriram um relevante dinamismo, que se traduziu num incremento das exportações.³ À medida que os hábitos de consumo se alteravam e que o rendimento disponível das famílias aumentava, designadamente, na sequência da valorização salarial, verificou-se um crescimento da procura, que deixava de se limitar aos bens de primeira necessidade.

Mas com a generalização do consumo de massas surge igualmente a constatação da vulnerabilidade face aos profissionais, considerando sobretudo o acesso limitado à informação que dominou quase todo o século XX. Como demonstram o artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa e os artigos 7.º e 8.º da Lei de Defesa do Consumidor, aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho, a proteção dos consumidores centra-se no direito à qualidade dos bens e serviços, à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos, bem como à reparação de danos.

1.2. Em especial, o regime jurídico da publicidade

Associada ao excesso de oferta, a generalização do consumo de massas determinou ainda a necessidade de incrementar o escoamento de determinados produtos, através da difusão de mensagens publicitárias, não só na imprensa e no exterior mas também progressivamente na rádio, na televisão e no cinema. Na tomada de decisões económicas, os consumidores ficavam dependentes dos conteúdos que lhes eram unilateralmente transmitidos pelos produtores e pelos distribuidores, detentores em exclusivo da informação sobre o mercado e do controlo da tecnologia.⁴

³ Desenvolvidamente, MATA, Eugénia e VALÉRIO, Nuno. *História Económica de Portugal: uma perspectiva global*. 2.ª edição. Lisboa: Editorial Presença. 2003, pp. 213-216.

⁴ SCHULTZ, Don. Redesigning marketing to fit a different marketplace. In KITCHEN, Philip. *The Future of Marketing: Critical 21st Century Perspectives*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan. 2003, p. 15.

Acresce que o modelo de comportamento desenvolvido pelas teorias económicas neoclássicas postulava a racionalidade das transações comerciais, realizadas em função da maior utilidade e do menor custo. O conteúdo das mensagens publicitárias incidia então predominantemente sobre características demonstráveis ou benefícios decorrentes da utilização dos produtos, bem como sobre as respetivas condições de aquisição. Estes argumentos de natureza técnica e funcional traduziam uma promessa objetiva e concreta, cujo ónus da prova impedia sobre os anunciantes. A estratégia persuasiva resultante da Proposta Distintiva de Venda (*Unique Selling Proposition*) viria a predominar pelo menos até à década de 70 do século XX.⁵

Neste sentido, o regime jurídico da publicidade passou a constituir um elemento privilegiado de proteção dos consumidores, assegurando-lhes a informação necessária para garantir a racionalidade das suas decisões económicas. Foram também afastadas as críticas à função concorrencial da publicidade, que coincidiam com o reforço das posições consolidadas no mercado. Na medida em que aproxima o produtor dos consumidores, a publicidade constitui um mecanismo competitivo e um fator determinante da elasticidade da procura.⁶

A informação dos consumidores justifica, assim, a centralidade da proibição da publicidade enganosa que resulta atualmente dos artigos 10.º e 11.º do Código da Publicidade, aplicáveis às relações entre profissionais, bem como dos artigos 7.º a 10.º do regime jurídico das práticas comerciais desleais, aprovado pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março. Ora, nos termos destas normas, importa sobretudo garantir a conformidade dos produtos ou serviços promovidos com o conteúdo dos anúncios, procurando evitar a falta de correspondência entre a promessa publicitária – ou as expectativas criadas pela mensagem – e a realidade da oferta, suscetível de lesar os interesses económicos dos consumidores.⁷

⁵ Sobre a Proposta Distintiva de Venda, REEVES, Rosser. *Reality in Advertising*, Nova Iorque: Alfred Knopf. 1961, p. 47.

⁶ ALONSO ESPINOSA, Francisco José e LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio. Nociónes jurídicas básicas. Derecho de la publicidad. In LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio. *Derecho de la Publicidad*. Madrid: Civitas. 2012, p. 31.

⁷ Neste sentido, AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Manual de Direito da Publicidade*. 2.ª edição. Lisboa: Petrony Editora. 2023, p. 56.

Estão em causa, de acordo com o princípio da veracidade enunciado no artigo 10.º n.º 2 do Código da Publicidade, “as afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados”. Também o artigo 7.º do regime jurídico das práticas comerciais, em matéria de ações enganosas, incide especialmente sobre “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” [alínea b) do n.º 1], bem como sobre “o preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço” [alínea d) do n.º 1].

Já as omissões enganosas resultam hoje especialmente da violação de deveres de informação pré-contratual consagrados sobretudo em diplomas sectoriais, cuja relevância o legislador transpôs para o domínio da publicidade. Desta forma, o artigo 9.º do regime jurídico das práticas comerciais proíbe não só as hipóteses em que o profissional “omite uma informação com requisitos substanciais para uma decisão negocial esclarecida do consumidor” ou oculta essa informação [alínea a) e primeira parte da alínea b) do n.º 1], mas também a apresentação de informação “de modo pouco claro, ininteligível ou tardio”, em função das expectativas criadas pela mensagem [segunda parte da alínea b) do n.º 1].

Importa referir que, nos termos da cláusula de relevância, a proibição da publicidade enganosa – por ação ou omissão – apenas se verifica quando distorça substancialmente o comportamento económico do consumidor, no sentido de conduzir ou ser suscetível de conduzir a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo.

2. A transição para a sociedade da informação e a mudança de paradigma nas relações de mercado

Equiparada frequentemente ao impacto provocado pela revolução industrial nas civilizações ocidentais, a transição para a sociedade da informação manifesta-se nos domínios da economia, do trabalho, da educação, da investigação, da saúde, do lazer, dos transportes e do ambiente. Também as relações de mercado sofreram alterações profundas no final do século XX e no início do século XXI com a generalização do acesso às tecnologias digitais. O aumento do volume global de faturação no comércio eletrónico constitui a consequência mais imediata das potencialidades que a Internet encerra para os profissionais, nomeadamente ao nível da concorrência direta entre produtores e retalhistas. Mas a conformação das relações de mercado na sociedade da informação assenta sobretudo na comunicação entre consumidores numa rede aberta ao nível mundial.

De facto, com a emergência da Web 2.0 a partir do ano de 2004, os consumidores deixaram de ser meros recetores passivos dos conteúdos veiculados pelos anunciantes, passando a trocar entre si mensagens sobre os produtos e serviços, com partilha de opiniões e comentários relevantes, atenta a credibilidade que lhes é reconhecida pelos pares.⁸ Assim, a interatividade e a bidirecionalidade da comunicação constituem hoje um fenómeno transversal, que permite afirmar a importância das relações C2C (*consumer-to-consumer*), paralelamente às tradicionais relações B2C (*business-to-consumer*) e B2B (*business-to-business*).

Na generalidade dos sectores de atividade, esta disponibilidade de conteúdos independentes atenuou a referida assimetria de informação, estando agora os consumidores em condições de dialogar com os profissionais de forma esclarecida, o que contribui para assegurar um tendencial equilíbrio do poder de negociação. Mas a utilização crescente dos blogues pessoais, das redes sociais, dos fóruns e das comunidades de partilha de conteúdos veio acentuar também a diminuição do controlo dos profissionais sobre a disseminação de informação relativa aos seus produtos e serviços. Acresce que se multiplicam igualmente na Internet os instrumentos de comparação das várias ofertas, que contribuem para incrementar a transparência do mercado, na medida em que permitem aos

⁸ Na doutrina espanhola, MAQUEIRA, Juan Manuel e BRUQUE, Sebastián. *Marketing 2.0. El nuevo marketing en la Web de las Redes Sociales*. Madrid: RA-MA Editorial. 2009, p. 85.

consumidores procurar as melhores alternativas, nomeadamente ao nível do preço.

Atenta a correspondência entre a informação e o poder de mercado numa estrutura concorrencial, esta mudança de paradigma afastou o domínio dos produtores e dos distribuidores que caracterizou quase todo o século XX, transferindo para os consumidores o papel decisivo na conformação das relações de mercado. De acordo com alguns autores, a transição para a sociedade da informação corresponde a uma revolução do poder de mercado (*marketplace power revolution*).⁹

Neste sentido, a Internet tem conduzido à diminuição do âmbito de aplicação da proibição da publicidade enganosa, assente na assimetria de informação face aos profissionais, passando a proteção de interesses económicos a ser autonomamente garantida pelos próprios consumidores.¹⁰ Ou seja, a sociedade da informação veio contribuir para assegurar um maior equilíbrio do poder de negociação entre profissionais e consumidores. Sobretudo a partir do surgimento das redes sociais, uma das características mais marcantes desta transição coincide com a confiança depositada nas opiniões de desconhecidos para efeitos das decisões de transação, como se verifica, designadamente, na economia colaborativa, onde predominam as relações C2C (*consumer-to-consumer*), em detrimento das tradicionais relações B2C (*business-to-consumer*).

Assim se justifica a especial relevância atribuída, no plano europeu, à garantia da autenticidade dos comentários realizados pelos utilizadores nos mercados em linha, resultante também do Regulamento dos Serviços Digitais (UE) 2022/2065, em vigor desde 16 de novembro de 2022. Ao proibir as avaliações e recomendações falsas ou distorcidas, a Diretiva (UE) 2019/2161 tinha já concretizado normas existentes em matéria de ações e omissões enganosas.¹¹ No ordenamento jurídico português, as alíneas n) e cc) do artigo 8.º do regime jurídico das práticas comerciais desleais passaram a qualificar

⁹ SEYBOLD, Patricia. *The customer revolution*. Londres: Business Books. 2002, p. 3.

¹⁰ Contra, afirmando ainda a subsistência dos pressupostos da proteção dos consumidores, COTÉANU, Cristina. *Cyber consumer law and unfair trading practices*. Hampshire: Ashgate. 2005, p. 130.

¹¹ AMORIM, Ana Clara Azevedo de. “Avaliações e recomendações de consumidores: as novas práticas comerciais desleais introduzidas pela Diretiva (UE) 2019/2161”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 41. 2020/2021, p. 221.

como enganosas em qualquer circunstância as práticas comerciais que consistem respetivamente em “fornecer resultados de pesquisa em resposta a uma consulta em linha do consumidor sem revelar claramente o pagamento de publicidade ou outro pagamento efetuado especificamente para obter uma classificação superior dos produtos nos resultados da pesquisa” e “declarar que as avaliações de um produto são apresentadas por consumidores que o utilizaram ou adquiriram efetivamente, sem adotar medidas razoáveis e proporcionadas para verificar que essas avaliações são publicadas por esses consumidores”.

3. Os elementos determinantes das decisões económicas dos consumidores na era digital

3.1. Produtos e serviços de alto envolvimento

Considerando o risco assumido pelos consumidores nos produtos e serviços de alto envolvimento (por exemplo, automóveis, eletrodomésticos e produtos financeiros), as decisões económicas continuam a assentar em critérios de racionalidade, pelo que relevam ainda os elementos de natureza técnica e funcional que permitem maximizar a utilidade e minimizar o custo das transações comerciais.

No entanto, para este efeito, os consumidores da era digital estão em condições de obter as informações de que necessitam, verificar a veracidade dos argumentos dos anunciantes e procurar as melhores alternativas. Ao contrário do que se verificava no contexto da comunicação comercial difundida unilateralmente nos meios de massas, os consumidores deixaram de encontrar nas mensagens dos profissionais os elementos determinantes das suas decisões económicas.¹² Face aos produtos e serviços de alto envolvimento, verifica-se uma tendência para uma pesquisa prévia de informação na Internet, sendo depois a transação comercial realizada nos pontos de venda físicos (*Research Online, Purchase Offline*).

A transição para a sociedade da informação e os efeitos de rede decorrentes do desenvolvimento das plataformas de colaboração contribuíram, desta forma, para o desenvolvimento da técnica do passa-palavra, que constitui

¹² PICKTON, David e BRODERICK, Amanda. *Integrated Marketing Communications*. Nova Jersey: Prentice Hall. 2001, p. 205.

o mecanismo mais antigo e eficaz de influência das decisões económicas.¹³ É, aliás, neste pressuposto que assenta hoje o papel ativo dos consumidores na comunicação comercial, afastando-se a passividade que caracterizou quase todo o século XX.

A partir da aprovação do regime jurídico das práticas comerciais desleais, as omissões enganosas passaram a coincidir com a violação de deveres de informação pré-contratual consagrados sobretudo em diplomas sectoriais, em detrimento da conceção tradicional que integrava as hipóteses na suscetibilidade de indução em erro, em função da sua dimensão valorativa. Neste sentido, de acordo com uma opção legislativa que tem sido amplamente criticada, as omissões enganosas deixam de traduzir essencialmente a violação de um dever de esclarecimento resultante do conteúdo da mensagem, para dependerem agora quase estritamente da violação de deveres de informação.¹⁴ A deslealdade da prática comercial presume-se então com carácter prévio e geral, sempre que o anunciante não apresente ao consumidor uma informação substancial.

Ora, o legislador parece ter ignorado o problema do excesso de informação, que não só dificulta o processo de decisão económica, como pode dar origem a novas assimetrias, suscitando especiais dificuldades nos casos de vulnerabilidade situacional.¹⁵ A referida proliferação de deveres de informação representa um custo para os profissionais, sendo frequentemente apontada como causa de ineficiência económica e de injustiça social. Por outro lado, os consumidores tendem a adotar uma atitude superficial na valoração dos elementos fornecidos pelos anunciantes.¹⁶

No entanto, subsiste em alguns sectores de atividade uma especial assimetria de informação, determinada pela significativa complexidade e tecnicidade dos produtos ou serviços em causa, que determina a necessidade

¹³ Desenvolvidamente, KAPFERER, Jean-Noël. *Rumeurs. Le plus vieux média du monde*. Paris: Éditions du Seuil. 1990, p. 222.

¹⁴ AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*. Coimbra: Almedina. 2017, p. 232.

¹⁵ Por todos, WILHELMSSON, Thomas. *Consumer Law and Social Justice*. In RAMSAY, Iain. *Consumer law in the global economy. National and international dimensions*. Hampshire: Ashgate. 1997, p. 223.

¹⁶ Na doutrina italiana, SACCOMANI, Alessandro. *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella Direttiva 2005/29/CE*. In MINERVINI, Enrico e CARLEO, Rossi. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*. Milão: Giuffrè Editore. 2007, p. 160.

de garantir interesses públicos como a proteção da saúde ou a defesa do crédito.¹⁷ Aquela assimetria de informação justifica ainda os deveres consagrados, por exemplo, no domínio da prestação de cuidados de saúde (DL n.º 238/2015, de 14 de outubro), dos medicamentos (artigos 150.º a 165.º do DL n.º 176/2006, de 30 de agosto), do crédito ao consumo (artigo 5.º do DL n.º 133/2009, de 2 de junho) e dos seguros (artigo 7.º do DL n.º 176/95, de 26 de julho).

3.2. Produtos e serviços de baixo envolvimento

Já nos produtos e serviços de baixo envolvimento, que coincidem com os mercados de grande consumo (por exemplo, nos sectores da alimentação e da limpeza doméstica), o risco percecionado é escasso e diminui ao longo do tempo.¹⁸ Neste contexto, atenta a crescente indiferenciação das várias ofertas disponíveis e a generalização das compras por impulso, os consumidores tendem a decidir de acordo com fatores de natureza emocional e simbólica, que são extrínsecos aos produtos ou serviços.

Assim, a comunicação comercial alude aos efeitos subjetivos gerados pelo consumo, à experiência resultante da compra e às emoções sociais, que potenciam a aceitação do indivíduo num determinado grupo.¹⁹ Os anúncios utilizam argumentos como o prazer, a sofisticação, a aventura ou o prestígio, suscetíveis de conduzir ao surgimento de associações positivas na mente dos consumidores. Na verdade, com a transição para a sociedade de consumo, a aquisição de produtos deixou de visar apenas a satisfação das necessidades no sentido de utilidade natural ou subsistência, para passar a surgir sobretudo como processo de significação.²⁰ Tributária da liberalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial, a dimensão emocional e simbólica assenta no afastamento da crença na racionalidade das decisões económicas e

¹⁷ Relativamente à proteção da saúde, COSTA, João Ribeiro da. "Publicidade de medicamentos e saúde pública: algumas reflexões a partir do novo estatuto do medicamento", *Sub Judice*, n.º 38. 2007, pp. 77-79. E, quanto à defesa do crédito, GARRIDO PASTOR, José. "La publicidad financiera y bancaria como publicidad informativa", *Revista de Derecho Bancario e Bursátil*, ano XIII. 1994, pp. 953.

¹⁸ KOTLER, Philip, ARMSTRONG, Gary e BALASUBRAMANIAN, Sridhar. *Principles of Marketing*. 19.ª edição. Harlow: Pearson. 2023, p. 195.

¹⁹ Desenvolvidamente, SCHULTZ, Don, TANNENBAUM, Santley e LAUTERBORN, Robert. *The new marketing paradigm*. Chicago: NTC Business Books. 1994, p. 23.

²⁰ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70. 1995, p. 79.

compromete a utilidade do direito à informação, pelo menos no que respeita aos produtos e serviços de baixo envolvimento.

Acresce que, nos mercados de grande consumo, a opção de compra é frequentemente determinada pela fidelidade à marca, em detrimento das características demonstráveis dos produtos ou serviços.²¹ Neste sentido, através do reforço da dimensão emocional e simbólica, a comunicação de marca permite diferenciar as várias ofertas funcionalmente semelhantes, traduzindo-se em vantagens competitivas mensuráveis junto de consumidores, revendedores e outros parceiros comerciais.

Esta dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial acentuou-se de forma significativa na era digital, onde se constata que o conteúdo dos anúncios incide especialmente sobre as motivações, a personalidade e os estilos de vida dos consumidores. Na utilização de blogues pessoais ou de redes sociais como suportes publicitários, o efeito persuasivo da comunicação comercial depende da identificação dos destinatários com os líderes de opinião escolhidos pelos anunciantes para veicular mensagens que surgem muitas vezes sob a forma de opiniões aparentemente pessoais, simulando o relato desinteressado de uma experiência relativa ao produto ou serviço. Enquadrada no conceito tradicional de relações públicas, a utilização destes suportes publicitários beneficia da credibilidade dos seus titulares junto do público, promovendo a imagem favorável dos produtos e serviços com recurso a uma linguagem afetiva e já não racional.²²

O problema suscita-se agora ao nível do princípio da identificabilidade, que incide sobre a forma e já não sobre o conteúdo das mensagens. Assim, nos termos do artigo 8.º do Código da Publicidade, “a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado”. Também segundo o artigo 15.º daquele diploma, “a publicidade testemunhal deve integrar depoimentos personalizados, genuínos e comprováveis, ligados à experiência do depoente ou de quem ele represente”. Neste sentido, a alínea z) do artigo 8.º do regime jurídico das práticas comerciais

²¹ CASTRO, João Pinto e. *Comunicação de Marketing*. 2.ª edição. Lisboa: Edições Sílabo. 2007, pp. 132-133.

²² Desenvolvidamente, RIES, AI e RIES, Laura. *A Queda da publicidade e a ascensão das Relações Públicas*. Lisboa: Editorial Notícias. 2003, p. 18.

desleais qualifica como enganosa em qualquer circunstância a prática comercial que consiste em “alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor”. Face ao desenvolvimento do marketing de influência e ao impacto crescente das redes sociais nas escolhas dos consumidores, a Direção-Geral do Consumidor apresentou, em 29 de março de 2019, um Guia informativo sobre regras e boas práticas na comunicação comercial no meio digital, que obriga a identificar a relação comercial no início de cada publicação.

Também o marketing viral, que constitui um dos fenómenos de comunicação comercial mais relevantes na era digital, resulta da prevalência dos argumentos de natureza emocional e simbólica. Assente na dimensão inspiradora e irreverente dos conteúdos, o marketing viral integra um movimento espontâneo dos destinatários na divulgação das mensagens junto dos respetivos contactos.²³ Está frequentemente na origem da experimentação de produtos e serviços de baixo envolvimento.

Desta forma, as características demonstráveis e os benefícios decorrentes da utilização dos produtos, que constituem o objeto da proibição consagrada nos artigos 10.º e 11.º do Código da Publicidade e nos artigos 7.º a 10.º do regime jurídico das práticas comerciais desleais, deixam de ser determinantes das decisões económicas dos consumidores. Na verdade, o mercado tende hoje a reconhecer que os elementos objetivos – como a disponibilidade, as vantagens, a execução, a composição, os acessórios, a prestação de assistência, a adequação ao fim e as garantias de conformidade – integram pressupostos genéricos da própria comercialização, não sendo já diferenciadores da oferta face à concorrência.²⁴

Em suma, os argumentos agora maioritariamente invocados pelos anunciantes nas mensagens publicitárias relativas aos produtos e serviços de baixo envolvimento ficam fora do âmbito de aplicação do regime jurídico vigente, centrado na proibição da publicidade enganosa.²⁵ Ou seja, na medida em que

²³ SCOTT, David Meerman. *The new rules of Marketing & PR*. Nova Jersey: Wiley. 2007, p. 96.

²⁴ Neste sentido, SCHMITT, Bernd. *Experiential Marketing*. Nova Iorque: The Free Press. 1999, p. 22.

²⁵ AMORIM, Ana Clara Azevedo de. Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação. *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1. 2015, p. 175.

se limita à tradicional vertente informativa da comunicação comercial, o princípio da veracidade inviabiliza a qualificação como publicidade enganosa dos anúncios que invocam benefícios emocionais e simbólicos, dado que não correspondem às alegações “exatas e passíveis de prova” previstas no artigo 10.º n.º 2 do Código da Publicidade. O princípio da veracidade incide sobre as expressões publicitárias concretas e comprováveis, ainda que não se refiram necessariamente a dados fácticos. Porém, de acordo com alguns autores, a aplicabilidade subsiste quando o consumidor perceba as alegações como referências objetivas.²⁶

4. Considerações finais

No domínio da comunicação comercial, a crença na racionalidade das decisões económicas determinou que os mecanismos de proteção dos consumidores emergentes sobretudo a partir dos anos 70 do século XX tivessem como principal instrumento o direito à informação, que incidia sobre as características demonstráveis e os benefícios decorrentes da utilização dos produtos. Assim se justifica a centralidade da publicidade enganosa no regime jurídico vigente.

No entanto, com a transição para a sociedade da informação, os consumidores deixaram de ser meros recetores passivos dos conteúdos veiculados pelos anunciantes. Na generalidade dos sectores de atividade, esta revolução do poder de mercado permitiu atenuar a assimetria de informação face aos profissionais.

Ora, a abordagem jurídica da comunicação comercial coincide quase sempre com intervenções restritivas da liberdade publicitária dos anunciantes, justificadas pela tutela dos consumidores. Na medida em que a liberdade publicitária dos anunciantes se funda axiologicamente na liberdade de expressão e informação e na iniciativa económica privada (respetivamente, artigos 37.º e 61.º da Constituição da República Portuguesa), a regulação da comunicação comercial deve, de acordo com o princípio da proporcionalidade, “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (artigo 18.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa).

²⁶ MICKLITZ, Hans-Wolfgang. Irreführende Werbung. In HEERMANN, Peter. *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, volume I. Munique: Verlag C. H. Beck, 2006, p. 836.

Neste sentido, os deveres de informação consagrados pelo legislador tendem a restringir a liberdade de conformação do conteúdo das mensagens publicitárias pelos anunciantes, independentemente da ponderação dos critérios de adequação, necessidade e proibição do excesso face à tutela dos consumidores da era digital. De facto, a referida restrição deixa de se justificar relativamente a alguns produtos e serviços de alto envolvimento, exceto quanto a situações de infoexclusão, em que não se verificam as condições de acesso individual às tecnologias digitais, nem um limiar mínimo de literacia informática. Mas deixa de se justificar genericamente também nos produtos e serviços de baixo envolvimento, onde prevalecem as decisões económicas assentes em fatores de natureza emocional e simbólica.

Verificada esta tendencial ausência de fundamento para os deveres de informação consagrados pelo legislador, a interpretação funcional do regime jurídico da publicidade deve fazer prevalecer a adequação da informação ao caso concreto, designadamente, face à necessidade e às expectativas dos consumidores, aferidas em função da finalidade, do conteúdo, da apresentação e do contexto em que a mensagem é difundida.

Desta forma, no domínio da comunicação comercial, o direito à informação passa a traduzir um direito à transparência, correspondente à dimensão valorativa da tutela da lealdade nas relações de mercado, deixando de depender estritamente do cumprimento de deveres de natureza sectorial, que relevam sobretudo para a celebração dos contratos. Apenas esta interpretação funcional parece estar em conformidade com a garantia constitucional da liberdade de expressão publicitária dos anunciantes e com o princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO ESPINOSA, Francisco José e LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio. Nociones jurídicas básicas. Derecho de la publicidad. In LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio, *Derecho de la publicidad*. Madrid: Civitas. 2012, pp. 25-46.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de. Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação. *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1. 2015, pp. 165-189.

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

— “Avaliações e recomendações de consumidores: as novas práticas comerciais desleais introduzidas pela Diretiva (UE) 2019/2161”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 41. 2020/2021, pp. 221-234.

— *Manual de Direito da Publicidade*. 2.ª edição. Lisboa: Petrony Editora, 2023.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, volume LXXVIII. 2002, pp. 43-64.

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

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

COSTA, João Ribeiro da. “Publicidade de medicamentos e saúde pública: algumas reflexões a partir do novo estatuto do medicamento”, *Sub Judice*, n.º 38. 2007, pp. 77-85.

COTEANU, Cristina. *Cyber consumer law and unfair trading practices*, Hampshire: Ashgate. 2005.

GARRIDO PASTOR, José. “La publicidad financiera y bancaria como publicidad informativa”, *Revista de Derecho Bancario e Bursátil*, ano XIII. 1994, pp. 925-965.

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

KOTLER, Philip, ARMSTRONG, Gary e BALASUBRAMANIAN, Sridhar. *Principles of Marketing*. 19.ª edição. Harlow: Pearson. 2023.

MAQUEIRA, Juan Manuel e BRUQUE, Sebastián. *Marketing 2.0. El nuevo marketing en la Web de las Redes Sociales*. Madrid: RA-MA Editorial. 2009.

MATA, Eugénia e VALÉRIO, Nuno. *História Económica de Portugal: uma perspectiva global*. 2.ª edição. Lisboa: Editorial Presença. 2003.

MICKLITZ, Hans-Wolfgang. Irreführende Werbung. In HEERMANN, Peter. *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, volume I. Munique: Verlag C. H. Beck. 2006, pp. 778-886.

PICKTON, David e BRODERICK, Amanda. *Integrated Marketing Communications*. Nova Jersey: Prentice Hall. 2001

REEVES, Rosser. *Reality in Advertising*, Nova Iorque: Alfred Knopf. 1961.

RIES, Al e RIES, Laura. *A Queda da publicidade e a ascensão das Relações Públicas*. Lisboa: Editorial Notícias. 2003.

SACCOMANI, Alessandro. Le nozione di consumatore e di consumatore medio nella Direttiva 2005/29/CE. In MINERVINI, Enrico e CARLEO, Rossi. *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*. Milão: Giuffrè Editore. 2007, pp. 141-165.

SCHMITT, Bernd. *Experiential Marketing*. Nova Iorque: The Free Press. 1999.

SCHULTZ, Don. Redesigning marketing to fit a different marketplace. In KITCHEN, Philip. *The Future of Marketing: Critical 21st Century Perspectives*. Nova Iorque: Palgrave Macmillan. 2003, pp. 12-40.

SCHULTZ, Don, TANNENBAUM, Santley e LAUTERBORN, Robert. *The new marketing paradigm*. Chicago: NTC Business Books. 1994.

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

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

WILHELMSSON, Thomas. Consumer Law and Social Justice. In RAMSAY, Iain. *Consumer law in the global economy. National and international dimensions*. Hampshire: Ashgate. 1997, pp. 217-232.

Data de submissão do artigo: 02/05/2023

Data de aprovação do artigo: 21/07/2023

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt