

O ANTEPROJECTO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR E A PUBLICIDADE *

SUMÁRIO: 1. A busca dum sede para o Direito do Consumidor; 2. O Direito Civil como Direito Comum do homem comum; 3. A tendencial exaustividade; 4. A consolidação por fotocópia. As definições; 5. A degradação do *cives* em consumidor; 6. O recurso à cópia em matéria de publicidade; 7. A absorção do Direito da Publicidade pelo Anteprojecto; 8. A orgânica e a disciplina das “comunicações comerciais”; 9. A directriz sobre práticas comerciais desleais e agressivas; 10. A relação entre publicidade e concorrência desleal; 11. A posição do Anteprojecto; 12. O vício da redução da publicidade a Direito do Consumidor; 13. Síntese.

1. A busca dum sede para o Direito do Consumidor

Em 15 de Março de 2006 foi submetido a apreciação pública o Anteprojecto de Código do Consumidor. Resulta do trabalho de 10 anos dum “Comissão para a Reforma do Direito do Consumo e do Código do Consumidor”, presidida por António Pinto Monteiro ¹.

Não coube a essa Comissão decidir sobre a adopção ou não dum Código do Consumidor: essa decisão foi-lhe exterior e prévia. O mandato da Comissão foi apenas o de dar corpo àquele desiderato.

* O presente estudo tem por base um Parecer que emitimos sobre esta matéria.

¹ Vejam-se os dados mais precisos constantes da publicação da “Comissão do Código do Consumidor” – *Código do Consumidor – Anteprojecto*, Ministério da Economia e Inovação, 2006, na *Apresentação* de Pinto Monteiro. Temos ainda presente, do mesmo, o discurso proferido na sessão de apresentação pública do Anteprojecto, tal como publicado na “Rev. de Legislação e de Jurisprudência”, 135.º, n.º 3937, 190, com o título “*O Anteprojecto do Código do Consumidor*”.

Não houve assim espaço para um debate sobre a justificação dum Código do Consumidor em Portugal. É pena, porque dessa primeira opção depende tudo o resto. O debate só se pode pois realizar agora, não obstante o investimento pesado que representa sempre a elaboração dum Anteprojecto dum Código. Mas não há como evitá-lo.

Permitam-se-nos duas palavras sobre o Direito do Consumidor, em si.

Ao contrário de todos os outros ramos do Direito, o Direito do Consumidor tem uma data certa de nascimento: 15 de Março de 1962, data em que o Presidente Kennedy dirigiu uma mensagem ao Congresso que principiava com esta frase: “Somos todos consumidores”. Com ela nasceu e expandiu-se velozmente o Direito do Consumidor, como Direito de protecção do consumidor.

Isto, quaisquer que fossem as razões que tenham levado a que seja este o berço do Direito do Consumidor; nomeadamente, se o que se pretendeu directamente foi aumentar a confiança do consumidor e com isso aumentar a fluidez da sua participação no mercado.

A Comunidade Europeia emitiu numerosas directrizes relativas à protecção do consumidor. Frequentemente, foram directrizes dirigidas expressamente a esse domínio, mas podem também ser mistas. Em qualquer caso são fragmentárias, como é próprio da legislação comunitária, quando obedece ao princípio da subsidiariedade. Isso implica que os países se viram constrangidos a ir acolhendo aspectos parcelares e desligados entre si, sem terem oportunidade prática de ponderar unitariamente a matéria.

A ideia de elaboração dum Código do Consumidor só surge em momento mais tardio. O primado cabe ao Código de Defesa do Consumidor brasileiro de 1990. Explica-se pelas condições particulares resultantes da Constituição de 1988, que introduziu princípios novos que se não acomodavam ao Código Civil positivista de 1916; nem tão-pouco aliás ao Projecto de Código Civil de 1973. O Código do

Consumidor insuflou princípios na ordem jurídica brasileira que iam muito além quer do Direito Civil vigente quer do projectado ².

Seguiu-se o Código do Consumidor francês de 1993. Posteriormente, só lhe acresceu no ano passado o Código do Consumidor italiano.

São sem dúvida muito significativos. Mas não excluem uma linha alternativa. Essa linha manifestou-se na Holanda em 1992 e sobretudo na Alemanha, com a reforma do Direito das Obrigações consumada em 2001. Consiste em reconduzir o Direito do Consumidor ao Direito Civil, integrando-o no Código Civil. A protecção do consumidor passaria a estar compreendida nos seus aspectos mais significativos no próprio Código Civil.

O debate repercutiu-se em Portugal. Manifestou-se em orientações divergentes, que opuseram nomeadamente Pinto Monteiro ³ a Calvão da Silva ⁴, embora as pronúncias sejam demasiado recentes ⁵.

Não podemos, infelizmente, relatar este debate, porque nos levaria muito longe. Limitamo-nos por isso a apresentar de seguida as razões que sustentam a nossa posição.

² Culminando este aliás com a publicação do novo Código Civil, em 2002 – que, não obstante os seus méritos, é francamente mais “antigo” que o Código do Consumidor de 1990!

³ Cfr. os lugares referidos na nota 1.

⁴ Cfr. *Bicentenário do Código Civil*, na Rev. Legisl. e Jurisprudência, 134.º, n.º 3930, 267, particularmente nos n.ºs 3.4 e 4.

⁵ Também Carlos Ferreira de Almeida, no Relatório sobre a disciplina *Direito do Consumo* que apresentou no Concurso que para professor agregado (Universidade Nova de Lisboa, Julho de 2004), conclui que o Direito do Consumo (como lhe prefere chamar, a nosso ver sem razão, porque se fosse este o caso seria parte do Direito da Economia) é destituído de autonomia científica por carecer de objecto e método próprios (pág. 82). Desenvolve então o “Direito Privado do Consumo”, nomeadamente as incidências deste sobre o Direito Civil, e termina com uma alternativa: ou o Direito do Consumo se subjectiviza numa concepção restritiva de consumidor, ou os critérios teleológicos predominam sobre os subjectivos. Segundo esta última tendência, que considera predominante, as normas de protecção estender-se-ão a outros agentes activos, mas então o Direito do Consumo diluir-se-á no Direito Comum, vítima do seu próprio êxito (págs. 210-212).

2. O Direito Civil como Direito Comum do homem comum

A nossa posição de base assenta na concepção que temos do Direito Civil.

Entendemos este como o Direito Comum das pessoas comuns. É o Direito profundamente comunitário de que todos participamos, pelo simples facto de sermos pessoas, sem mais. É pois o direito de nós todos na comunidade de que emana e à qual fornece por sua vez o cimento básico⁶.

A este núcleo fundamental pertence o Direito do Consumidor. Se “todos somos consumidores”, o facto caracteriza-nos como pessoas comuns. O Direito que regula comumente o consumidor, atendendo apenas a essa qualidade, mergulha necessariamente as suas raízes no Direito Comum.

Qual o estatuto do Direito do Consumidor no âmbito do Direito Civil, não está agora em causa. Não há que apurar se constitui um sub-ramo autónomo ou se se combina doutro modo com os ramos existentes. O que importa, como base da nossa progressão, é a rejeição das posições que constituem com o Direito do Consumidor um ramo diferenciado, em contraposição ao Direito Civil. Exigiriam um preço demasiado elevado, que consistiria em retalhar o corpo do Direito Comum. Não há que o pagar. O que é Direito Comum deve continuar unitário.

Aliás, a repercussão do Direito do Consumidor sobre o Direito Comum está bem à vista. Numerosos institutos se refractam neste, as vendas de bens de consumo, a responsabilidade do produtor, as cláusulas abusivas, a integração da publicidade no conteúdo dos contratos, criam uma massa de problemas que, com maior ou menor nitidez, manifestam a ligação entre os dois sectores.

Decerto, poderia haver outros modos de arrumação do material jurídico. Poderia nomeadamente criar-se um ramo que reunisse tudo o que respeitasse de algum modo ao consumidor, do Direito Penal ao Direito Fiscal. Essas matérias não pertencem

⁶ Cfr. o nosso *Direito Civil – Teoria Geral, I – Introdução. As Pessoas. Os Bens*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2000, n.º 6, nomeadamente. Cfr. também o nosso *Concorrência Desleal. As grandes opções*, B.III.2 (no prelo).

ao Direito Civil nem teriam entrada neste. Não nos parece porém que a vantagem didáctica dum a exposição conjunta do estatuto do consumidor ou a vantagem pragmática da reunião das fontes compense a perda dogmática da separação de matérias comuns. A divisão dos ramos de Direito baseia-se antes de mais na comunhão substancial, que permite a elaboração de princípios gerais.

Compreende-se que, perante o estado actual de desordem das fontes, a tendência para uma unificação sistemática num Direito do Consumidor seja grande. Mas a vantagem imediatista é superada pela desvantagem resultante da renúncia a realizar a arrumação da matéria que intrinsecamente se justifica.

Hoje podemos dizê-lo com segurança, perante o modelo que é representado pela reforma do BGB. Nós próprios temos criticado mais de uma vez a tendência de ir buscar as soluções da ordem jurídica alemã como se fossem a entelúquia imutável, a última palavra. Há que ser comedido e não perder o sentido crítico, nomeadamente o sentido das diferenças. Mas seria irracional, quando uma solução é coroada de êxito, não tirar dela a lição que se impõe.

A integração dos aspectos básicos do Direito do Consumidor no BGB foi primorosamente realizada. Não houve violência sobre o Código. Mais ainda, contam-se pelos dedos dum a mão os preceitos que estabelecem regras específicas para os consumidores; a integração no BGB não pesou no corpo da lei civil.

Porquê assim? Porque muito do que está estabelecido a propósito do consumidor merece, bem vistas as coisas, ser generalizado. Surgiu na contingência casuística de intervenções em benefício do consumidor final, mas a justificação é geral. Deste modo, pode ser facilmente operada a generalização, modernizando o Código Civil e fazendo cessar o que não representa mais que privilégio injustificado do consumidor final. Teremos oportunidade de indicar na continuação várias situações desta natureza.

Só há um argumento contra a integração no Código Civil para o qual não encontramos resposta. Consiste em afirmar que não há, nas condições presentes, quem esteja à altura de realizar a tarefa delicadíssima de reformular o actual Código Civil. Se

assim for, não temos resposta efectivamente, porque as consequências de intervir grosseiramente num monumento como o Código Civil poderiam ser desastrosas.

Mas, ainda que a objecção fosse verdadeira, o caminho a seguir não consistiria em recorrer a um Código do Consumidor.

O caminho seria então antes o de retomar a actual lei de defesa do consumidor e enriquecê-la com alguns retoques que lhe dêem maior coerência e permitam resolver questões instantes. O ponto de partida em Portugal até não foi mau, porque permitiu uma certa superação do mero casuísmo pelo estabelecimento dum enquadramento mínimo. Esse enquadramento pode ser mais uma vez reformulado e prosseguido. Entretanto, dar-se-ia tempo para preparar com bases seguras a reforma do Código Civil, ainda que planeada por etapas.

Isso distancia-se da elaboração dum Código do Consumidor. Desde logo, porque se desiste do carácter exaustivo de que aquele se pretendia revestir. Depois, porque há muitos aspectos no Anteprojecto que não podem ser aceites.

Como passamos a expor.

3. A tendencial exaustividade

Passamos, com este pressuposto, a apreciar mais detidamente o conteúdo acolhido no Anteprojecto do Código do Consumidor.

Sabemos como representa tarefa hercúlea elaborar um código. A divergência de posições que vamos exprimir, que se adivinha radical, situa-se no terreno do debate intelectual, sem em nada atingir a consideração devida à Comissão que elaborou o Anteprojecto, particularmente ao seu Presidente, e em geral a todos os que sustentem posições diferentes.

A linha que norteia o Anteprojecto é a de conseguir uma codificação, praticamente exaustiva, do Direito do Consumidor.

As várias leis que toquem, de perto ou de longe, o Direito do Consumidor são integradas no novo diploma. São-no por vezes na totalidade, com revogação até dos

diplomas preexistentes. Doutras vezes, esse diplomas são parcialmente mantidos, ou prevê-se a aprovação de diplomas complementares.

O Anteprojecto não se limita a disposições substantivas. Contém disposições orgânicas; disposições penais (bem como de ilícito de mera ordenação social); bem como disposições processuais. O consumidor seria o pólo, em torno do qual se agruparia tudo o que lhe respeitasse.

O Anteprojecto procuraria congregar de maneira tendencialmente completa (mas não exaustiva, diga-se desde já) a legislação existente sobre Direito do Consumidor.

Divide-se em quatro títulos:

I – Disposições gerais

II – Dos direitos do consumidor

III – Do exercício e tutela dos direitos

IV – Das instituições de defesa e promoção dos direitos do consumidor.

Este último título, pela sua índole e pela precariedade a que nos habituámos nas orgânicas legais, dificilmente se admite como objecto dum código. Ficaria muito melhor se remetido para objecto dum diploma complementar. E não se diga que assim se perdia a vantagem da facilitação do acesso à lei vigente que se pretende, primeiro porque um código não se propõe como finalidade regular exaustivamente um ramo de direito, antes contém os princípios essenciais deste; segundo, porque o próprio Anteprojecto deixa subsistir muita matéria relativa ao consumidor que não se considerou ter a estabilidade ou a índole adequada para ser matéria de código.

O elemento propriamente tradutor da intenção codificadora estaria na título III, “Do exercício e tutela dos direitos”. Aí se regulam as “infracções contra os interesses dos consumidores” (capítulo I) e se inserem “disposições processuais civis” (capítulo II). Mas é duvidoso que se possa falar na formulação duma disciplina unitária, uma vez que o essencial no capítulo das infracções consiste na previsão típica dos

crimes e contra-ordenações correspondentes a infracções às figuras contempladas no Anteprojecto, sem que seja visível que daí se possam extrair orientações gerais.

Inserem-se também nos arts. 534 e seguintes disposições processuais. Delas resulta o estabelecimento dum processo especial.

Temos as maiores dúvidas quanto à conveniência de a todo o propósito multiplicar os processos especiais, seja com fundamento na maior celeridade que se pretende imprimir ao processo seja com qualquer outro. O resultado consiste normalmente na complicação do processamento e na perda afinal da celeridade desejada, porque estes processos defrontam os mesmos entraves à celeridade que os outros. Haveria antes que aperfeiçoar o corpo das regras de processo civil e não estabelecer remendos caso por caso. O Anteprojecto não escapa a esta tendência geral, que é brilhante no papel e modesta nos resultados. É pena.

A sanção normal do ilícito contra o consumidor consiste na contra-ordenação. Esta é privilegiada claramente, em relação à incriminação. Mantém-se assim a orientação vinda já de leis anteriores. Não são porém visíveis os critérios que estão subjacentes à divisão das infracções sancionadas como crime ou como contra-ordenação.

Adiante acentuaremos ainda outros aspectos.

O âmago do Anteprojecto estaria no título II, “Dos direitos do consumidor”.

Mas aqui verifica-se que o Anteprojecto, mais que uma codificação, realiza essencialmente uma consolidação da legislação existente. Agregou ainda algumas matérias harmonizadas por fontes comunitárias que não haviam sido ainda objecto de transposição.

4. A consolidação por fotocópia. As definições

Se a autonomização da matéria da defesa do consumidor num Código do Consumidor merece crítica, muito maior é a crítica que merece o modo como essa autonomização foi realizada.

A consolidação, tal como a transposição, são feitas na maior parte dos casos de modo literal. Copia-se literalmente a fonte preexistente ou a previsão comunitária, com muito escasso contributo adaptador ou esclarecedor por parte do Anteprojecto. Copiam-se os erros já detectados na legislação anterior sem esforço de melhoria, tal como se copiam as disposições comunitárias, com as definições e tudo.

Há aqui uma incompreensão do que representa uma fonte comunitária, em se tratando de uma directriz.

As fontes comunitárias são tecnicamente direito excepcional. Regulam apenas a matéria a que directamente visam, sem a pretensão de contribuir para um sistema coerente de princípios que possa servir depois como fonte de solução de casos não contemplados.

Por isso precisam de delimitar com rigor a matéria a que se aplicam; porque só harmonizam pontos específicos, nada mais. Isso concretiza-se por meio de definições, próprias aliás de cada diploma e que podem variar no diploma seguinte. Não há contradição; a definição demarca o que se chama o “domínio coordenado”.

Seja-nos permitido aproximar este sistema do de *common law*. Também aí, as leis são excepcionais. As bases da ordem jurídica encontram-se nos precedentes judiciais⁷. Por isso cada lei contém a sua lista de definições, para circunscrever precisamente a matéria a que se aplica. Tudo o que não for abrangido por elas não é regulado pelo *statute*, mas pelo *common law*.

O recurso a listas de definições, por vezes longuíssimas, nestes sistemas não é deficiência técnica, é pelo contrário manifestação do âmbito restrito da lei.

Que dizer porém quando o legislador português, transpondo directrizes, transpõe também as definições delas constantes?

Há definições que são indispensáveis para se compreender a matéria regulada. Justifica-se pois que, nesses casos, se vença a prevenção de que *omnis*

⁷ A que acresceriam uns teóricos costumes dos povos.

definitio in iure periculosa est e se defina cuidadosamente o que o requer. Mas mesmo então, há duas orientações básicas a ter presentes:

1. Transpor não é copiar. Pode o legislador português definir de maneira diferente a matéria, quando entender que tal é mais correcto ou mais consentâneo com a índole da nossa ordem jurídica. O decisivo é que o regime comunitário seja observado. Ou seja, que com aquelas palavras ou outras o regime da directriz passe a vigorar no ordem jurídica portuguesa.

2. No sistema português a lei é fonte geral, que concorre para a formação dos princípios do sistema. Representa um **grave erro** copiar das directrizes comunitárias limitações dela características, como definir “para efeitos da presente directriz”. As fontes comunitárias, porque excepcionais, só regem no âmbito da matéria abrangida pelo diploma. Mas na ordem portuguesa a situação é exactamente a contrária. Uma definição é geral, salvo se ocorrerem razões que levem a definir para uma situação particular⁸. Por isso, quando numa lei ou decreto-lei de transposição se define “para os efeitos deste diploma” erra-se gravemente.

A situação é ainda mais chocante quanto se procede assim em diplomas que representam a base dum instituto na ordem jurídica portuguesa. Está-se a regular como se fosse para os efeitos daquela lei ou decreto-lei – e não para integrar um contributo à nossa ordem jurídica global!

De qualquer modo, nestes casos e com estas ressalvas, é correcto recorrer a definições no nosso sistema. Mas o princípio geral é exactamente o oposto. Deve-se fugir de definições, quando elas não forem indispensáveis. Pelo que muitas definições constantes de diplomas comunitários devem ser simplesmente omitidas na transposição para a lei portuguesa.

Não se procede assim no Anteprojecto, chegando-se a situações que podem ser qualificadas como caricatas.

⁸ O que representaria em qualquer caso, note-se, má técnica legislativa, porque esse efeito se deve obter demarcando o âmbito do regime estabelecido e não manipulando a definição.

Daremos como exemplo a transposição que aquele realiza da Directriz n.º 05/29, de 11 de Março, sobre práticas comerciais desleais e agressivas. Mas é matéria que retomaremos mais tarde.

5. A degradação do *cives* em consumidor

Mas há ainda mais – e pior.

O Anteprojecto, como dissemos, procede à consolidação por fotocópia, em geral, dos diplomas preexistentes em que encontrou matéria que considerou ser de Direito do Consumidor.

Mas esses diplomas, com frequência, contêm outras disposições que são gerais – e não apenas de Direito do Consumidor.

Damos como exemplo o Dec.-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto, sobre o *direito real de habitação periódica*. Essa matéria passaria a ser regulada nos arts. 325 a 353 do Código do Consumidor. Mas o que se regula é, antes de mais, o regime geral desse direito – o seu âmbito, a sua incompatibilidade com a constituição doutros direitos reais, a duração e assim por diante. Quer dizer, é o regime básico dum direito real que passaria a constar do Código do Consumidor e não do Código Civil!

E isto é ainda agravado se considerarmos que se indica na *Apresentação* do Anteprojecto que o Dec.-Lei n.º 275/93 seria apenas parcialmente revogado. No entanto, aquele regime básico constaria do Código do Consumidor, e não do diploma parcialmente mantido em vigor! O mesmo haverá que dizer dos *direitos de habitação turística*, regulados nos arts. 354 a 360, mas aí sem sequer se dar a indicação quanto ao propósito de manter ou revogar a numerosa legislação que regula os direitos de habitação em empreendimentos turísticos.

Mais impressionante é ainda o que respeita às *cláusulas contratuais gerais*. Representam um muito importante instituto do Direito Civil, com uma regulação já relativamente antiga mas renovada (e perturbada) por aditamentos posteriores.

Todavia, essa matéria é praticamente transposta na sua essência para o Código do Consumidor; e o Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, seria revogado.

Não vale a pena chamar a atenção para as incongruências e imperfeições que foram entretanto detectadas naquele diploma e que são mantidas tal qual não obstante esta transposição ⁹.

Basta chamar a atenção para o facto de o Código do Consumidor passar a regular, quer estas cláusulas nas relações com consumidores (arts. 221 e seguintes), quer em todos os outros casos, nomeadamente nas relações entre empresários ou entidades equiparadas (arts. 218 e seguintes)!

Isto sem aprofundarmos o que representa o carácter ficcioso de semelhante divisão, pois não há na realidade sequer nenhuma disciplina *específica* das relações com consumidores: há uma disciplina *genérica* das cláusulas contratuais gerais (e das cláusulas abusivas) ¹⁰ e uma disciplina específica, menos exigente, dessas cláusulas nas relações entre empresários e entidades equiparadas ¹¹.

Mas assim distorce-se completamente a relação entre Direito Civil e Direito do Consumidor, qualquer que seja o núcleo deste.

O diploma básico do *cives* é o Código Civil. É aí que se regula e resguarda a vida comum e se consigna o regime correspondente à dignidade de cada pessoa, enquanto pessoa.

O Código do Consumidor surgiria agora a disputar esse espaço, trazendo um segundo regime comum, na realidade, mas norteado pela preocupação de proteger o consumidor.

⁹ Assim, o art. 219 *c* mantém a regra do art. 18 *c* do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que proíbe as cláusulas contratuais gerais que excluam ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou culpa grave. Esta regra é aplicável ao consumidor (arts. 221 do Anteprojecto e 20 do Dec.-Lei, respectivamente). Mas a regra geral é a de que a exclusão da responsabilidade é naqueles casos proibidas: como se compreende então que o consumidor fique, perante cláusulas contratuais gerais, em situação pior que qualquer devedor, no que respeita à exclusão ou limitação da responsabilidade em caso de culpa leve? Houve quem considerasse que a previsão sobre c.c.g. revogava a lei geral, o que nos parece inadmissível. De todo o modo, perdeu-se a oportunidade de esclarecer esta situação.

¹⁰ Que abrange as relações fornecedor / consumidor final.

¹¹ Cfr. o nosso *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. III – *Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra Editora, 2002, n.º 121.

Isto, que poderia aparentar ser destinado a exaltar a pessoa, tem exactamente o sentido contrário. A pessoa é degradada.

Deixa de surgir como o *cives*, como o cidadão de pleno direito, para aparecer antes como o *objecto* duma protecção especial, que é justificada pela sua qualidade de consumidor. Passou a representar algo menos do que valeria como pessoa, simplesmente.

6. O recurso à cópia em matéria de publicidade

Muito haveria que dizer ainda sobre as matérias gerais. Mas não podemos fazê-lo, pois temos de passar ao que é o nosso objecto específico: o estatuto da publicidade.

O Anteprojecto do Código do Consumidor absorveria a matéria da publicidade.

Absorvê-la-ia praticamente na totalidade. Os arts. 84 e seguintes procederiam à integração do actual Código da Publicidade (Dec.-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro), salvo o que foi considerado como menos relevante. Este seria integralmente revogado (como aliás também a Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro, sobre publicidade domiciliária). Não se prevê legislação complementar nesta matéria, salvo no que respeita à constituição e funcionamento da prevista Entidade Reguladora das Comunicações Comerciais.

Além da criação desta entidade constam do Anteprojecto outras disposições relevantes em matéria de publicidade. É particularmente importante o que respeita à articulação que se estabeleceu entre esta matéria e a das práticas comerciais proibidas, reguladas a seguir no Anteprojecto. Estas revestem vários aspectos, como as práticas comerciais desleais, as enganosas, as agressivas, que surgem no âmbito da Directriz n.º 05/29, de 11 de Maio, sobre práticas comerciais desleais e agressivas. Serão sucessivamente contempladas.

A colagem é tão completa que mesmo disposições do Código da Publicidade cuja condenação estava já feita tomam tranquilamente o seu lugar no Anteprojecto.

Assim, na definição de publicidade, o art. 3/1 *b* do Código da Publicidade inclui o objectivo de “promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições”. Apenas escapou a propaganda política – “para os efeitos do presente diploma” (art. 3/3).

É uma extensão inadmissível, que confunde o objectivo comercial com o debate e a difusão de ideias. Só se compreende num regime totalitário, em que se procure controlar o debate das ideias sob a capa da disciplina da publicidade.

Por isso, o Dec.-Lei n.º 7/04, de 7 de Janeiro, que regula o comércio electrónico, tomou já a posição oposta. Ao regular as comunicações publicitárias em rede, exclui expressamente da categoria as “mensagens destinadas a promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições”. Pareceria assim que o movimento de revisão estava lançado, de maneira a progressivamente levar à eliminação daquela anomalia do Direito português.

O Anteprojecto do Código do Consumidor ignora tudo isto. O art. 86/1 *a* continua imperturbavelmente a incluir na publicidade a comunicação feita com o objectivo de “promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições”!

Mais ainda: traz-se efectivamente a definição de publicidade. Mas essa definição, nos termos do art. 86/1, é “para os efeitos da presente secção”! A secção em causa é a “Da Publicidade” (arts. 84 e seguintes). Leva-se até ao fim a subordinação à Directriz n.º 84/450, de 10 de Setembro, sobre publicidade enganosa e comparativa, que fixa as suas definições, de publicidade inclusive, “na acepção da presente directiva”.

Temos então esta consequência espantosa: o Anteprojecto absorve a matéria da publicidade. Passa a ser a sede desta matéria na ordem jurídica portuguesa. Mas a definição que dá de publicidade é tão-somente válida no interior da secção em que se integra. Não é a noção da nossa ordem jurídica, é uma noção contingente no âmbito daquelas regras!

Eis um resultado que nos permitimos considerar incompatível com a índole da ordem jurídica portuguesa.

Outra manifestação do mesmo cariz encontra-se no art. 121/2 do Anteprojecto, relativo aos “direitos de autor” sobre a “criação publicitária”. Aí se determina que “os direitos de carácter patrimonial sobre a criação publicitária presumem-se, salvo convenção em contrário, cedidos em exclusivo ao seu criador intelectual”.

Esta disposição fotocopia o art. 29/2 do Código da Publicidade.

Acontece porém que não houve até hoje jurista, por mais ladino, que conseguisse encontrar um sentido para este art. 29/2 ¹².

No nosso *Direito de Autor e Direitos Conexos* ¹³ escrevemos a este propósito.

“O art. 29 do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro ¹⁴, sob a epígrafe “criação publicitária”, contém disposições em matéria de direito de autor sobre obra publicitária que são um mimo.

O n.º 1 faz aplicar as disposições legais sobre “direitos” de autor, “sem prejuízo do disposto nos números seguintes”. Vejamos então qual o regime especial.

Dispõe o n.º 2: “Os direitos de carácter patrimonial sobre a criação publicitária presumem-se, salvo convenção em contrário, cedidos em exclusivo ao seu criador intelectual”.

Lê-se e não se acredita. Pressupõe-se que os direitos são de outrem que não o criador intelectual. Presume-se que este os cede ao criador intelectual; logo, o criador intelectual fará uma aquisição derivada. Dir-se-ia que se queria beneficiar a

¹² Nem aliás para os n.ºs 1 e 3. O n.º 1, dizendo que “as disposições legais sobre direitos de autor aplicam-se à criação publicitária”, é lapalissiano: pois se é uma *criação* publicitária! O n.º 3, declamando “ilícita a utilização de criações publicitárias sem a autorização dos titulares dos respectivos direitos”, é de uma banalidade confrangedora.

¹³ Coimbra Editora, 1992, n.º 368 II.

¹⁴ Diploma emanado do Ministério do Ambiente e Recursos Naturais (!).

empresa de publicidade na exploração sem peias da obra publicitária. Pois saiu exactamente o contrário.

E está agravado por se referir unicamente aos direitos de carácter patrimonial. Os de carácter pessoal, que são os que mais respeitariam ao criador intelectual, parece que lhe não são atribuídos.

Por outro lado, não se pode pretender que o preceito se limita a estabelecer a presunção de que os direitos pertencem ao criador intelectual e não àquele para quem o criador produz, por afastamento dos arts. 14 e 15 CDADC. Pois que dos arts. 14 e 15 consta exactamente a mesma presunção em benefício do criador intelectual.

Perante isto, pode pôr-se a hipótese de uma interpretação ab-rogante. O legislador terá, por lapso, referido o criador intelectual quando queria referir o comitente – ou mais genericamente, aquele a quem a obra se destina. Observamos todavia que nem assim o resultado é inteiramente satisfatório, porque a lei fala numa presunção de cessão, que faria supor uma atribuição derivada, quando vimos atrás que a aquisição, mesmo pelo comitente, é uma aquisição originária”.

Assim escrevemos e mantemos. Havia sobradas razões para que um Código do Consumidor se abstivesse de regular deste modo os “direitos de autor”. Mas não. O art. 29 é reproduzido no art. 121 do Anteprojecto – e neste caso *ipsis verbis*.

7. A absorção do Direito da Publicidade pelo Anteprojecto

Qual é então, em globo, a posição tomada pelo Anteprojecto, em relação à publicidade?

É a da absorção pura e simples da publicidade. Toda esta matéria passaria a ter como sede o Código do Consumidor: este seria o diploma regulador básico da publicidade na ordem jurídica nacional. Não interessa que muitos preceitos reguladores nada tenham que ver com a protecção do consumidor. Sirva a *publicidade comparativa* como exemplo: seja qual for a valoração que mereça, é muito mais favorável que

desfavorável ao consumidor. Esta seria igualmente regulada no Anteprojecto (art. 101), mais uma vez mediante praticamente o processo da fotocópia.

A situação é até particularmente impressionante, por em muitos aspectos a própria lei revelar que tem em conta, com as reservas que fez à publicidade comparativa, a protecção dos concorrentes e não a protecção dos consumidores. Vejam-se por exemplo as als. *f* e *h* do art. 101, que categoricamente têm em vista a protecção dos concorrentes (que nominam até) e são ou podem ser indiferentes para os consumidores.

Generalizando, e fazendo o confronto da matéria da publicidade constante das leis anteriores e do Anteprojecto, observamos que só há em geral pequenas e pouco significativas mudanças sobre o *statu quo*.

Isto não significa que se tenha atingido o objectivo de regular integralmente a matéria da publicidade, pelo menos num âmbito satisfatório.

É o que se passa com a publicidade não solicitada em rede informática, conhecida vulgarmente por SPAM.

A matéria tinha sido objecto de intervenções a nível comunitário, quer através da Directriz n.º 00/31 sobre comércio electrónico, quer posteriormente mediante a Directriz n.º 02/58, de 12 de Julho, sobre privacidade das comunicações electrónicas.

O Dec.-Lei n.º 7/04, de 7 de Janeiro, realizou a transposição para o Direito português da Dir. n.º 00/31 e, parcialmente, a da Dir. n.º 02/58.

Aproveitando a permissão constante da primeira directriz, aquele diploma inverteu a posição até então tomada pela lei portuguesa sobre SPAM. Em vez do sistema do *opt out*, que é inoperante, instituiu o sistema do *opt in*: a publicidade só poderia ser endereçada, em rede, a quem o solicitasse (art. 22), salvas as restrições aí contempladas.

Tratava-se porém de uma posição transitória, pois a posição definitiva seria assumida com a transposição da Directriz n.º 02/58.

O Anteprojecto contempla esta matéria, que é também relativa à publicidade, mas de modo manifestamente insuficiente.

O art. 114 limita-se a dispor: “É proibida a publicidade por telefone, por telecópia e por correio electrónico, salvo quando o destinatário a autoriza antes do estabelecimento de comunicação”. Fora disso só encontramos o art. 115, que é genérico, pelo que se aplica também à publicidade em rede.

A matéria merecia porém outro desenvolvimento, porque há outros interesses implicados que assim o exigem.

Observe-se ainda que a absorção tendencial da publicidade pelo projectado Código não significa que toda essa matéria esteja compreendida na secção que tem por epígrafe “Da Publicidade” (arts. 84 e segs.). Encontram-se mais disposições sobre publicidade esparsas por outros lugares – além do que se disse já sobre as práticas comerciais proibidas. Por exemplo, os arts. 352 e 353 do Anteprojecto regulam a publicidade relativa a direitos reais de habitação periódica.

A esta correspondência fundamental há todavia que ressaltar dois aspectos importantes.

I – Por um lado, no que respeita à orgânica, prevêem-se alterações.

Embora não seja ponto que particularmente nos interesse, será objecto de breve análise específica adiante.

Observamos que essas alterações se estendem ainda a outros aspectos complementares, que vão além da orgânica em sentido estrito.

II – Por outro lado, houve que proceder a opções maiores para efeitos da conjugação da publicidade enganosa, sobretudo, com o regime resultante da Directriz n.º 05/29, de 11 de Maio, sobre as práticas comerciais desleais e agressivas.

Estes aspectos exigirão um exame mais aprofundado.

8. A orgânica e a disciplina das “comunicações comerciais”

Todo o título IV do Anteprojecto tem por epígrafe “Das Instituições de Defesa e Promoção dos Direitos do Consumidor”¹⁵.

¹⁵ Arts. 654 a 708.

Já manifestámos a nossa perplexidade quanto à integração desta matéria num Código do Consumidor. A estruturação orgânica é algo de demasiado cartilagíneo para ser objecto dum código, até pela ânsia dos políticos em apresentarem sempre a própria orgânica milagrosa a substituir a que existe.

O que se passa em matéria de publicidade é por demais ilustrativo desta asserção. A orgânica tem variado constantemente, com os inúmeros custos, antes de mais em desperdício de actividade, que tanta volatilidade acarreta.

O Anteprojecto insere agora um ambicioso e complexo Sistema Português de Defesa do Consumidor. Pomos as maiores ressalvas à sua justificação. Mas vamos concentrar-nos no que respeita directamente à publicidade.

Neste domínio, além das repercussões do sistema geral – que, por ser dedicado ao consumidor, se ajusta menos à publicidade – acentuaremos sobretudo dois aspectos.

I – A previsão da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica (CACME)

É prevista nos arts. 678 a 680 do Anteprojecto.

A aplicação das coimas em matéria de publicidade tem divagado pela competência de numerosas entidades, desde uma Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade à Inspecção-Geral das Actividades Económicas, e do Instituto do Consumidor a uma Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade. Agora, ao menos aparentemente, centraliza-se a aplicação de todas as coimas previstas no Anteprojecto.

Recebemos com reservas esta solução. Por um lado, porque o domínio das contra-ordenações em matéria económica é uma galáxia em plena expansão, o que torna desmesurado o âmbito de competência da Comissão. Mas sobretudo, pela razão substantiva de a publicidade não abranger apenas matéria relativa ao consumidor. Isso torna problemática a adequação da Comissão para dominar a problemática dum sector em que a lógica da protecção do consumidor se intercala parcialmente com outras lógicas.

Não podemos ir muito mais longe. O art. 678 limita-se a prever a CACME e a remeter para lei especial a composição e a competência da Comissão. Fica tudo praticamente em aberto.

II – A previsão da Entidade Reguladora das Comunicações Comerciais

O art. 677/1 do Anteprojecto atribui a fiscalização do cumprimento das normas de defesa do consumidor, “entre outras entidades”, à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) e à Entidade Reguladora das Comunicações Comerciais (ERCC).

O art. 122/1 prevê que essa entidade, integrada no Ministério da Economia, tem “funções de regulação, supervisão e acompanhamento da actividade de comunicações comerciais e, em particular, detém competência para fiscalizar o cumprimento das normas constantes desta secção, instruindo os processos contraordenacionais e aplicando coimas e sanções acessórias”. De resto, remete para lei especial (art. 122/2).

É muito pouco. Mas ainda assim ficamos a saber que:

– a ERCC não tem apenas a função de fiscalização a que se refere o art. 677.

– a competência da CACME não é afinal exclusiva, ao contrário do que resultaria do art. 678.

De resto, ignora-se tudo sobre esta entidade.

Não sabemos se a ERCC é uma entidade administrativa independente. Possivelmente sê-lo-ia, porque está na moda a criação de semelhantes entidades, no acolhimento pressuroso de exemplos norte-americanos. Temos as maiores dúvidas quanto aos benefícios da proliferação de entidades independentes. Têm como preço a redução sucessiva dos meios normais na hierarquia dos órgãos governativos. A redução de instrumentos ao dispor daqueles órgãos centrais, somada ao que resulta já das limitações comunitárias, torna aqueles cada vez mais inoperantes, por efectiva falta de meios. Estamos na situação paradoxal dum Poder a quem se exige cada vez mais,

quando tem cada vez menos instrumentos e espaço de manobra para levar a bom termo a tarefa.

Por outro lado, a experiência ensina que estas entidades são seguramente caras, mas só hipoteticamente são na verdade independentes.

Nem o nome atribuído à Comissão ajuda.

“Comunicações Comerciais” é termo consideravelmente ambíguo.

O único sentido não enganador de *comunicação comercial* seria o de uma comunicação emitida no exercício do comércio. O pedido de informação duma empresa à sua fornecedora seria uma comunicação comercial, tal como o seria a reclamação sobre o modo de execução do contrato.

Mas, por via comunitária, surge uma noção espúria de comunicação comercial.

É assim que os arts. 6 a 8 da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho, regulam as “comunicações comerciais”, que são definidas como “todas as formas de comunicação destinadas a promover, directa ou indirectamente, mercadorias, serviços ou a imagem duma empresa...” (art. 2 f).

Na transposição para o Direito português, considerámos que o que estava em causa era a publicidade em rede, que nada lucrava com ser qualificada “comunicação comercial”. Consequentemente, os arts. 20 a 23 do Dec.-Lei n.º 7/04, de 7 de Janeiro, regulam as *comunicações publicitárias em rede*.

Não procede assim o Anteprojecto. A entidade que se prevê denomina-se “Entidade Reguladora das Comunicações Comerciais”. Não é nada elucidativo quanto ao conteúdo que se quer atribuir.

A ir por diante a entidade projectada, deveria pelo menos adoptar uma designação mais transparente aos olhos do público. Não será necessário acentuar que os conceitos e qualificações utilizados em instrumentos comunitários não são vinculativos para o legislador português. Vinculativo é apenas o regime (harmonizado) que põem em vigor.

Por todas estas razões, temos as maiores dúvidas quanto à oportunidade da magna constelação orgânica que é esboçada. A vacuidade das previsões, com a remissão do essencial para leis especiais, só aumenta a nossa inquietação.

9. A directriz sobre práticas comerciais desleais e agressivas

O Anteprojecto de Código do Consumidor viu-se confrontado com a necessidade da transposição da Directriz n.º 05/29, de 11 de Maio, sobre práticas comerciais desleais e agressivas.

As directrizes comunitárias sobre Direito do Consumidor podem ser mistas: tratam em geral de uma matéria e, a esse propósito, versam os aspectos relevantes da protecção do consumidor. É o que se passa, por exemplo, com a referida directriz sobre o comércio electrónico. Mas podem ser também intervenções inteiramente dedicadas ao Direito do Consumidor. É o caso da Directriz n.º 99/44, de 25 de Maio, relativa à venda de bens de consumo e garantias relativas.

A Directriz n.º 05/29, sobre práticas comerciais desleais e agressivas, é exaustivamente uma directriz sobre protecção do consumidor. Na sua própria epígrafe se restringe às “práticas desleais das empresas face aos consumidores”. Não podia assim deixar de ser considerada no Anteprojecto do Código do Consumidor.

Mas isto obrigava a defrontar um problema, e grave problema, em matéria de publicidade. Particularmente no que respeita à publicidade enganosa. É ponto que será considerado especificamente mais tarde.

Como procede o Anteprojecto neste domínio?

Da maneira normal – reproduzindo.

E a fotocópia é tão extrema que se vão acolher as definições da directriz, por mais espantosas que sejam – contra o que dissemos já ser o significado divergente da *definição*, no nível comunitário e na ordem interna.

É assim que o Anteprojecto sente a necessidade de definir *código de conduta* (art. 132/4), seguindo a definição do art. 2 f da directriz – como se houvesse

uma noção de código de conduta diferente em matéria de práticas comerciais desleais e agressivas!

Define *decisão de transacção* (art. 130 *c*), seguindo servilmente o art. 2 *k* da directriz. E isto “para o efeito do disposto na presente subsecção”!

Define *convite a contratar* (art. 133/4), copiando o art. 2 *i* da directriz, como se esta fosse uma noção específica da matéria das práticas comerciais desleais e agressivas.

O ponto máximo é atingido na definição de *diligência profissional*. Temos todos uma noção do que esta seja. Mas o art. 129/2 dispõe que se entende que “desrespeita os ditames da diligência profissional a prática comercial em que o profissional não siga o padrão de competência especializada e de cuidado que dele se pode razoavelmente esperar em relação ao consumidor, tendo em consideração os usos honestos praticados no respectivo âmbito de actividade e o princípio da boa fé”. É uma definição inspirada na do art. 2 *h* da directriz e é realmente espantosa: mistura tudo, imperícia, contrariedade aos usos honestos, boa fé, relacionamento com consumidor, criando uma noção que só confunde e nada tem que ver com a diligência profissional como todos nós a entendemos, sem para isso precisarmos de definição nenhuma!

10. A relação entre publicidade e concorrência desleal

A relação entre Concorrência Desleal e Direito da Publicidade oferece aspectos de equilíbrio instável, quer na ordem interna quer na ordem comunitária.

Na ordem jurídica portuguesa, os Códigos da Propriedade Industrial anteriores ao vigente (de 2003) consideravam como manifestação de concorrência desleal “os reclamos dolosos”.

Com o advento da legislação sobre publicidade, passou a haver uma situação de sobreposição de previsões, uma vez que a principal regra do Código da

Publicidade consistia na proibição da publicidade enganosa (além da falsa). A doutrina tentou de várias maneiras conciliar as previsões¹⁶.

O Código da Propriedade Industrial de 2003 suprimiu a previsão dos reclamos dolosos do art. 317 do Código da Propriedade Industrial. Aparentemente, portanto, abandonava a matéria ao Direito da Publicidade. Observámos porém que a questão não ficava assim automaticamente resolvida, uma vez que a publicidade enganosa não deixou de ser atingida pela cláusula geral da concorrência desleal, referente à actuação contrária às normas e usos honestos¹⁷.

Onde passou então a situar-se a sede da publicidade enganosa?

No Código da Publicidade, particularmente no art. 11, relativo à publicidade enganosa, cujo n.º 1 dispõe: “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”.

Este trecho foi inspirado pela Directriz sobre publicidade enganosa e comparativa. Mas suscita dificuldades consideráveis.

Que sentido tem a frase final: “ou que possa prejudicar um concorrente”? Então o critério para uma publicidade ser enganosa está em poder prejudicar um concorrente?

Além disso, se se considera relevante poder prejudicar um concorrente, volta a colocar-se a hipótese de se estar perante uma figura de concorrência desleal. Porque é em matéria de concorrência desleal que é relevante a relação com os concorrentes.

Tudo isto tem muita importância. Mas há que observar que surgiram recentemente novos dados, constantes da directriz sobre práticas desleais e agressivas.

No ponto de vista da substância, haveria que debater se a matéria das práticas desleais e agressivas respeitava à Concorrência Desleal ou ao Direito do

¹⁶ Cfr. o nosso *Concorrência Desleal*, Almedina, 2002, particularmente nos n.ºs 299 a 303.

¹⁷ Cfr. o nosso *Concorrência Desleal. As grandes opções* cit.

Consumidor. A designação induziria tratar-se de concorrência desleal. Poderia mesmo ver-se aqui um avanço sectorial, embora de eficácia duvidosa, da Concorrência Desleal a nível comunitário – coisa que até então não fora possível fazer, dada a oposição do Reino Unido ¹⁸.

Mas não é assim, porque a directriz é categórica. A matéria das práticas desleais é referida expressa e integralmente ao Direito do Consumidor. Por isso, o Anteprojecto pode invocá-la em seu apoio quando integra esta matéria na totalidade no Código do Consumidor, a título de transposição.

Mas a directriz sobre práticas desleais e agressivas contém mais que isto. Não se limita a trazer essas práticas para o domínio do Direito do Consumidor. Vai mais longe e altera a própria Directriz sobre publicidade enganosa e comparativa.

Assim, o art. 14 reformula o art. 1 da Directriz n.º 84/450, que passa a rezar: “A presente directiva tem por objectivo proteger os profissionais contra a publicidade enganosa e suas consequências desleais e estabelecer as condições em que a publicidade comparativa é permitida”.

Confrontando com a anterior redacção, vemos que é eliminada a referência à protecção dos consumidores e do público em geral. A directriz sobre publicidade passa a proteger exclusivamente os profissionais.

Isto significa que a Directriz sobre publicidade foi afastada do Direito do Consumidor. Com isto propicia-se o reacender do debate, a nível comunitário, sobre uma eventual pertença da matéria à Concorrência Desleal, por regular somente as relações interprofissionais.

11. A posição do Anteprojecto

E qual o posicionamento do Anteprojecto português?

Já sabemos: este transferiria integralmente a legislação sobre publicidade para o Código do Consumidor, tenha ou não tenha que ver com o consumidor. Isto

¹⁸ Cfr. o nosso *Concorrência Desleal. As grandes opções* cit.

permite-lhe ainda prever a revogação integral do Código da Publicidade¹⁹. Mas vejamos mais em pormenor como lida com a publicidade enganosa.

Ao transpor, de modo praticamente literal, o Código da Publicidade para o Anteprojecto, depara com o art. 11 daquele, respeitante à publicidade enganosa. Do n.º 1 consta, recorde-se, o trecho final de frase: “ou que possa prejudicar um concorrente”.

O Anteprojecto procede então à grande mudança. Todo o longo art. 11 sobre publicidade enganosa é suprimido. O art. 95, que lhe corresponderia, mantém a epígrafe “Publicidade enganosa”, mas passa a limitar-se ao seguinte:

“1. É proibida a publicidade que constitua uma prática comercial enganosa, em conformidade com o disposto nos artigos 132.º e seguintes deste Código.

2. O disposto no número anterior aplica-se, com as devidas adaptações, à publicidade dirigida a profissionais”.

Será pois no âmbito das práticas enganosas, na transposição quase literal da directriz sobre práticas desleais e agressivas, que haverá que procurar a disciplina da publicidade.

Sejam-nos permitidas a este propósito algumas observações.

O Anteprojecto deixa totalmente por resolver o problema, atrás assinalado, do relacionamento desta matéria com a concorrência desleal. A cláusula geral do art. 317 do Código da Propriedade Industrial continua a ser aplicável à publicidade enganosa, porque esta é um modo desleal de fazer concorrência num ramo de actividade económica. A sobreposição continua a exigir uma solução, para a qual o Anteprojecto não traz nenhum apoio.

A integração de toda a publicidade na legislação do consumidor é completada com a opção do art. 95/2 do Anteprojecto: as disposições sobre práticas comerciais enganosas são aplicáveis, “com as devidas adaptações”, à publicidade dirigida a profissionais. Como se transformou o Direito da Publicidade em Direito do

¹⁹ Cfr. a *Apresentação* do Código do Consumidor, n.º 7.1.

Consumidor, fica em aberto a situação da publicidade dirigida a profissionais. O art. 95/2 resolve, estendendo disposições, em si justificadas como de protecção ao consumidor, à publicidade dirigida aos profissionais.

É uma má técnica. O Código exorbita mais uma vez do domínio da protecção do consumidor. Sobrecarrega a prática com a descoberta das “devidas adaptações”. Tudo porque optou por transformar o Direito da Publicidade em Direito do Consumidor, criando inutilmente um problema cuja solução atira para os outros ²⁰.

Mas é a própria opção, de transformar o Direito da Publicidade em Direito do Consumidor, que deve ser directamente criticada.

Ao fazê-lo, o Anteprojecto, com consciência ou sem ela, coloca-se na contra-mão do Direito Comunitário.

A Directriz n.º 05/29, como vimos, toma expressamente a posição de afastar o Direito da Publicidade do Direito do Consumidor, ao alterar até o art. 1 da Directriz sobre publicidade enganosa e comparativa.

O Anteprojecto, muito pelo contrário, reduz integralmente o Direito da Publicidade a Direito do Consumidor.

Não seremos nós quem critica o facto de a lei portuguesa tomar uma opção sistemática, com reflexos importantes de fundo, diferente da que resulta das fontes comunitárias. É o sinal de que estamos vivos. A vinculação comunitária traduz-se na obtenção de resultados equivalentes, e não na subserviência em relação à técnica, frequentemente muito defeituosa, adoptada pela directriz.

Mas é claro – cada solução tem que se justificar por si. E essa justificação falha de todo na posição do Anteprojecto, como passamos a ver.

²⁰ A generalização do art. 95/2 cria aliás as maiores perplexidades. Então as disposições anteriores, que contêm os quadros básicos da publicidade, não são genéricas, porque já não respeitam à publicidade enganosa? Tudo isto seria consequência da transformação do Código do Consumidor no diploma básico sobre o Direito da Publicidade.

12. O vício da redução da publicidade a Direito do Consumidor

A disciplina das práticas desleais não está destinada a ser a disciplina geral da publicidade, nem mesmo a disciplina particular da publicidade enganosa. A problemática específica da publicidade escapa-lhe. Nomeadamente, a resolução das questões da publicidade enganosa através da integração nas práticas comerciais enganosas perde de vista os elementos específicos da publicidade. Já não é só a publicidade dirigida a profissionais que não encontra soluções adequadas, é toda a publicidade enganosa, porque aquelas disposições não atendem à diferença específica desta matéria.

Isto, afinal, apenas prolonga num caso específico um vício geral. Esse vício consiste, dissemos, em ter-se transformado o Direito da Publicidade em Direito do Consumidor.

Trata-se de uma regressão, e de uma regressão profunda. A publicidade desenvolvera-se como sector autónomo, perfeitamente justificado. Forçá-la agora a enquadrar-se na redoma unilateral da protecção do consumidor é fazer perder substância à matéria, pela secundarização de todas as outras questões específicas que comporta.

Por isso, o afastamento pelo Anteprojecto da orientação comunitária é grave. Não há estrutura que suporte que o Direito da Publicidade, como regulador autónomo duma importante actividade social, fique reduzido a um apêndice do Direito do Consumidor. A opção está errada. Uma coisa é proteger o consumidor em relação à publicidade, contra os excessos de que pode ser vítima, outra submeter toda a grande problemática do Direito da Publicidade ao esquema unilateral do Direito do Consumidor.

Isto tem ainda a consequência nociva de pôr em risco, por lhes tirar a base, os esforços tão promissores que têm sido feitos para enquadrar a matéria da publicidade na Teoria Geral do Direito. Esses esforços em nada estão ligados ao Direito do Consumidor. Se a publicidade é absorvida pelo Direito do Consumidor, os juristas passarão a interrogar-se sobre a validade dos pressupostos em que assentavam.

Podemos dar dois exemplos, entre outros possíveis:

– a querela do *dolus bonus*, que vai até à aceitabilidade da figura perante práticas promocionais que surgem como socialmente adequadas.

– a integração da mensagem publicitária no conteúdo dos negócios jurídicos.

Particularmente, esta última é uma grande questão. Não está dependente da protecção do consumidor. Há que examinar os pressupostos de semelhante integração, portanto da possibilidade de a outra parte se valer dos termos da mensagem publicitária. A questão não admite soluções simplistas e exige análise aprofundada²¹.

Note-se que o Anteprojecto não ignora esta matéria. Regula-a no art. 185, aliás de maneira mais aperfeiçoada até que a constante do art. 7/5 da Lei n.º 24/96 (Defesa dos Consumidores). Mas continuam a fazer-se sentir os efeitos negativos da confusão de um problema geral com a específica protecção do consumidor.

É verdade que o art. 185/1 refere de modo aparentemente geral “as informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias...”. Porém, logo no n.º 2 se prevêem os contratos que *o consumidor* venha a celebrar com o profissional... E de todo o modo a matéria emerge do direito à informação, que abre o capítulo (art. 182), e este é expressamente caracterizado como um direito do *consumidor*. A disciplina da matéria em termos de Teoria Geral não fica facilitada.

São questões gerais, solução fica agravada se a publicidade passar a ser considerada apenas pela óptica da protecção do consumidor.

13. Síntese

A análise realizada permitiu-nos concluir que, não obstante os seus méritos, o Anteprojecto incorre em pecados capitais.

No plano da orientação geral, é gravíssimo que o Código do Consumidor pretenda ser um Código universal, émulo do Código Civil. Passaria a ser a sede da disciplina de institutos gerais, como o direito real de habitação periódica, os direitos de

²¹ Cfr. sobre matéria o nosso *Direito Civil – Teoria Geral, II – Acções e Factos Jurídicos*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2003, n.º 167 III.

habitação turística, as agências de viagens e turismo, as cláusulas contratuais gerais e assim por diante. Isto não é a exaltação do *cives* – é a sua degradação porque, quaisquer que sejam os objectivos proteccionistas, a pessoa é degradada quando passa a ser encarada prioritariamente como consumidor.

Na matéria específica da publicidade, avulta acima de tudo outro pecado maior.

O Anteprojecto é inadmissivelmente redutor, quando reconduz integralmente (ou tenta fazê-lo) o Direito da Publicidade a Direito do Consumidor. Menospreza-se o essencial para se privilegiar o acidental.

A publicidade é uma actividade autónoma e de grande incidência social. Tem de ser antes de mais encarada e regulada por si, no que a caracteriza. O Anteprojecto, pelo contrário, toma como básica uma incidência lateral, por mais importante que seja; a repercussão sobre o consumidor. E é por esse prisma que regula toda a publicidade.

Vai na contramão da Comunidade Europeia, que pelo contrário separou radicalmente o Direito da Publicidade da protecção do consumidor. Esta ruptura acarreta as dificuldades que se adivinham, sem haver causa justificativa para nelas incorrer.

Não há razão para que a publicidade seja um sarmento do Direito do Consumidor, quando regula no seu núcleo matérias que nada têm que ver com a protecção do consumidor, como a publicidade comparativa. Tantos problemas específicos (como o estatuto da rotulagem, por mero exemplo) ficam assim secundarizados, sem nenhuma justificação para tal.

A publicidade deveria continuar a ser a base dum ramo ou sub-ramo autónomo do Direito, como tantos outros que têm surgido: seja o Direito do Ambiente, a Concorrência Desleal, o próprio Direito do Consumidor... Nada se ganha em empolar este último à custa da absorção doutros ramos que lhe são estranhos e não está por isso em condições de enquadrar devidamente.

O mais que poderia suceder seria integrar no Código do Consumidor as matérias relativas à protecção do consumidor perante a publicidade. Seria já um problema mais técnico e contingente, saber se ficariam melhor num Código do Consumidor ou num Código da Publicidade. Tem-se assistido aliás com frequência a deslocações de matérias mistas dum diploma para outro, sem que isso cause problemas de maior. É questão a examinar em concreto.

Mas o que nunca deveria acontecer seria a dissolução do Direito da Publicidade num Código do Consumidor. Não é em si matéria da índole do Direito do Consumidor, nem nos princípios, nem na tutela, nem na orgânica.

Há assim que repensar a posição do Anteprojecto. Quaisquer que sejam os seus méritos gerais – e não ocultámos as reservas que nos suscita – a opção tomada em matéria de publicidade é profundamente distorciva.

A Publicidade deve, a nosso Parecer, ser retirada do Código do Consumidor e manter a autonomia das suas fontes. Tal autonomia não criou dificuldades por si e corresponde à natureza da matéria regulada.

(Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão)