

Repositório ISCTE-IUL

Deposited in *Repositório ISCTE-IUL*:

2024-06-06

Deposited version:

Accepted Version

Peer-review status of attached file:

Peer-reviewed

Citation for published item:

Graça, P. (2023). Direitos do consumidor na era digital: O caso especial da publicidade à luz da autorregulação. In Anna Carolina Pinho (Ed.), *Manual de direito na era digital: Consumidor*. (pp. 67-106). Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco.

Further information on publisher's website:

<https://www.editorafoco.com.br/produto/manual-direito-digital-consumidor-2023>

Publisher's copyright statement:

This is the peer reviewed version of the following article: Graça, P. (2023). Direitos do consumidor na era digital: O caso especial da publicidade à luz da autorregulação. In Anna Carolina Pinho (Ed.), *Manual de direito na era digital: Consumidor*. (pp. 67-106). Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco.. This article may be used for non-commercial purposes in accordance with the Publisher's Terms and Conditions for self-archiving.

Use policy

Creative Commons CC BY 4.0

The full-text may be used and/or reproduced, and given to third parties in any format or medium, without prior permission or charge, for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes provided that:

- a full bibliographic reference is made to the original source
- a link is made to the metadata record in the Repository
- the full-text is not changed in any way

The full-text must not be sold in any format or medium without the formal permission of the copyright holders.

Direitos do Consumidor na era digital: o caso especial da publicidade à luz da auto - regulação

Por: **Pedro Quartin Graça**

Licenciado em Direito pela Universidade de Lisboa. *Suficiência Investigadora* (DEA) em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade da Extremadura. Mestre em Sociedades e Políticas Europeias e Doutor em Políticas Públicas pelo Instituto Universitário de Lisboa. Professor Auxiliar do ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa. Investigador do DINÂMIA’CET do ISCTE – IUL e do CIIMAR - Centro Interdisciplinar de Investigação Marinha e Ambiental da Universidade do Porto. Presidente da 1ª Secção e membro do Júri de Ética Publicitária do ICAP (atual ARP - Auto Regulação Publicitária) de 1995 a 2015.

1. Sobre o conceito de Auto-Regulação

A auto - regulação como figura relativamente desconhecida na sociedade portuguesa, que não à escala dos países mais desenvolvidos do planeta, tem vindo a receber por parte dos poderes públicos crescentes manifestações de confiança. Este fenómeno manifestou-se de forma notória nos últimos anos em todo o mundo, sendo particularmente visível na América do Norte e no continente europeu.

A este fenómeno não é alheia a crescente profissionalização e responsabilidade social de alguns agentes do mercado, desempenhando as empresas um papel especial neste campo, ultrapassados que estão os tempos em que o conceito de auto - regulação dizia respeito, quase em exclusivo, à capacidade que o mercado tinha mercado em encontrar o seu próprio equilíbrio, sem interferência por parte do Estado.

É, alias, no quadro das relações entre o Estado e a sociedade, em especial entre entre o Estado e o mercado, que podemos encontrar a distinção entre duas figuras: a regulação – actividade estatal tendente a garantir os equilíbrios do mercado – e a auto - regulação – entendida esta como a capacidade que o mercado tem em encontrar o seu próprio equilíbrio.

Datada já dos séculos XVIII e XIX, com a famosa teoria da “mão invisível”, através dela se deixava claro que o mercado, no âmbito da sua própria “racionalidade”, tinha já uma capacidade de auto - regulação que tornava desnecessária a atividade reguladora do Estado, podendo mesmo vir a ser prejudicado por esta última.

Utilizada amiúde no âmbito laboral, no quadro das relações entre os trabalhadores e os empresários, esteve bastas vezes ligada a uma outra figura, a da arbitragem, com a existência de órgãos arbitrais de conciliação, que praticavam precisamente a conciliação e a arbitragem, o que permitia acolher uma nova sistematização da regulamentação colectiva de trabalho.

Tanto num caso, como noutro, a utilização do termo auto - regulação implica que se conceba a sociedade como uma realidade distinta do Estado, considerando-se a mesma como uma alternativa à regulação estatal ou, mais modernamente, como figura complementar à acção do Estado.

A auto - regulação é assim ser entendida como um fenómeno que tem a sua origem na sociedade, não sendo pois estranho à mesma sociedade uma vez que nasceu com ela.

É, aliás, visível que todo o sistema ou subsistema social – família, ciência, igreja, cultura e técnica – nele se incluindo as organizações como os sindicatos, as empresas, as associações – se autoregulam de alguma forma, por mínima que seja.

De um outro ponto de vista, o jurídico, a auto – regulação define-se como uma forma através da qual se efectiva o relacionamento e a actuação entre os particulares e as organizações de carácter privado.

É no quadro das mudanças existentes nas últimas décadas, no relacionamento entre a auto - regulação social e a regulação estatal, e na existência de uma cada vez maior e mais intensa interpenetração entre o Estado e a sociedade,

que surgiu a crescente articulação jurídica entre a a auto - regulação social e a regulação estatal, que podemos designar por “auto - regulação regulada”.

Assim, a auto - regulação social abandonou as suas características de fenómeno estritamente privado, totalmente alheio ao Direito Administrativo, para se converter numa realidade que passa a influenciar de forma decisiva a actuações das Administrações Públicas. Assim, “auto – regulação” e “regulação estatal”, antes realidades distintas, são agora realidades próximas e com pontos de intersecção cada vez maiores.

Esta articulação existente na actualidade entre a auto - regulação e regulação estatal não é pois mais do que um modo de utilização instrumental da auto - regulação por parte dos poderes públicos os quais, debaixo de uma aparente ampliação da margem de actuação da sociedade, encobrem níveis de intervenção estatal historicamente desconhecidos.

É no âmbito deste quadro que sumariamente expusemos que podemos enquadrar a autodisciplina ou auto- regulação publicitária a qual se revela de crescente importância no que se refere ao fenómeno do consumo e à protecção dos direitos dos consumidores.

2. A auto – regulação e a publicidade

A comunicação que rodeia o fenómeno do consume não podia, evidentemente, ser alheia ao conceito de auto – regulação, à volta do qual se reúnem um conjunto de mecanismos e instrumentos relacionados com a atividade dos meios que repartem entre si o objectivo de garantir que a sua actuação se ajusta aos valores e normas da referida actividade.

E é neste âmbito que nos surge, devidamente enquadrada pelo Direito Comunitário, a auto - regulação ou autodisciplina da publicidade a qual se concretiza por intermédio de diferentes mecanismos e instrumentos, dentro dos quais desempenham particular importância os códigos deontológicos.

No caso particular da publicidade ou das comunicações comerciais, a eficácia e o próprio valor da publicidade como instrumento económico estão directamente relacionados com a imagem que dela têm os consumidores. Para poder realizar a sua função persuasiva e informativa, a publicidade necessita de desfrutar de um elevado grau de confiança e de credibilidade por daqueles mesmos consumidores dado que estes, uma vez que sejam enganados pela publicidade, não voltarão a comprar o mesmo produto ou a usar o mesmo serviço e os ofendidos provavelmente não chegarão sequer a fazê-lo.

Nestes termos, é do interesse de todos os agentes que participam na actividade publicitária, sejam eles anunciantes, agências de publicidade ou meios de comunicação social, proteger a liberdade de expressão comercial defendendo e promovendo a sua integridade.

A necessidade existência de elevados padrões éticos e de defesa do consumidor, desde cedo reconhecida como necessária pela actividade publicitária em toda a Europa Ocidental, e em muitos outros países, permitiu que o sector passasse a participar activamente na sua própria regulamentação naquilo que ficou reconhecido, em primeiro lugar como autodisciplina e, mais recentemente, como auto-regulação. Subjacente a este conceito estão princípios solidamente edificados: a publicidade deve ser legal, decente, honesta e verdadeira, elaborada com um sentido de responsabilidade social para com o consumidor e para com a sociedade e com o devido respeito pelas regras da concorrência leal.

Neste sentido, e para a concretização deste desiderato, a actividade publicitária aceita ser voluntariamente regida por regras ou princípios, aplicadas estas por organismos de autodisciplina criados para o efeito e financiados pela própria actividade publicitária. O objectivo é assegurar elevados padrões éticos na publicidade e, deste modo, manter a confiança do consumidor e a credibilidade perante este, para benefício de todos os envolvidos. Entidades como a inspiradora Câmara de Comércio Internacional, com o seu Código Internacional de Práticas Leais em Matéria de Publicidade, datado já de 1937, são disso exemplo.

A auto - regulação da publicidade é, assim, a resposta da indústria publicitária ao desafio de lidar com as questões que afectam as comunicações comerciais, sendo que a cooperação se substitui à legislação detalhada. Com a auto - regulação da publicidade, a indústria demonstra a sua capacidade para se auto - regular de forma responsável, mediante a promoção activa dos mais elevados padrões éticos nas comunicações comerciais e a salvaguarda dos interesses dos consumidores. Assim, as organizações de auto - regulação nacionais, com o apoio efectivo dos agentes que constituem a indústria, são responsáveis pela administração dos respectivos sistemas de auto-regulação e pela aplicação de códigos nacionais de boas práticas publicitárias - baseados nos códigos da Câmara de Comércio Internacional (CCI) para que os anúncios que não correspondam aos referidos padrões sejam rapidamente corrigidos ou retirados.

Em termos europeus, a *European Advertising Standards Alliance* (EASA), criada em 1992, é a única voz da indústria publicitária na Europa para a auto-regulação da publicidade e actua como polo europeu de coordenação dos organismos e sistemas de auto-regulação da publicidade da Europa. Todos estes sistemas contêm dois elementos essenciais: um conjunto de regras (códigos) e um procedimento para tratamento das reclamações apresentadas relativamente a um determinado anúncio.

Os códigos a que aludimos são elaborados pela indústria publicitária, incluindo anunciantes, agências e meios de comunicação. A aplicação dos códigos e a gestão dos sistemas são feitas a nível nacional e competem aos organismos de auto-regulação independentes.

A auto-regulação constitui-se pois, e em suma, como um complemento essencial da legislação nacional que rege a publicidade. Tem um papel fundamental na maximização da confiança do consumidor na publicidade e tem demonstrado ser o melhor método para responder, de forma célere, eficiente e eficaz, às preocupações dos consumidores relativamente à publicidade. Serve, também, para o exercício de um papel importante na educação da indústria publicitária e na prevenção de infracções aos códigos, que permita a manutenção da confiança do consumidor na publicidade, dando uma resposta célere e eficiente

às suas preocupações. O sistema de auto-regulação facilita a protecção do consumidor, proporcionando-lhe uma via para expressar a sua opinião directamente à indústria publicitária e ao anunciante. Permite-se, assim, às marcas competirem a um nível benéfico para o consumidor, funcionando esta figura tanto melhor quanto inserida num enquadramento legislativo, que defina princípios gerais e actue como último recurso em casos onde todas as outras possibilidades tenham falhado.

No caso de Portugal a auto - regulação actualmente existente em Portugal no domínio da publicidade traduziu-se no surgimento do ICAP (actual Auto Regulação Publicitária), um verdadeiro exemplo de um caso de sucesso desta figura ao longo dos anos.

A actuação do ICAP, a actual ARP, permitiu retirar da esfera dos tribunais centenas de processos e resolve-los em tempo útil.

Para a actuação da ARP muito contribuiu a relevante a jurisprudência que tem sido emanada do Júri de Ética Publicitária do mesmo organismo, já para não falar dos vários textos que foram criados no âmbito de outras instituições e que infra se referem, a título de exemplo: o Código das Boas Práticas Publicitárias da CIC (1997); o Código de Boas Práticas de Patrocínios da CIC (1996); as Linhas orientadoras para o marketing e publicidade na Internet da CIC; o Código de Boas Práticas Publicitárias da APAP; o Código de Ética e Boas Práticas da AMD e o Código de Autodisciplina na Comunicação Comercial das Bebidas Alcoólicas e o Código de Boas Práticas na Comunicação Comercial para Menores.

A Auto-Regulação Publicitária rege-se pelo aludido Código de Conduta, objeto de atualização frequente, cujos fundamentos e princípios normativos são inspirados no acima referido Código Consolidado da Câmara de Comércio Internacional, traduzindo-se este num conjunto de normas éticas e jurídicas, que vem gerindo toda a atividade do sector publicitário, por via da adesão voluntária da maioria dos representantes do mercado, ou seja, os anunciantes, as agências e os meios. São precisamente as suas normas éticas e jurídicas que se vão

estabelecendo progressivamente enquanto referência de um padrão de conduta responsável, honesto e transparente e meio de “disciplina concebida com elevado sentido de responsabilidade social e observadora das regras de leal concorrência, dos princípios da legalidade, decência, honestidade e veracidade”.

De acordo com Ana Luísa Geraldes¹, “A Auto-regulação constitui assim, no seu entender, (...) “uma mais-valia no âmbito da comunicação a que se destina e contribui para a defesa dos direitos e interesses da sociedade civil, bem como dos direitos dos consumidores, estando, pois, ao dispor de qualquer entidade, seja pública ou privada, incluindo particulares” e (...) tem contribuído não só para a regularização do sector, mas também para o não incremento de ações judiciais desta natureza”, devendo, afirma: “ser incrementada pois autodisciplina o sector e contribui para a diminuição de eventuais ilícitos publicitários, enquanto sistema precursor e ativo na defesa dos princípios ético-deontológicos da comunicação e atividade publicitárias, com os consequentes benefícios daí decorrentes para a sociedade e proteção dos direitos dos cidadãos, em especial dos consumidores.”

São precisamente esses princípios interpretados pelo Júri de Ética da ARP que importa pois cotejar, pela sua relevância jurídica e, a par, por aquilo que representam em sede de protecção dos consumidores, sendo que os exemplos apresentados são apenas algumas de entre as múltiplas decisões que foram tomadas nos últimos sete anos no âmbito da auto - regulação da publicidade em Portugal, no quadro da ARP - Auto Regulação Publicitária. Estas abrangem exemplos de participações feitas, quer por sociedades comerciais ou seja, pessoas colectivas, quer por consumidores individuais, os quais são, de um ponto de vista de classificação jurídica, considerados como pessoas singulares.

¹ Geraldes, Ana Luísa, A importância da auto-regulação na comunicação comercial, in <https://auto-regulacaopublicitaria.pt/importancia-da-auto-regulacao-na-comunicacao-comercial/>, capturado em 7.11.2021.

3. A jurisprudência do Júri de Ética do ICAP/ARP

3.1. Publicidade da “Casa Sapo®”

No âmbito do Processo n.º 10J/2016, de 31.08.2016, da Segunda Secção do Júri de Ética do ICAP a FIXEADS-SERVIÇOS DE INTERNET, S.A. veio, junto do mesmo Júri de Ética apresentar queixa contra JANELA DIGITAL, INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES S.A relativamente a comunicação comercial ao portal imobiliário “Casa Sapo®”, promovida pela última nos suportes Internet e Indoor -, por alegada violação dos artigos 5.º, 7.º, 9.º e 12.º do Código de Conduta do ICAP, 10.º e 11.º do Código da Publicidade - o último, com a redação introduzida pelo artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 -, bem como do preâmbulo do artigo 317.º do Código da Propriedade Industrial.

No que refere aos factos, a Janela Digital é responsável pelo portal imobiliário Casa Sapo®, acessível através do nome de domínio <https://casa.sapo.pt/>, e pelos conteúdos publicitários que são lá colocados. Neste portal (sítio de Internet), a requerida faz a seguinte afirmação publicitária junto à marca “Casa Sapo®”: «Portal Nacional de Imobiliário Nº 1». Na página publicitária do Facebook do mesmo Casa Sapo® destaca-se, igualmente, essa mensagem, tanto na fotografia de capa como na descrição daquela constante. Também, na conferência da Keller Williams Portugal, “Family Reunion” que ocorreu em Abril de 2016 - a Janela Digital apresentou, através de suporte indoor - o Portal Casa Sapo como o «Portal Nacional de Imobiliário Nº1». Tal alegação publicitária encontra-se associada ao disclaimer «Garantia da Netscope/Markttest».

Em sede de alegações publicitárias ou claims, considerando a totalidade da comunicação comercial ao portal “Casa Sapo” divulgada nos suportes Internet e indoor, da responsabilidade da JANELA DIGITAL, resulta da análise das peças processuais e dos documentos juntos pelas Partes, serem as seguintes, as alegações publicitárias ou claims objecto da questão controvertida:

- (i) «Portal Nacional de Imobiliário Nº 1»;
- (ii) «Garantia da Netscope/Markttest».

Em matéria de alegações das Partes considera a FIXEADS, em sede de petição, que a campanha publicitária da responsabilidade da JANELA DIGITAL - por virtude do claim de superioridade da mesma constante, associado à garantia de um alegado estudo científico - ofende os normativos éticos em vigor em matéria de princípios da veracidade, da honestidade e da livre e leal concorrência nas comunicações comerciais concluindo, em síntese, que "...para satisfazer as exigências prescritas pelos artigos 5.º, 7.º, 9.º e 12.º do Código de Conduta do ICAP, pelos artigos 10.º e 11.º do Código da Publicidade, pelo artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 e pelo preâmbulo do artigo 317.º do Código da Propriedade Industrial, e portanto, para a Janela Digital poder afirmar que o portal "Casa Sapo®" é o «portal imobiliário nº 1», a requerida teria de demonstrar que o seu portal tem, efectivamente, mais utilizadores únicos ou um maior número de páginas visitadas ou mais tempo de acesso que os portais de imobiliário concorrentes, o que falha em fazer."

Contestando a denúncia da FIXEADS, vem a JANELA DIGITAL defender a ética e a legalidade subjacentes à sua comunicação comercial considerando demonstrar que as afirmações constantes do anúncio submetidas à apreciação do Júri são verdadeiras e legítimas e que resulta também evidente que a publicidade em causa não é susceptível de induzir o consumidor em erro, tendo comprovado "...a sua veracidade, de acordo com os resultados fornecidos pelo Ranking Netscope, quais os critérios que nele são respeitados, bem diferentes daqueles que são indicados pela queixosa, que é emitido em regra mensalmente, e passível de ser confirmado por simples consulta."

O Júri, analisados os documentos em suporte digital juntos aos autos com a queixa e com a contestação, concluiu que a comunicação comercial decorrente dos claims elencados consubstancia uma prática de publicidade de tom exclusivo, na medida em que afirma uma posição de proeminência do portal "Casa Sapo" relativamente aos restantes concorrentes, no que concerne a todos os parâmetros passíveis de serem abarcados pela expressão "N.º 1", na mente do destinatário da publicidade, entendido este de acordo com a aceção que tem sido amplamente divulgada pela jurisprudência do JE.

Com efeito, em coerência com decisões anteriores, continua o Júri a sustentar que, quanto a tal definição, se deve aceitar a jurisprudência comunitária do Tribunal de Justiça sobre o quadro de interpretação da Directiva 84/50/CEE consignada no Acórdão proferido no Processo C-220/98, no qual se declarou que “para se determinar se uma denominação, marca ou indicação publicitária é ou não enganosa, se deve ter em conta a presumível expectativa de um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido (v.g. Acórdão de 16 de Julho de 1988, Gut Springenheide e Tusky, C-210/96, Colec., p I-4657, n.º 31)”.

Por seu turno, a publicidade de tom exclusivo constitui uma modalidade de publicidade que a doutrina estrangeira (maxime a alemã e a espanhola) tem definido como aquela através da qual “o anunciante pretende excluir da posição que ocupa os restantes concorrentes (...) alcançando uma posição superior à dos seus rivais” (vd. Carlos Lema Devesa in “La Publicidad de Tono Excluyente”, Editorial Moncorvo, 1980), limitando-se “a realçar a sua posição de proeminência sem fazer nenhuma referência directa aos seus concorrentes.” (vd. Anxo Tato Plaza in “La Publicidad Comparativa”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1996, p.50).

Ora, não restam dúvidas ao Júri de Ética que, quem afirma que o “Casa Sapo” é o “Portal Nacional de Imobiliário Nº 1”, reforçando a afirmação por conjugação com o disclaimer “Garantia da Netscope/Marktest” - através dos suportes Internet e indoor -, está a afirmar que o seu serviço é superior aos da mesma concorrência, seja esta suscetível de ser identificada na totalidade pelo chamado consumidor médio, ou não.

Tal originará, de forma implícita, a negação de que as prestações dos concorrentes gozam das qualidades ou características associadas aos claim e disclaimer que ficaram referidos. O efeito principal deste tipo de publicidade não consiste, pois, no efeito comparativo, que tem carácter acessório – o qual, in casu, não se verifica, atenta a extensão do mercado em causa - mas sim, na afirmação peremptória de uma posição de proeminência no mesmo mercado, posição essa não alcançada pelos restantes concorrentes em geral.

A propósito, sustenta a requerida na sua contestação que a FIXEADS força a “...Janela Digital a pressupor que a queixa é fundada quer na alegada falta de veracidade da afirmação, quer quanto ao uso de publicidade comparativa/superlativa” referindo ainda que, “Quanto a este último aspeto, entende-se que não havendo qualquer comparação entre produtos ou géneros, quando muito haveria uma menção de superioridade relativamente à concorrência, o que não permitiria a sua qualificação como comparativa mas apenas como superlativa”.

Não pode o Júri deixar de chamar a atenção para as incorreções vertidas em tais articulados, quanto ao regime jurídico em matéria de publicidade comparativa estabelecido no artigo 16.º do Código da Publicidade.

Com efeito, o caso vertente não traduz uma prática de publicidade comparativa.

A razão de tal, ao contrário do alegado pela requerida, não se funda no facto de não ocorrer “qualquer comparação entre produtos ou géneros” mas sim, em razão de estar ora em causa um mercado demasiado vasto, para que o consumidor médio, razoavelmente atento, esclarecido e informado possa representar na sua mente toda a concorrência. Aliás, poucos serão os mercados suficientemente exíguos para que tal se revele possível. Logo, por este motivo e outros, raramente a publicidade de tom exclusivo é, simultaneamente, comparativa.

Esclarecida esta questão, quer o JE manifestar a sua plena concordância com o alegado em sede de contestação pela JANELA DIGITAL no sentido de que “A expressão “Portal Nacional de Imobiliário N°1” é desde logo ambivalente...”, ambivalência essa, no entender do Júri, insuscetível de ser esgotada nos entendimentos pretendidos pela requerida:

- (i) “pioneirismo de mercado”;
- (ii) “...primeira a fornecer um canal online para o mercado imobiliário”;
- (iii) portal imobiliário nacional com “...mais utilizadores únicos ou uma maioria de número de páginas visitadas ou mais tempo de acesso, a partir de um

universo de 1000 utilizadores a partir de casa, porque esses são os critérios do Netpanel...”;

- (iv) “...site da área com maior certificação de tráfego de acordo com os critérios de medição do tráfego da Internet”;

- (v) “...site da área do imobiliário com maior acesso, a partir de qualquer equipamento, ou de qualquer local, em qualquer hora do dia, ou a partir de qualquer ponto do planeta”;

Ou, de acordo com os entendimentos retirados pela requerente, na sua queixa:

- (vi) “Casa Sapo®” está em primeiro lugar, “à frente” de todos os outros, induzindo, desse modo, os consumidores à ideia de que o “Casa Sapo®” é a melhor plataforma” (...) porque “... tem mais utilizadores únicos;

- (vii) “Casa Sapo®” está em primeiro lugar, “à frente” de todos os outros, induzindo, desse modo, os consumidores à ideia de que o “Casa Sapo®” é a melhor plataforma” (...) porque “... tem mais visitas...”;

- (viii) “Casa Sapo®” está em primeiro lugar, “à frente” de todos os outros, induzindo, desse modo, os consumidores à ideia de que o “Casa Sapo®” é o (...) que tem o maior tempo de acesso”;

Acrescenta o Júri um outro entendimento de proeminência no mercado, por parte daquele consumidor médio, quiçá, muito mais provável que os oito anteriores, já que o conjunto de destinatários da comunicação em apreço é muito mais vasto do que o do mero target ou público-alvo composto pelos prestadores de serviços imobiliários:

- (ix) “Casa Sapo®”, o portal imobiliário nacional que possibilita a compra e venda mais vantajosa de bens imobiliários;

“proeminência” esta que, no entender do Júri, não se apura com base no estabelecimento de uma proporção direta decorrente do número de visualizações.

Com efeito, colocado perante os claims “Casa Sapo, Portal Nacional de Imobiliário Nº 1”, e “Garantia da Netscope/Markttest”, o consumidor médio (destinatário da publicidade) poderá perceber, de forma imediata, alguma das nove mensagens que ficaram referidas. Pelo menos...Essa, a “ambivalência”

que a JANELA DIGITAL não tem em linha de conta na sua contestação. Na realidade, no que concerne à legitimidade das práticas de publicidade de tom exclusivo, não é relevante o que o anunciante pretende, ao contrário do por aquela alegado, designadamente, a art.º 47. O que é curial, é o entendimento que o destinatário retira de expressões características, como a expressão “N.º 1”, entendimento esse desejado, ou não, por parte do mesmo anunciante. Não obstante, quere-se que seja o desejado.

Ora, na ausência de especificação do que deve ser entendido por “N.º 1”, (como é o caso da comunicação comercial colocada em crise), o consumidor médio, razoavelmente esclarecido, atento e informado entenderá – consoante o género de bens, produtos ou serviços que estiverem em causa – “N.º 1 em vendas”, “N.º 1 em eficácia”, “N.º 1 em qualidade” ou “N.º 1 em oportunidades de negócio”, entre outras perceções possíveis e, sendo a primeira, a mais comum.

Mais, na aludida ausência de especificação de parâmetros, terá um, e apenas um entendimento imediato e instintivo e não, nove, ou mais, isolados ou conjugados! E, muito menos, como parece pretender a requerida, o entendimento deverá surgir após consulta de estudos on-line, o que traduz uma óbvia contradição de termos, bem como uma ilegalidade face ao disposto no artigo 9.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-lei 57/2008. Com efeito, espaço para especificações sobre elementos essenciais para a compreensão correta de uma mensagem publicitária, não é algo que falte nos suportes internet e indoor, este último, usado em conferência.

Acresce que, no caso objeto dos autos, tal consumidor médio certamente não entenderá o seguinte “significado”; “Casa Sapó, Portal Nacional de Imobiliário N.º 1” por mais utilizadores únicos ou uma maioria de número de páginas visitadas ou mais tempo de acesso, a partir de um universo de 1000 utilizadores a partir de casa, com “Garantia da Netscope/Markttest”, a qual tem como base um ranking no qual consta, apenas, um portal de imobiliário”.

Como, decerto, a JANELA DIGITAL acreditará.

De facto, o disclaimer “Garantia da Netscope/Markttest”, não é de molde a “garantir” e comprovar a veracidade de mais de nove entendimentos possíveis, ou mais, sobre o real alcance da expressão “N.º 1” porquanto analisados os documentos juntos à contestação, constata o Júri serem os mesmos inaptos a comprovar a veracidade de tal inconveniente panóplia. O que tal disclaimer origina, é uma mais grave prática de publicidade enganosa a qual, desse modo, deixa de abarcar somente uma omissão de informação ao consumidor, para passar a consubstanciar, igualmente, uma desconformidade com o disposto no artigo 10.º, n.º 1 do Código de Conduta do ICAP, no qual se dispõe que: “A Comunicação Comercial não deve fazer uso indevido de resultados de pesquisa ou citações de obras técnicas ou científicas”.

Aliás, ainda que o único entendimento possível por parte do consumidor médio fosse o pretendido pela requerida (sem prejuízo das contradições entre o referido de art.ºs 3 a 7 da contestação e de 8 a 49, quanto à pretensão), o que o Júri não concede, sempre restaria considerar que o significado de “proeminência” decorrente da expressão “N.º 1”, teria que ser comprovado através de um estudo em que universo e amostra fossem consentâneos com o que é perceptível pelo destinatário da comunicação comercial. Com efeito, “N.º 1”, implica a existência de outros... E, não só, dos que partilham o topo de qualquer mercado, ao jeito de oligopólio. Obriga, necessariamente, a uma distinção entre o “N.º 1” e os demais. Estes, representativos e distintos... Ora, “distinguir”, do latim *distinguere* significa, “diferenciar; separar; discriminar; divisar; (...) tornar notável; notar diferenças; preferir; dar distinção; salientar-se; diferenciar-se” (cit. Augusto Moreno in Dicionário Complementar da Língua Portuguesa, Editora Educação Nacional, 7.ª Ed., Porto, 1961) não confundir; diferenciar. Separar; estabelecer diferença. Fazer distinção.” (cit. José Pedro Machado in Dicionário da Língua Portuguesa, Edições Dom Quixote, 2000).

Na realidade, se existe apenas um determinado ranking, este não pode ser considerado o “N.º 1 do mercado”.

No que se refere à alegada prática de publicidade enganosa e ofensiva do princípio da livre e leal concorrência, dispõe-se no artigo 4.º, n.º 1 do Código de

Conduta do ICAP, sob a epígrafe “Princípios Fundamentais” que, “Todas as comunicações comerciais devem ser legais, decentes, honestas e verdadeiras” (negrito e sublinhado do JE) sendo que, de acordo com o artigo 5.º do mesmo Código, as mesmas devem “...respeitar os valores, direitos e princípios reconhecidos na Constituição e na restante legislação aplicável”.

Ora, foi entendido quer pelo legislador português, quer pela União Europeia (cfr. Directivas 84/450/CEE e 97/55/CE) que, como norma de instrução em matéria de observância do princípio da veracidade, se devia instituir uma regra de direito probatório (cfr. actual n.º 3 do artigo 11.º do Código da Publicidade) nos termos da qual se presumem inexactos os dados referidos pelo anunciante na falta de apresentação de provas ou na insuficiência das mesmas, no que, aliás, o articulado dos artigos 4.º, 5.º e 12.º do Código de Conduta do ICAP se encontram em consonância, pelo que impende sobre a JANELA DIGITAL, o ónus da prova das alegações publicitárias em lide.

Com efeito, nos termos do referido artigo 12.º, “As descrições, alegações ou ilustrações relativas a factos verificáveis de uma comunicação comercial, devem ser susceptíveis de comprovação” (1) e “Esta comprovação deve estar disponível de maneira que a prova possa ser prontamente apresentada por mera solicitação do ICAP”. (2).

Assim sendo, e em conformidade com o que se expendeu no ponto anterior, conclui o Júri que a comunicação comercial da responsabilidade da JANELA DIGITAL se encontra em desconformidade com o quadro ético legal em matéria de princípios da veracidade e de livre e leal concorrência.

De facto, ponderado o teor dos documentos juntos à contestação, de par com as alegações da requerida em sede da mesma, constitui posição do JE que a JANELA DIGITAL não juntou aos autos comprovação da superioridade absoluta ínsita aos claim “Casa Sapo, Portal Nacional de Imobiliário Nº 1”, como ofendeu o princípio da veracidade, associando-lhe o disclaimer “Garantia da Netscope/Marktest”.

Atento o supra exposto deliberou a Segunda Secção do Júri de Ética do ICAP no sentido de que a comunicação comercial da responsabilidade da JANELA DIGITAL - veiculada nos suportes Internet e indoor se encontra desconforme com os artigos 4.º, n.º 1, 5.º, 7.º, n.ºs 1 e 2, 9.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), 10.º, n.º 1 e 12.º do Código de Conduta do ICAP, 10.º e 11.º do Código da Publicidade este, com a redação introduzida pelos artigos 4.º, 6.º, alínea b) e 9.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de Março, pelo que a sua divulgação deverá cessar de imediato e não deverá ser reposta - quer na sua totalidade, quer em termos parciais, seja em que suporte for - caso se mantenham os tipos de ilícito apurado pelo JE.

3.2. Publicidade da “NOS”

No âmbito do Processo n.º 3J/2019, de 31.10.2019, da Primeira Secção do Júri de Ética do ARP a MEO – Comunicações e Multimédia, S.A. (MEO/Altice Portugal), requerente, veio apresentar queixa junto do Júri de Ética (JE) Publicitária da ARP – ASSOCIAÇÃO DA AUTO REGULAÇÃO PUBLICITÁRIA contra a NOS Comunicações, S.A. (NOS), requerida, relativamente à campanha publicitária da empresa referente a um tarifário móvel, no qual esta promove “a 5ª geração de internet móvel”, “sem limites de dados, chamadas e SMS”, por violação dos princípios da honestidade e veracidade, nos termos dos art.ºs 7.º e 9.º do Código de Conduta da Auto-Regulação Publicitária (“ARP”) e do art.º 10.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro (Código da Publicidade) e por considerar que a mesma constitui publicidade enganosa e como tal ilícita, nos termos do mesmo art.º 11.º, do art.º 7º do Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de Março e do n.º1 do art.º 5.º do Código de Conduta da ARP.

Entende a requerente que a campanha publicitária da empresa NOS relativa a um tarifário móvel, no qual esta promove “a 5ª geração de internet móvel”, “sem limites de dados, chamadas e SMS”, suportada no vídeo publicitário, sob o nome “NOS Apresenta | Uma geração sem limites” (constante do link <https://youtu.be/eYw0ICRoXbA> e <https://www.facebook.com/nosportugal/videos/nos-apresenta-uma-gera%C3%A7%C3%A3o-sem-limites/246817839571889/>), “induz o consumidor

em erro quanto às características da tecnologia utilizada, e que pode levar o consumidor a acreditar que a NOS lhe irá fornecer, no âmbito do tarifário anunciado, as velocidades e valências da tecnologia 5G, o que não corresponde à realidade.” Para além do vídeo publicitário, a requerente traz à colação a comunicação comercial apresentada na página inicial do site da NOS, no endereço <https://www.nos.pt/particulares/Pages/rede-movel.aspx>, em que a tecnologia 5G é colocada em destaque e acompanhada da alegação publicitária “Chegou uma nova geração de rede móvel pronta para o 5G”. A requerente refere que a disponibilização de 5G “se revela presentemente impossível do ponto de vista técnico, pois nem sequer são ainda conhecidas as condições e os timings em que serão atribuídos os direitos de utilização de frequências para o 5G, pelo que a NOS não pode, efetivamente, estar já a explorar esta tecnologia.”

A requerente considera, assim, que a comunicação comercial da requerida tenta tirar proveito de falta de conhecimento ou experiência dos consumidores que desconhecem a presente inexistência de rede 5G, devendo tal procedimento ser inibido.

Notificada para o efeito, a requerida apresentou contestação, alegando que “em momento algum a NOS incentiva ou induz o consumidor a subscrever um tarifário que assenta na rede móvel 5G” e que a “campanha publicitária da NOS realça apenas as características de um tarifário de comunicações móveis destinado a um segmento (“geração”) de consumidores que privilegiam uma experiência plena e sem constrangimentos”, acrescentando que “os consumidores podem disfrutar, desde já, dessa utilização sem limites, sendo que tal experiência será exponencial logo que a rede móvel 5G for disponibilizada de forma generalizada em todo o território nacional.”.

A requerida considera, igualmente, que a campanha “não induz o consumidor em erro quanto às características da tecnologia e da rede móvel utilizada”, limitando-se a “evidenciar as características do tarifário de comunicações móveis que está ser publicitado e não a tecnologia em que assenta, uma vez que o consumidor poderá usufruir dos benefícios de tal tarifário (sem limite de dados e de velocidade) seja qual for a tecnologia móvel utilizada, incluindo a rede móvel

5G (para a qual o tarifário já está preparado).” Refuta, também, que a campanha configure uma prática comercial desleal, de acordo com a tipificação do n.º 1 do art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 6 de março, alegando que a requerente não concretiza nenhum dos elementos descritos nas alíneas que integram aquela disposição legal. Considera, assim, que a campanha publicitária “não desrespeita a verdade, nem deforma factos”, não pondo em causa o princípio da veracidade, nos termos do art.º 10.º do Código da Publicidade e do art.º 9.º do Código de Conduta da ARP, nem o princípio da honestidade, contraditando a afirmação constante do ponto 5 da queixa apresentada pela requerente quanto à impossibilidade técnica atual de disponibilização de 5G, que considera ser desmentida pela realidade e pelas diversas iniciativas que têm vindo a ser desenvolvidas quer por fabricantes, quer por operadores de comunicações tendo em vista a implementação da rede móvel 5G.

Conclui a requerida que “o anúncio em apreço não é enganoso, nem viola qualquer norma do Código da Publicidade, nem do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e outras Formas de Comunicação Comercial”, requerendo a improcedência da queixa por não provada.

De um ponto de vista ético - legal entendeu o JE que “Valerá a pena, primeiramente, analisar o vídeo em que assenta a campanha publicitária junto aos autos pela requerente. O filme inicia-se com o texto “NOS apresenta”, seguido mais à frente da alegação “Uma geração sem limites”, enquanto se sucedem uma série de imagens que retratam diferentes – e atuais - utilizações das comunicações, de uma forma negativa e associada a uma não satisfação, sob a égide da pressa, da necessidade de ser mais rápido, acompanhado por frases que traduzem esse estímulo “não consigo terminar”, “este estado de ansiedade”, “para não chegar tarde”, finalizando com “porque até aqui eu só”, frase que marca o ponto de viragem da “história” que se desenvolve agora em momentos de satisfação e com uma sucessão de imagens ilustrativas da utilização da denominada “internet das coisas”, acompanhadas pelo conhecido refrão “porque eu só quero quem, quem eu nunca vi, porque eu só quero quem, quem não conheci”, refrão que apela ao desconhecido e à novidade. Termina

com o claim: “Chegou a nova rede móvel para uma nova geração sem limites. Sem limites de velocidades, de dados e pronta para o 5G. Uma nova geração de rede móvel para uma geração que quer ir mais além. Nós (NOS) fomos viver juntos.”.

Ora, é fácil perceber que a mensagem que o anúncio pretende transmitir é a de mudança, mudança de paradigma na utilização das comunicações associadas ao serviço que apresenta. A mudança visível na comunicação comercial não é associada à isenção de limites de velocidades ou dados mas numa nova utilização do serviço, ligada às potencialidades que a futura disponibilização da rede 5G irá permitir ao utilizador e, em especial, ao nível da “internet das coisas”. Não acompanha, assim, o Júri a requerida na apreciação da mensagem veiculada, cujo core é estar preparada para o 5G. Note-se que a palavra tarifário não é referida ao longo do vídeo.

Assim, a questão fundamental a dirimir é se a comunicação comercial da requerida, tal como apresentada, é ou não suscetível de induzir em erro o consumidor, ou, conforme coloca a requerente, se a campanha é suscetível de pôr em causa os direitos dos consumidores, tentando tirar proveito de falta de conhecimento ou experiência dos consumidores que desconhecem a, presente, inexistência de rede 5G, desrespeitando, assim, o disposto no artigo 7.º e 9.º do Código de Conduta da ARP.

O processo de atribuição das licenças relevantes para o 5G encontra-se a decorrer, sendo previsível o seu termo em meados de 2020. A disponibilização da rede 5G tem sido efetivada em outros países, é anunciada em Portugal como eminente, facto que entende este JE ser relevante e que evidencia que o consumidor está à espera da tecnologia, existindo um conhecimento geral da sua eminência, ou seja, de que a tecnologia estará disponível em breve. E é neste contexto que o JE não pode deixar de entender que a campanha publicitária da NOS é, efetivamente, suscetível de induzir o consumidor em erro e de o levar a acreditar que a Requerida está a anunciar a disponibilização imediata desta rede, associada a um serviço sem limites de velocidade e dados. Várias alegações publicitárias apontam o consumidor para esse sentido,

apelando para a atualidade da disponibilização. É disso exemplo o claim “Chegou a nova rede móvel para uma nova geração sem limites”, entendendo-se que a mensagem deveria ser clara quanto ao caráter futuro e incerto dessa disponibilização, sendo que tal limitação não se infere do claim “pronta para o 5G”.

Assim, e ao contrário do invocado pela requerida, entende-se que a campanha publicitária, tal como é apresentada, enquadra-se nas práticas tipificadas no n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, porquanto contém informação que pela sua apresentação geral, induz ou é suscetível de induzir em erro relativamente à natureza do serviço oferecido – rede 5G versus tarifário ilimitado sem 5G -, conforme alínea a) do supracitado número, bem como à sua disponibilidade – agora ou num futuro próximo -, conforme alínea b) do mesmo número.

Também contrariamente à pretensão e entendimento da requerida, que considera a comunicação comercial legitimada pela preparação e iminência de disponibilização da tecnologia ao consumidor, o JE considera ser esta iminência de disponibilização da rede 5G o fator que mais releva para que o consumidor possa ser levado a acreditar que o serviço publicitado irá permitir a sua utilização, considerando, assim, a campanha publicitária enganosa.

Atento o acima exposto, delibera a Primeira Secção do Júri de Ética da ARP no sentido de que a comunicação comercial da responsabilidade da requerida, relativa à campanha publicitária identificada por “NOS Apresenta | Uma geração sem limites”, ofende o disposto no art.º 7.º, nos n.º 1 e 2, da alínea a) do art.º 9.º do Código de Conduta da ARP e nos art.ºs 10.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro (Código da Publicidade), constituindo igualmente uma prática comercial enganosa, nos termos do art.º 7.º do Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de Março, pelo que a sua divulgação deverá cessar de imediato e não deverá ser repostada, seja em que suporte for.

3.3. Publicidade da “Solinca”

No âmbito do Processo n.º 5J/2020, de 26.02.2020, da Primeira Secção do Júri de Ética do ICAP, a consumidora individual BIANCA MONTECCHI MALDONADO veio apresentar queixa contra SOLINCA – Health and Fitness, S.A., requerida, porquanto, “A rede de ginásio Solinca está a fazer uma promoção sem apresentar as condições de forma clara, que induz o consumidor ao erro. A promoção diz que fazer contrato com a rede, não tem fidelização e ainda ganha 5 euros por semana no cartão Continente. Enviei email para saber as condições, não me foi enviado. Pessoalmente, dizem que tem fidelização. Reclamei e disseram que analisariam o caso, enviaram um SMS a dizer o mesmo (sem fidelização), fui novamente ao ginásio e esclareceram que a condição é ter contrato restrito a horário específico”.

Considerando que tal comunicação publicitária viola:

O “Artigo 4 Princípios Fundamentais

Artigo 7 Honestidade

Artigo D2 - Clareza da Oferta e das condições”

Clarificando que a publicidade viola as normas éticas e/ou a lei porque “A empresa não envia ou esclarece as condições da promoção em nenhum lugar o que conduz o consumidor ao erro de acreditar que o contrato será feito sem fidelização. Apenas se questionar pessoalmente é que explicam a condição especial para aproveitar a promoção.”

Identifica a requerente os suportes onde a campanha é veiculada, como “Internet” e “Fatura do Continente” e procede à junção dos documentos que se identificam como: “Propaganda no facebook”, “Mensagem trocada no facebook”, “SMS enviado Página do Facebook”, “Fatura do Continente 27 01 2020” e “Email de resposta - saiba mais”

Notificada para o efeito, a requerida apresentou contestação e refuta as imputações que lhe são feitas pela requerente considerando não poder “aceitar o teor da reclamação apresentada e contra si dirigida, nem que se diga que a publicidade por si realizada é, pouco clara, desonesta ou, de alguma forma, confusa, nem aceita a veracidade da factualidade subjacente ao teor da reclamação.”.

Em sua defesa alega que “nos diversos meios utilizados (...) para promoção da supra descrita modalidade de inscrição se faz expressa referência ao local onde todas as condições da campanha poderiam ser consultadas, isto é, no website da Reclamada, como, em cada um dos clubes onde os potenciais interessados se teriam que dirigir para formalizar a sua inscrição, existiam, no balcão da recepção, folhetos com o descritivo de todas as condições da campanha, iguais ao agora junto aos autos.”.

Mais acrescenta que os seus trabalhadores, nas referidas recepções, estavam devidamente habilitados a prestar todos os esclarecimentos sobre as modalidades de inscrição, com e sem fidelização, e da campanha em vigor, juntando para o efeito um flyer com a sobredita campanha, que afirma terem sido também distribuídos “junto de milhares de pessoas”, refutando assim a alegação da requerente de que “a empresa não envia ou esclarece as condições da promoção”.

Entende a requerida “que, é absolutamente falso o que alega a Reclamante, designadamente, quando dá a entender que se anuncia uma modalidade de inscrição sem fidelização e que, depois, na prática, existe fidelização.”, porquanto existe uma modalidade de inscrição sem fidelização, “em horário parcial, permitindo a frequência do Clube entre as 7h e as 17h.”.

A requerida refere ainda, que “a publicidade em questão anunciava a criação de uma nova modalidade de inscrição nos clubes da Reclamada, indicava também onde poderiam ser consultadas as condições essenciais dessa mesma modalidade.”, considerando que a “publicação no Facebook, num outdoor ou num fundo de um talão de compras de um hipermercado, não há propriamente como fazer constar todas as condições da campanha levada a cabo pela Reclamada.” E “nem tais suportes seriam o local indicado para fazer constar tais menções, já que, o espaço físico seria exíguo para tal, poderia pôr em causa a correta leitura e interpretação das mesmas.”

“Daí que, anunciando a criação de uma nova modalidade de inscrição, a Reclamada tenha remetido a consulta das condições da mesma para o seu website ou para os aludidos folhetos informativos que, como se viu, esclareciam,

entre outras questões, que a modalidade em causa permitia a utilização das instalações dos clubes em horário parcial (das 7h às 17h).”.

Indicando que além desta “condição, se encontravam anunciadas várias outras condições da modalidade de inscrição em questão: v.g. a validade da campanha, a necessidade de frequentar o Clube, pelo menos, durante 30 minutos por semana para se beneficiar do crédito em cartão, etc..

Por fim, a requerida descreve a visita da requerente às suas instalações da Maia “em meados de Janeiro solicitando a subscrição do aludido plano sem fidelização.”

Conforme refere a requerida foram prestadas todas as informações à requerente sobre o plano sem fidelização, bem como sobre os outros planos existentes (com fidelização), designadamente quanto ao horário em que podia ser praticado o plano sem fidelização, tendo-lhe sido entregue o flyer a que já se aludiu. A requerente terá manifestado que o horário entre as 07.00 e as 17.00 não era da sua conveniência “exigiu que lhe fosse autorizada a inscrição nos exatos termos daquela modalidade, porém, em horário livre.”, ao que a requerida não acedeu por não serem as condições do plano “Sem Fidelização”.

A requerida refere, ainda não ter tido “qualquer outra reclamação da natureza da presente e nunca nenhum cliente ou potencial interessado manifestou à reclamada que as comunicações em causa tivessem causado qualquer tipo de dúvida ou confusão e, muito menos, as rotularam de falsas ou desonestas.”.

Conclui pela rejeição das “acusações que lhe são dirigidas, pugnando pela absoluta licitude, transparência e correção da publicidade em análise”.

Chamado a pronunciar-se o Júri de Ética do ICAP opinou que, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 4.º do Código de Conduta da ARP, “Todas as comunicações comerciais devem ser legais, decentes, honestas e verdadeiras”. E, nos termos do art.º 5.º do referido Código, toda a “Comunicação Comercial deve respeitar os valores, direitos e princípios reconhecidos na Constituição e na restante legislação aplicável”, cumprindo assim o princípio da legalidade.

Prescrevendo o artigo 9º que “A Comunicação Comercial deve ser verdadeira e não enganosa (...) e não “deve proscreever qualquer declaração, alegação ou tratamento auditivo ou visual que seja de natureza a, directa ou indirectamente, mediante omissões, ambiguidades ou exageros, induzir, ou ser susceptível de induzir, em erro o Consumidor”.

Ainda no âmbito da autorregulação convém reter, à luz da queixa apresentada pela requerente, o disposto em matéria de promoção de vendas: “As promoções de vendas devem ser concebidas de forma a permitirem ao beneficiário identificar com clareza e facilidade as condições e termos da Oferta. Deve ter-se o cuidado de evitar exagerar o valor do benefício adicional, assim como também não se deve encobrir ou dissimular o preço do produto principal.”

O artigo A5, por seu turno, desenvolve com detalhe a forma como deve ser feita a apresentação aos beneficiários, “devendo ser evitadas regras complexas. As regras devem ser redigidas em linguagem que os Destinatários possam facilmente compreender (...)”

“I – Requisitos Informativos

1. As Promoções de Vendas devem ser apresentadas de forma a assegurar que seja colocada à disposição dos Destinatários, antes da decisão de aquisição, em qualquer Meio, como por exemplo o sítio na Internet, todas e quaisquer condições que de alguma forma possam afectar a sua decisão de compra.
2. A informação deve conter, sempre que for relevante e adequado ao suporte:
 - a) instruções claras sobre o método de obter ou participar na Oferta promocional, por exemplo, as condições para se obterem os Itens Promocionais ou para se habilitarem aos prémios, incluindo quaisquer responsabilidades por custos;
 - b) principais características dos Itens Promocionais oferecidos;
 - c) qualquer prazo fixado para aproveitar a Oferta promocional;
 - d) quaisquer restrições à participação (por exemplo relacionadas com questões geográficas ou etárias), disponibilidade do Item Promocional ou quaisquer outras limitações de stocks. No caso de a Oferta disponível ser limitada, os Destinatários devem ser adequada e devidamente informados das medidas previstas para as substituições alternativas ou reembolsos, quando aplicáveis;
 - e) o valor de um vale ou cupão oferecido, quando uma alternativa em numerário seja disponibilizada;

- f) quaisquer despesas envolvidas a serem suportadas pelo Destinatário, incluindo custos de tratamento e expedição e as condições de pagamento;
- g) o nome completo e morada do Promotor e a indicação do local para onde devem ser endereçadas as queixas ou reclamações (caso este endereço seja diferente do indicado pelo Promotor).”

Também o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de setembro, que regula as práticas comerciais desleais, estabelece no seu art.º 7.º, sob a epígrafe “Ações enganosas” que “É enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo.”, enumerando (com relevância para os presentes autos) na sua alínea b), “As características principais do bem ou serviço, tais como a sua disponibilidade, (...); e na alínea d) “O preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço;”

Por seu turno o artigo 9.º, n.º 1, alíneas a) e b) daquele Decreto-lei, sob a epígrafe “Omissões enganosas”, dispõe: “Tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, é enganosa, e portanto conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo, a prática comercial: a) Que omite uma informação com requisitos substanciais para uma decisão negocial esclarecida do consumidor; b) Em que o profissional oculte ou apresente de modo pouco claro, ininteligível ou tardio a informação referida na alínea anterior.” (negrito e sublinhado do JE).

Dispondo o n.º 2, que “Quando o meio de comunicação utilizado para a prática comercial impuser limitações de espaço ou de tempo, essas limitações e quaisquer medidas tomadas pelo profissional para disponibilizar a informação

aos consumidores por outros meios devem ser tomadas em conta para decidir se foi omitida informação.”

Importa, pois, para este JE, proceder à identificação em matéria de comunicação comercial, do que é controvertido no âmbito das mensagens publicitárias veiculadas e concluir se existiu, designadamente, omissão de informação a que a requerida estivesse obrigada.

O talão do Hipermercado Continente: (de 21.01.2020)

“Treine na Solinca sem Fidelização

5€/semana em cartão

O cartão Continente dá-lhe liberdade para ir ao ginásio sem fidelização

TREINE AQUI, GANHE ALI

Saiba mais em solinca.pt/continente

49,90€/mês e acumula 5€/semana

7 treinos por semana

Acesso a todos os clubes

Adesão num clube Solinca

Limitado a vagas existentes”

SMS Solinca (de 22.01.20 às 17.30)

Mega Oportunidade! Inscreva-se até domingo oferecemos a jóia!

SEM FIDELIZAÇÃO, descontos em CARTÃO CONTINENTE! Vagas limitadas!

Info Ana Ribeiro 930432147”

Publicidade no Facebook

“Solinca Health & Fitness

Patrocinado

Inscreva-se nos ginásios Solinca sem fidelização e receba ainda 5€/semana em

Cartão Continente

(...) (imagem)

SOLINCA.PT

Treine Aqui, Ganhe ali!

(...)

Saiba mais”

Página do Facebook do Solinca
Foto de Capa
“Treine Aqui, Ganhe ali!
Sem Fidelização
Saiba mais em solinca.pt/continente

E, na publicação na referida página:

Treine aqui, ganhe ali!

Tem cartão Continente? Ganhe 5€/semana em cartão ao treinar nos Clubes Solinca

Mais informações em: www.solinca.pt/continente”

Embora sem conteúdo publicitário, considerou o JE relevante, para o enquadramento da presente queixa as Mensagens trocadas entre a requerente e requerida por email e na Página do Solinca no Facebook.

E-mail Solinca Promoção (de 21.01.20)

Muito obrigada pelo envio dos seus dados.

A nossa equipa entrará em contacto tão breve quanto possível.

Confirmamos a sua inscrição no nosso site e registamos o seu consentimento para o tratamento de dados pessoais para efeitos de marketing direto e para efeitos de comunicação às entidades do Grupo SC Fitness.

Se pretender acelerar o seu processo de esclarecimento e inscrição nesta campanha exclusiva, por favor entre em contacto com a equipa do seu Clube Solinca através do(s) número(s): (...)

Mensagem na Página do Solinca no Facebook (de 22.01.20 às 16.23)

“Olá Bianca. Pode por favor indicar-nos o seu contacto para podermos esclarecer a situação? Obrigado

Olá, eu me inscrevi no site ontem e como não me contactaram, dirigi-me a Solinca da Maia.

Meu nr (...)

Olá Bianca. Obrigado.

Já partilhámos os seus dados internamente, para que possa ser contactada pela nossa equipa em breve. Um ótimo dia”

Por seu turno a requerida refere que no seu site, relativamente à promoção “Treine Aqui, Ganhe Ali”, existe informação em rodapé sobre as condições da mesma, designadamente da inscrição sem fidelização, conforme documento que junta:

“Campanha válida a partir de 2 de Janeiro de 2020 e limitada às vagas disponíveis. Plano sem fidelização em horário parcial válido para 1 pessoa, por 49,90€/mês, com acumulação de 5€ em Cartão Continente. Crédito sujeito à permanência de pelo menos 30 minutos por semana no Clube.”

Como refere a requerida seria impossível num talão de compras colocar mais informação sobre a promoção em causa. O consumidor, hipoteticamente interessado, é convidado a “saber mais” sobre a promoção (inscrição sem fidelização e benefício de 5€ em cartão continente) no site indicado, referindo ainda o talão que a “adesão” é feita num Clube Solinca, ou seja, a inscrição não será por via digital, mas presencial e que as vagas são limitadas, sem que diga limitadas a quê.

Neste enquadramento considera este JE, relativamente ao talão promocional, que se está no domínio das omissões suscetíveis de ser aceites nos termos do nº 2 do artigo 9º do Decreto-Lei n.º 57/2008. Ou seja, qualquer consumidor médio tem capacidade de entender que a “oferta” tem algumas regras e limites e, continuando interessado quererá ter acesso a mais informação, seguindo a indicação de consultar o site da requerida.

A requerente, consumidora interessada, assim fez e obteve, sem dúvida, no site da requerida mais algumas informações adicionais, designadamente que a inscrição sem fidelização era em horário parcial, embora este horário não viesse especificado.

Para obter mais informação a requerente registou-se, então, no site da requerida, declarando tomar conhecimento da política de privacidade daquela em termos de tratamento de dados pessoais e aceitou que os mesmos fossem utilizados para efeitos de marketing direto nos seguintes termos:

Autorizo** o responsável pelo tratamento – nos termos dos direitos de informação – a enviar-me newsletters, mensagens informativas, divulgação de eventos, ofertas e novidades, através de e-mail ou sms, bem como a comunicar os meus dados pessoais às sociedades pertencentes ao Grupo SC Fitness, para efeitos de marketing (campanhas promocionais e comunicação a efetuar por aquelas entidades) associadas aos health clubs explorados por aquelas entidades.

(**) Caso não pretenda dar o seu consentimento para as finalidades de tratamento de dados pessoais acima indicadas, por favor envie um email com o seu contacto para o endereço contacto@solinca.pt e contactá-lo-emos brevemente.

Em resposta a este pedido “saiba mais” a requerente recebeu uma mensagem, que se crê automática, acima transcrita “Solinca Promoção” em que é informada que está registada e que será contactada logo que possível. Também é informada que se quiser acelerar o processo de esclarecimentos e inscrição poderá contactar a Solinca por telefone.

Não tendo existido um contacto imediato por parte da requerida, a requerente dirigiu-se a um clube da requerida para obter mais informação e quiçá inscrever-se. No referido clube da requerida foram prestados todos os esclarecimentos sobre a inscrição sem fidelização ao abrigo da Campanha “Treine Aqui, Ganhe Ali” e entregue o flyer o qual contém, nomeadamente, todas as modalidades e condições de inscrição em vigor. A requerente tomou conhecimento, antes de qualquer vinculação à aquisição do serviço, do horário parcial em vigor para uma inscrição sem fidelização, ou seja, no horário entre as 7.00 e as 17.00H, todos os dias da semana.

Já na posse destas informações a requerente solicitou à requerida, via mensagem no Facebook, contacto para obter informações sobre a campanha, ao que a requerida encaminhou novamente para um contacto em breve pela equipa.

A mensagem recebida por SMS não foi obviamente uma resposta ao pedido de informação da requerente, mas uma mensagem de marketing direto na sequência da inscrição da requerente no site para esse efeito, Nesta mensagem

é apenas dado conhecimento da existência da promoção “Treine Aqui, Ganhe Ali”, inscrição nos ginásios Solinca sem fidelização e de mais uma oferta da joia para inscrições “até domingo” deixando um contacto para mais informações. Desconhece este JE se a requerente chegou a ser contactada para obter mais esclarecimentos, ou não, na sequência dos seus pedidos.

Em face do circunstancialismo descrito, cabe a este JE avaliar se a comunicação comercial da requerida está conforme com o normativo em vigor, designadamente se a mensagem é enganosa ou se existe omissão enganosa de informação indispensável à tomada de decisão pelo consumidor, sendo que a “resposta a tal questão irá depender, necessariamente, do estabelecimento da representação que o consumidor médio – entendido de acordo com a aceção amplamente divulgada pelo JE – ou destinatário dos claims “(...) fará dos mesmos”.

Tendo presente o Código de Conduta da ARP “Uma Comunicação Comercial deve ser avaliada tendo em consideração os conhecimentos, a experiência e a capacidade de discernimento de um Consumidor médio, ou aquele a quem especialmente se destinam, tendo em conta os fatores sociais, culturais e linguísticos.”

Presumindo-se que um consumidor médio “possua um grau razoável de experiência, de conhecimento e bom senso, e detenha uma razoável capacidade de observação e prudência.”

O que caracteriza a publicidade enganosa é sua suscetibilidade de induzir em erro o destinatário, ou porque é falsa, ou porque é ambígua, tomando por referência a presumível expectativa de um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido.

No caso em apreço considera este JE que a mensagem contida no suporte Internet, na página para a qual o Consumidor é encaminhado, não é suscetível de o esclarecer cabalmente quanto ao horário parcial que permite a inscrição

sem fidelização e que tal omissão não é suscetível de se enquadrar na exceção do nº2 do artigo 9º do Decreto-Lei n.º 57/2008.

Ao invés de “horário parcial” a requerida podia ter colocado o horário específico em que o interessado poderia usufruir da promoção sem fidelização e que o habilitaria, desde logo, a uma decisão informada, eventualmente sem necessidade de outras informações adicionais. Face à exígua informação, o consumidor médio, para obter os esclarecimentos adicionais indispensáveis à tomada de decisão, tem de consentir em dar os seus dados pessoais para campanhas de marketing direto da requerida e suas associadas ou, não querendo dar este consentimento, pelo menos tem de disponibilizar o seu email para ser contactado, ficando, também este na posse da requerida.

A norma excecional do n.º 2 do artigo 9º do Decreto-Lei em análise somente permite que informações essenciais relativas ao objeto da publicidade não constem claras e percetíveis numa comunicação comercial, “Quando o meio de comunicação utilizado para a prática comercial impuser limitações de espaço ou de tempo”; situação em que a omissão não será tida por enganosa, caso forem “...adotadas quaisquer medidas (...) para disponibilizar a informação aos consumidores por outros meios”.

Nesta conformidade, a publicidade na Internet promovida pela requerida no seu site à campanha objeto dos presentes autos, não pode ser considerada de falsa, mas viola o disposto nas alíneas a) e b) do artigo 9º, do Decreto-Lei n.º 57/2018, com a redação introduzida pelo DL n.º 205/2015, de 23/09, na medida em “Que omite uma informação com requisitos substanciais para uma decisão negocial esclarecida do consumidor” (o “horário parcial”) e, porque os esclarecimentos adicionais que o consumidor solicita são apresentados de forma tardia, não existindo imediatividade no esclarecimento das questões que o consumidor tenha de colocar para a tomada de uma decisão.

Ou seja, o consumidor médio e prudente quererá, naturalmente, mais informação, mas esta não está facilmente disponível, podendo considerar-se de tardia. Na verdade, ao carregar na “tecla” “saiba mais” a informação que recebe

é exígua, não é de molde a habilitá-lo a uma decisão, ficando ainda sujeito a disponibilizar os seus dados pessoais para efeitos de marketing direto se pretender aceder a mais informação cuja disponibilização não é imediata (no caso da requerente terá demorado pelo menos 24 horas).

Do mesmo modo, tratando-se aqui de uma promoção de vendas, o claim colocado em crise é igualmente desconforme com o disposto no artigo A2 do Código de Conduta da ARP (Parte II. Comunicação Comercial, II Capítulo/Disposições Específicas), sob a epígrafe “Condições da oferta”, segundo o qual “As promoções de vendas devem ser concebidas de forma a permitirem ao beneficiário identificar com clareza e facilidade as condições e termos da oferta incluindo quaisquer limitações.”

Pelo exposto, entende o JE que o claim “Solica Treine Aqui, Ganhe Ali. Sem Fidelização, Campanha válida a partir de 2 de Janeiro de 2020 e limitada às vagas disponíveis. Plano sem fidelização em horário parcial válido para 1 pessoa, por 49,90€/mês, com acumulação de 5€ em Cartão Continente. Crédito sujeito à permanência de pelo menos 30 minutos por semana no Clube”, não cumpre com os referidos requisitos.

Sem prejuízo, sempre se dirá, que à requerente, embora tardiamente, foram disponibilizadas todas as informações necessárias sobre a promoção “Treine Aqui, Ganhe Ali” sem fidelização, aquando da sua deslocação ao clube da requerida na Maia, podendo assim aferir da existência da referida promoção a qual, no entanto, não se adequava às suas pretensões ou expetativas.

Nestes termos a Primeira Secção do Júri de Ética da ARP delibera no sentido de que a comunicação comercial da responsabilidade da Solinca, veiculada em suporte Internet, em apreciação no presente processo, se encontra desconforme com o disposto nos artigos 4.º, n.º 1, 5.º, 9.º, n.ºs 1 e 2, A2 e A5 do Código de Conduta da ARP, bem como com o n.º 1, alíneas b) e d) do artigo 7.º e n.º 1, alíneas a) e b) do artigo 9.º do Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de Março, com a redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23/09 pelo que a sua

divulgação deverá cessar de imediato e não deverá ser reposta – quer na sua totalidade, quer em termos parciais – caso se mantenham estes tipos de ilícito.».

Desta decisão foi apresentado recurso para o Pleno do Júri de Ética ou seja, a NOS – Comunicações, S.A., recorreu para a Comissão de Apelo, da deliberação de 30 de Outubro de 2019, da 1ª Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária que julgou procedente a queixa apresentada por MEO – Comunicações e Multimédia, S.A. (MEO/Altice Portugal), decidindo “no sentido de que a comunicação comercial da responsabilidade da requerida, relativa à campanha publicitária identificada por “NOS Apresenta | Uma geração sem limites”, ofende o disposto no art.º 7.º, nos n.º 1 e 2, da alínea a) do art.º 9.º do Código de Conduta da ARP e nos art.ºs 10.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro (Código da Publicidade), constituindo igualmente uma prática comercial enganosa, nos termos do art.º 7.º do Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de Março, pelo que a sua divulgação deverá cessar de imediato e não deverá ser reposta, seja em que suporte for”.

Alegou, essencialmente, a recorrente:

A actividade publicitária não pode alhear-se da mudança de paradigma que tem vindo a verificar-se num contexto de acentuada evolução tecnológica e de constante inovação que caracteriza o sector das comunicações electrónicas em Portugal.

E a verdade é que a disponibilização generalizada da rede móvel de 5.^a Geração (5G) está iminente. De tal modo, que os responsáveis político-institucionais, nacionais e internacionais, bem como os representantes da indústria (fabricantes) e dos operadores de comunicações, têm vindo a abordar publicamente e com entusiasmo a relevância e o potencial desta nova geração de rede móvel (5G).

É importante que os agentes económicos e a sociedade em geral estejam conscientes da relevância e do potencial subjacente à rede móvel 5G.

A actividade publicitária não pode ser indiferente a essa realidade e não pode ignorar o dinamismo próprio do sector das comunicações electrónicas em Portugal.

É neste contexto que se insere a campanha publicitária realizada pela NOS e que é agora objecto da queixa interposta pela MEO/Altice.

Esta campanha publicitária não visa promover uma nova tecnologia, nem uma nova geração da rede móvel. Em concreto, a campanha publicitária destina-se a promover um novo tarifário de comunicações móveis focado no futuro próximo, pois visa atender à evolução tecnológica amplamente divulgada e publicamente reconhecida, designadamente a iminência de uma nova rede móvel de 5.^a Geração (5G). Nesse sentido, a comunicação comercial da NOS veiculada no anúncio que a MEO pretende agora pôr em causa com a queixa apresentada, refere que “Chegou uma nova rede móvel para uma geração sem limites de velocidade, de dados, e pronta para o 5G. Uma nova rede móvel para uma geração que quer ir mais além”.

Trata-se de uma campanha publicitária tendencialmente dirigida a um segmento (“geração”) de consumidores que cresceram com o advento da sociedade digital e que, por isso, valorizam maiores débitos (velocidade), mobilidade, capacidade de reacção (latência) e fiabilidade. Todos estes requisitos são essenciais para fazer face às tendências do mercado e aos padrões atuais de consumo desse segmento (“geração”) de utilizadores.

Ora, o tarifário de comunicações móveis promovido por esta campanha publicitária visa atender a tais requisitos e, por isso, tem como principais características o facto de ser um tarifário sem limite de dados e sem limites de velocidade, algo que será ainda mais evidenciado logo que a rede móvel 5G estiver disponível.

Estas características do tarifário publicitado pela NOS - sem limites de velocidade e sem limite de dados - são sobretudo valorizadas por uma geração

de consumidores que privilegiam a comunicação em ambiente digital e que são os principais destinatários da campanha publicitária em causa.

A campanha publicitária da NOS realça apenas as características de um tarifário de comunicações móveis destinado a um segmento (“geração”) de consumidores que privilegiam uma experiência plena e sem constrangimentos.

Algo que está subjacente ao tarifário em causa, pois os consumidores podem disfrutar, desde já, dessa utilização sem limites, sendo que tal experiência será exponencial logo que a rede móvel 5G for disponibilizada de forma generalizada em todo o território nacional.

Na verdade, a campanha visa promover um tarifário que está pronto para fazer face ao potencial tecnológico associado à rede móvel 5G, permitindo assim que os consumidores usufruam em pleno dessa nova rede de geração móvel cuja implementação está em curso.

Assim, a campanha publicitária da NOS visa promover um tarifário de comunicações móveis e a mensagem comercial assenta nas características do tarifário (sem limite de dados e sem limites de velocidade), as quais são válidas independentemente da tecnologia móvel utilizada. Neste contexto, o tarifário está, naturalmente, pronto para o 5G, pois foi concebido em função das características que mais serão valorizadas pelos consumidores no âmbito da rede móvel 5G cuja implementação tem vindo a ser noticiada e que, por isso, a generalidade dos consumidores conhece e aguarda.

É, pois, claro que se trata de uma campanha publicitária destinada a promover um tarifário de comunicações móveis e não uma tecnologia ou rede móvel. Retirar outra conclusão que não esta, é forçar um entendimento desfasado da evolução tecnológica e uma interpretação desprovida de sentido de realidade.

Considerando o propósito da campanha publicitária, a mensagem comercial utilizada e o contexto em que a mesma se insere, é com naturalidade que se deve concluir que a percepção de qualquer consumidor médio, normalmente

informado e advertido ao ver o anúncio em causa, será o de que estamos perante a mera promoção de um novo tarifário de comunicações móveis da NOS no quadro da evolução tecnológica que se avizinha e que todos os dias é noticiado.

Ver neste anúncio uma forma de publicidade enganosa ou uma prática comercial desleal, afigura-se infundado e manifestamente excessivo, na medida em que assenta numa interpretação desfasada da realidade e do contexto tecnológico em que os operadores de comunicações electrónicas como a NOS e a MEO desenvolvem a respectiva actividade, razão pela qual não merece, nem pode merecer, a tutela do direito.

A campanha publicitária da NOS não se enquadra em nenhuma das práticas tipificadas no n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 6 de Março. Talvez por isso a MEO/Altice se limite a enunciar o corpo do artigo (ponto 6 da queixa) sem concretizar nenhum dos elementos descritos nas alíneas que integram aquela disposição legal e que são essenciais para que se verifique a tipificação do ilícito em causa.

A campanha publicitária da NOS não desrespeita a verdade, nem deforma factos, ou seja, não põe em causa o princípio da veracidade nos termos previstos no art. 10.º do Código da Publicidade e no artigo 9.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e outras Formas de Comunicação Comercial.

Perante as inúmeras iniciativas públicas que tem vindo a ser realizadas no âmbito do 5G, é igualmente infundado afirmar-se que a campanha publicitária da NOS atenta contra o princípio da honestidade consagrado no artigo 7.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e outras Formas de Comunicação Comercial.

A campanha publicitária da NOS observa o princípio da legalidade consagrado no artigo 5.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e outras Formas de Comunicação Comercial.

Desta forma apenas se pode concluir que o anúncio em apreço não é enganoso, nem viola qualquer norma do Código da Publicidade, nem do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e outras Formas de Comunicação Comercial.

Conclui pela revogação da decisão recorrida.”

Em contrapartida, a MEO – Comunicações e Multimédia, S.A. apresentou a sua resposta pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

Alegou essencialmente nesse sentido:

Não corresponde à verdade a afirmação que os spots publicitários em causa se relacionam com uma campanha institucional, não promovendo qualquer produto ou serviço.

Basta atentar ao site da NOS (em “nos.pt/particulares/rede-movel.aspx”) em que surge o spot publicitário em causa nos presentes autos, sempre acompanhado de link “Quer aderir? Nós ligamos, grátis!”, e com link integrado na própria página para o “Plano Mobilidade Sem Limites”-

Sendo indesmentível e factual, independentemente da argumentação e linguística utilizada no Recurso apresentado pela NOS, que a mesma se encontra a tentar capitalizar a alegada disponibilização de “uma nova geração de rede móvel”, com utilização permanente de símbolos relativos à tecnologia “5G”, aparentando junto do consumidor que está a comercializar a referida rede de 5ª geração, com a contratualização do referido tarifário (cujo link de contratação apresenta aos consumidores).

Não se “confunda” assim o facto de o spot publicitário não referir no seu “texto” o tarifário, com a objectiva utilização por parte da NOS, da referida publicidade como um todo, como bem aferido pelo Júri de Ética, para encaminhar o consumidor à adesão ao referido tarifário na convicção, errónea, de que lhe será disponibilizada uma rede de “nova geração”, ou seja, com tecnologia 5G.

Contrariamente ao alegado pela NOS, é referido de forma explícita nos elementos publicitários em causa “Chegou uma nova geração”.

Ora a expressão “chegou” é presente, afirma disponibilidade imediata, não se confunde com qualquer indicação de futuro próximo ou longínquo.

Afirma a NOS que o público-alvo da campanha publicitária em causa é o utilizador que “precisa e usa as tecnologias de comunicação no quotidiano e que precisam, cada vez mais, de uma rede móvel que satisfaça as suas necessidades crescentes”.

Ora, é exactamente este público-alvo que representa os consumidores mais passíveis de serem movidos para uma contratação de serviços quando a NOS anuncia uma “nova geração de rede móvel” associada a benefícios que a NOS conhece, e reconhece, apenas serão possíveis com a tecnologia 5G, a qual não dispõe presentemente, nem pode fornecer aos referidos consumidores.

É este consumidor, especialmente informado, e portanto consciente da proximidade da disponibilização de uma nova geração tecnológica, que pode ser levado a “cair” na ilusão criada pela campanha em apreço, como bem define e analisa o Júri de Ética na sua decisão, é tal proximidade da introdução desta nova tecnologia, de que apenas o consumidor informado se encontra consciente, que cria a efectiva oportunidade para que este possa ser convencido de que a imediata disponibilização da mesma pela NOS é uma realidade.

Sendo por tal motivo passível de influenciar o processo de decisão de contratar do referido consumidor, criando no mesmo a expectativa de poder usufruir dos benefícios desta “nova geração de rede móvel”, com todos os benefícios demonstrados nos spots publicitários em crise.

Mais se diga que a indisponibilidade imediata da tecnologia 5G é aferida pelo Júri de Ética com base nos conhecimentos que os membros do Júri de Ética têm sobre a matéria, no entanto não podemos deixar de discordar que os membros do Júri de Ética, que por força das suas funções têm que estar devidamente informados para poderes decidir sobre os temas que lhes podem ser apresentados pelos elementos pertencentes à Auto regulação Publicitária, possam ser vistos como referência para o consumidor médio.

A interpretação e análise efectuada pelo Júri de Ética não resulta passível de qualquer reparo nesta sede, porquanto, efectivamente, inexistindo disponível a

tecnologia 5G no imediato, não se compreende como a NOS pode querer passar o anúncio de “Uma nova geração de rede móvel” adicionada ao uso de logotipos indicando o “5G”, como não sendo passível de induzir em erro o potencial consumidor.

Não nos restam dúvidas que, aplicando os critérios legais e de experiência à publicidade em crise no presente processo, contrariamente ao alegado pela NOS, se encontra totalmente preenchido o enquadramento da mencionada publicidade na previsão das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 7º do DL 57/2008. Estamos perante clara violação de princípio da honestidade e da veracidade, sendo objectivamente factual que a publicidade em causa tem elementos que podem induzir em erro o consumidor, não sendo assim legalmente admissível a manutenção da divulgação da mesma.

Todo o descritivo técnico de alegados desenvolvimentos de rede que a NOS descreve é do conhecimento exclusivo da NOS, não sendo, de forma alguma, sequer afluído, salvaguardado (em forma de disclaimer) ou explicitado na publicidade em causa.

Mais releva que, se o que a NOS pretendia era anunciar uma evolução da sua rede de 4G para 4.5G, faria publicidade a tal evolução, e não misturaria esta alegada evolução com a indicação, exclusiva, visível e permanente, do termo 5G.

Mais, as redes móveis têm até ao momento 4 gerações, estando para ser introduzida em Portugal a 5ª geração da rede Móvel, o denominado 5G.

Ora, o alegado eventual 4.5G mais não é que uma evolução no âmbito da 4ª geração de rede móvel, não sendo de forma alguma “uma nova geração de rede móvel”.

Tal como referido na queixa apresentada, e como bem decidido pelo Júri de Ética, a actuação da NOS, ao anunciar uma pretensa chegada de uma “nova geração de rede móvel”, bem sabendo que a tecnologia 5G ainda não se encontra disponível para o grande público, violou as regras da boa-fé, tal como definidas pelo art.º 8º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, constituindo tal violação

uma prática comercial enganosa, nos termos do art.º 7º do Decreto-lei n.º 57/2008, bem como o disposto no artigo 7º e 9º do Código de Conduta, pelo que deve a decisão do Júri de Ética ser devidamente confirmada por V. Exas.”

A Comissão de Apelo, por seu turno, em sede de apreciação do recurso e do mérito da causa, considerou o seguinte: “Veio a NOS, em sede do presente recurso, oferecer testemunhas, fazendo-o ao abrigo do disposto no artigo 15º, nº 4, do Regulamento do Júri de Ética.

Apreciando:

Dispõe o citado preceito que: “Apenas serão admitidas novas provas se comprovadamente não puderam ter sido apresentadas perante a Secção”.

Ora, não foi apresentada pela recorrente NOS justificação convincente para a impossibilidade de apresentação anterior de meios de prova.

Não é aceitável, para esse efeito, a invocação da exiguidade dos prazos processuais aplicáveis.

É do conhecimento de qualquer dos intervenientes nestes procedimentos pendentes no Instituto da Auto-regulação Publicitária que os mesmos se caracterizam pela sua especial e recomendável celeridade, tendo as partes, portanto e necessariamente, que se adaptar a tal circunstância, e bem sabendo que a mesma nunca colocará em crise – sacrificando - a ponderação, a profundidade, o zelo, o rigor e a atenção que merece a análise de cada um dos processos submetidos a veredicto.

De resto, este predicado de celeridade na tramitação do processado constitui, em matéria de Direito da Publicidade, condição de salvaguarda do efeito útil das decisões da Associação da Auto Regulação Publicitária.

Logo, sem necessidade de outras justificações ou desenvolvimentos, indefere-se a requerida inquirição de testemunhas.

Qualificação dos factos à luz das normas aplicáveis.

A decisão recorrida que deu provimento à queixa apresentada pela recorrida MEO fundou-se basicamente na violação pela ora recorrente NOS dos seguintes normativos:

Os artigos 10º e 11º do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei nº 330/90, de 23 de Outubro, os quais têm a seguinte redacção:

“Artigo 10.º Princípio da veracidade

- 1 - A publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos.
- 2 - As afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exactas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes”.

“Artigo 11.º Publicidade enganosa

- 1 - É proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de Março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores.
- 2 - No caso previsto no número anterior, pode a entidade competente para a instrução dos respectivos processos de contra-ordenação exigir que o anunciante apresente provas da exactidão material dos dados de facto contidos na publicidade.
- 3 - Os dados referidos no número anterior presumem-se inexactos se as provas exigidas não forem apresentadas ou forem insuficientes”.

O artigo 7º do Decreto-lei nº 57/2008, de 26 de Março, que estipula:

“Artigo 7.º Acções enganosas

- 1 - É enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo:
 - a) A existência ou a natureza do bem ou serviço;
 - b) As características principais do bem ou serviço, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina e as garantias de conformidade, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os

resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efectuados ao bem ou serviço;

(...)

2- Atendendo a todas as características e circunstâncias do caso concreto, é enganosa a prática comercial que envolva:

a) Qualquer actividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente;

b) O incumprimento pelo profissional de compromisso efectivo decorrente do código de conduta a que está vinculado no caso de ter informado, na prática comercial, de que se encontrava vinculado àquele código.

3 - Nas relações entre empresas é enganosa a prática comercial que contenha informação falsa ou que, mesmo sendo factualmente correta, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro em relação aos elementos identificados nas alíneas a) a d) e f) do n.o 1”.

Os artigos 7º, nº 1 e 2, e 9º, alínea a), do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária, onde pode ler-se:

“Honestidade.

1. A Comunicação Comercial deve ser concebida de forma a não abusar da confiança dos Consumidores e a não explorar a sua falta de conhecimento ou de experiência.

2. Os factores pertinentes susceptíveis de afectarem a decisão dos Consumidores devem-lhes ser comunicados na forma e no momento que possam, por si, ser tidos em consideração, tendo em conta, além do mais, as particulares características do Meio utilizado”.

“Veracidade.

1. A Comunicação Comercial deve ser verdadeira e não enganosa.

2. A Comunicação Comercial deve proscrever qualquer declaração, alegação ou tratamento auditivo ou visual que seja de natureza a, directa ou indirectamente,

mediante omissões, ambiguidades ou exageros, induzir, ou ser susceptível de induzir, em erro o Consumidor, designadamente no que respeita a:

a) características essenciais do Produto ou que sejam determinantes para influenciar a escolha do Consumidor, como por exemplo: a natureza, a composição, o método e data de fabrico, campo de aplicação, eficácia e desempenho, quantidade, origem comercial ou geográfica ou impacto ambiental;”.

Apreciando:

Conforme se escreveu no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Maio de 2016 (relatora Maria Manuela Gomes), publicitado in www.jusnet.pt:

“A publicidade mais não é do que apresentar ao público (publicitar), produtos, bens ou serviços em termos de procurar a sua adesão e (ou) consumo, com propósito primeiro de motivar as pessoas à respectiva aquisição, buscando a obtenção de um lucro.

O Decreto-Lei n.º 421/80, de 30 de Setembro foi o primeiro diploma a disciplinar a actividade publicitária.

Seguiu-se-lhe o Decreto-Lei n.º 303/83 (depois modificado pelo Decreto-Lei n.º 275/98, de 9 de Setembro, com as alterações dos Decretos-Lei n.ºs 51/2001, de 7 de Abril, 332/2001, de 24 de Dezembro e pela Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto [Lei da Televisão, expressamente revogada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho]. Hoje, o Código da Publicidade contém-se, essencialmente, no Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro.

O seu artigo 4.º, n.º 1, conceptualiza a actividade publicitária, como "o conjunto de operações relacionadas com a difusão de uma mensagem publicitária, junto dos seus destinatários, bem como as relações jurídicas e técnicas daí emergentes, entre anunciantes, profissionais, agências de publicidade e entidades que explorem os suportes publicitários ou que efectuem as referidas operações."

O n.º 1 do artigo 3.º do mesmo diploma considera publicidade "qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito

de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, como objectivo directo ou indirecto de:

- a) Promover, com vista à sua comercialização ou alienação quaisquer bens ou serviços;
- b) Promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições."

Sobre esta temática, enfatiza Ana Clara Azevedo de Amorim, in "Manual de Direito da Publicidade", Petrony, Março de 2018, a páginas 15 a 16:

"O direito da publicidade regula a comunicação destinada a promover produtos ou serviços e os actos de concepção, criação, produção, planificação e distribuição de mensagens. Ou seja, incide desde logo sobre a relação jurídica publicitária, de natureza extracontratual, decorrente da difusão de uma campanha, que se estabelece entre o anunciante e os destinatários, cujos interesses importa proteger.

(...) Considerando a necessidade de disciplinar a relação jurídica publicitária, que constitui a dimensão dominante do direito da publicidade, assume especial relevância a proibição de determinadas modalidades de comunicação comercial, como o engano relativo ao conteúdo e à forma das mensagens. Estas modalidades constituem restrições à actividade publicitária dos anunciantes, fundadas na necessidade de tutela dos destinatários".

Ou seja, o Direito da Publicidade, desempenhando um papel absolutamente crucial enquanto regulador externo de condutas dos agentes que se movem nesta área, não pode servir todavia como factor de entrave ou censura (a priori ou a posteriori) à livre e criativa difusão da mensagem publicitária, entendida enquanto elemento essencial da relação que se estabelece entre os anunciantes e o mercado, bem como à salutar estimulação concorrencial do giro comercial e ao incremento da economia, salvo se estiverem gravemente em causa, por um lado, a tutela dos direitos dos consumidores a uma escolha livre e completamente esclarecida e, por outro, a integral observância dos deveres de lisura e correcção exigíveis aos agentes que a difundem, tanto na sua substância, como na sua forma.

São estes os princípios gerais e basilares que devem nortear as instituições reguladoras quando colocadas perante os diferendos no domínio do Direito da Publicidade que lhes compete juridicamente dirimir.

Debruçando-nos concretamente relativamente à situação sub judice:

A mensagem publicitária ora em análise expressa-se, em primeiro lugar, pelo que se pode ouvir em voz de fundo durante a apresentação do anúncio da recorrente NOS, o qual tem a duração de sessenta segundos, iniciando-se a leitura do texto respectivo a partir do 46º segundo.

Tem o seguinte conteúdo:

“Chegou a nova rede móvel para uma geração sem limites, sem limite de velocidade, de dados, e pronta para o 5G; uma nova geração de rede móvel; para uma geração que quer ir mais além. Nós vamos viver juntos”.

No que concerne às características sequenciais do filme em que consiste também o dito anúncio, poder-se-á descrever o seu essencial, de forma resumida, nos seguintes termos:

- corresponde a uma sucessão de planos em que todos os protagonistas evidenciam ansiedade, pressa e exceptiva por algo que está para chegar e que os irá levar a um patamar superior de sublimação, onde querem estar e ficarão libertos das suas actuais limitações.

(começa com a criança que, junto de sua mãe, joga electronicamente e sente a frustração de “não conseguir dominar”; continua com o indivíduo que usa um jogo electrónico e assiste, nesse ambiente virtual, ao desolador momento da marcação da grande penalidade que não resulta; segue com a jovem e ansiosa mãe grávida que sente que chegou o momento de dar à luz, seguindo na viatura (provavelmente para a maternidade) conduzida pelo companheiro que usa o GPS no telemóvel para se guiar, ambos sentindo a dificuldade de dominar a ansiedade associada “à pressa chegar”; aparece depois o jovem casal de apaixonados que usam uma aplicação de telemóvel para colocarem em marcha uma trotinete eléctrica em que se fazem transportar, sentindo também eles “pressa para não chegar tarde”; surge de imediato a senhora de meia idade que se lança na improvável aventura radical, pelo precipício e em voo planado, dizendo que “só quer o que nunca viu”, percebendo-se, logo de seguida, que entrou num mundo virtual; vêm de imediato as graciosas bailarinas que brincam

despreocupadamente, manipulando imagens no seu telemóvel; depois o avô que acompanha a neta enquanto esta comanda a trajetória de um drone que sobe triunfante nos ares; ambos também “só querem o que nunca viram”; finalizando com o grupo muito animado de jovens que se divertem ao som da música de António Variações, vibrando com a sua energia e representando a “nova geração que quer viver sem limites - de tarifário e de dados” -).

- revelam os protagonistas grande apetência para saltar, entusiasticamente, para uma modernidade cujo acesso lhes será franqueado muito em breve.

- o ambiente é de antecipação festiva do futuro que se vai viver e para o qual se lançam confiadamente.

Vejamos:

Não podemos, de modo algum e sem quebra do respeito devido à posição adversa, sufragar o entendimento perfilhado pelo júri de ética que acolheu e perfilhou a argumentação exposta e sustentada pela queixosa MEO.

Cumprе, antes de mais, deixar bem claro que, quando a lei proíbe, no domínio do Direito da Publicidade, a prática comercial enganosa, na prossecução da primordial defesa dos direitos do consumidor a uma escolha verdadeiramente livre e esclarecida, desligada de condicionamentos ou sofismas, o que o legislador pretende essencialmente é impedir que o anunciante ofereça um produto que não reveste as características por si propaladas; que cria no destinatário a convicção de que o mesmo desenvolve aptidões de que não é afinal portador; que persuade o consumidor, no plano da livre concorrência, a optar enredado numa situação de erro sobre a real e completa natureza do objecto comercializado, perante o contexto ilusório, dissimulado ou encoberto lhe é arditosamente oferecido.

Ao invés, a lei não proíbe que o anunciante dê notícia ao público consumidor de que está numa fase avançada de desenvolvimento de um determinado produto, o qual ainda não está pronto a ser lançado no mercado para aquisição imediata, mas que tal virá a suceder a muito breve trecho.

O engano que releva para a verificação da prática da infracção no domínio do direito da publicidade consiste basicamente em anunciar algo que não reúne as características asseguradas.

O mesmo não se pode dizer da situação publicitária em que o anunciante revela que se estará na eminência de comercializar algo que ainda não pode ser comercializado, mas que o será seguramente em tempo oportuno.

Concretizando, não existe, em termos jurídicos, o engano previsto nas disposições dos artigos 10º e 11º do Código da Publicidade, quando o anunciante, em matéria de tecnologias em desenvolvimento, antecipa de certo o modo o futuro, afirmando perante o público consumidor, de forma impressiva e relativamente sedutora, que já está preparado para fornecer o que está pronto a chegar, quando a hora vier.

E é isto que basicamente sucede relativamente às operadoras NOS, MEO e VODAFONE no que diz respeito à informação que prestam, todas elas indiferenciadamente, nos seus espaços publicitários próprios, acerca da tecnologia denominada de “5G”, que constitui, no fundo, um aperfeiçoamento da anterior “4G”, aumentando a velocidade e o tempo de resposta da respectiva internet nos telemóveis e potenciando muitas outras soluções inovadoras.

Consultando os diversos sites das referidas operadoras, verificamos que a recorrida MEO publicita no essencial o seguinte: “5G” (emblematicamente impresso, em forma estilizada, sob o fundo azul escuro onde se reconhece, como personagem central, uma jovem que fixa firme o olhar no que estará à sua frente) “VAIS SENTIR”, e em sub título: “Com o 5G o futuro chega mais cedo. Está a chegar uma nova revolução na forma como convivemos, aprendemos, trabalhamos e nos divertimos”.

De forma bem mais particular e relevante para a situação que nos ocupa, consultando a página do Facebook da MEO, deparamos, em grande destaque, com a publicidade, por parte da (ora queixosa) MEO, aos telemóveis Huawei Mate 20 x 56, a qual é realizada nos seguintes termos:

“Prepara-te para o 5G! A 5ª geração de internet móvel chegou ao MEO, com o Huawei Mate 20 x 56, com o primeiro smartphone com internet 5G ready”.
“Prepara-te para o 5 G”.

O que significa que, no ambiente Facebook, com todo o vigor e eficácia comunicacionais que se lhe encontram associados, a recorrida MEO não viu então – e bem, acrescente-se – qualquer problema em acusar e difundir a sua recepção imediata e festiva do 5G, em moldes perfeitamente similares aos

seguidos pela sua concorrente NOS, e de que – quiçá inadvertidamente - agora se queixou...

No mesmo sentido, a publicidade na internet à “Altice Arena”, que procedeu à instalação e equipamentos de rede avançados 5G Huawei, permitindo a realização, pela primeira vez em Portugal, de uma videochamada através da tecnologia 5G (rede) entre duas estações localizadas em pontos diferentes, contém a expressa referência a que: “...esta videochamada, de alta qualidade, esteve assente na elevada performance do 5G, bem como na rede de fibra do MEO no transporte de dados de tráfego”, afirmação esta que, na sua singeleza, aparência e assertividade, poderá talvez inculcar a ideia, no público em geral que a recepciona, de que a MEO já possibilita o acesso à tecnologia 5G e que, em termos gerais, estará actualmente apta a comercializá-la.

Igualmente a operadora VODAFONE publicita o seu envolvimento com a comercialização de produtos “5G” nos seguintes termos:

Uma imagem de apresentação inicial fixa que permite accionar o início da passagem do filme publicitário, tendo um fundo escuro, onde se vislumbra uma jovem com um telemóvel colocado na viseira em posição de visionar realidade virtual a variadas dimensões, e com um círculo ao centro, correspondente ao logotipo da VODAFONE, com a seguinte expressão “5G Ready” (5G Pronto, ou Pronto para o 5G).

No filme publicitário respectivo e apenas na sua imagem final, o “Ready” inicial passa a estar seguido de um ponto de interrogação, percebendo-se então, e só então, que o anunciado e publicitado estado de prontidão afinal é o do destinatário da mensagem, a quem se aconselha que esteja bem preparado (pronto) para tirar todo o partido do potencial da “5G”, quando, futuramente, for materializável.

Em suma, todas as operadoras desenvolvem uma narrativa de divulgação da sua cumplicidade com o “5G” que, com ligeiras cambiantes, não difere entre si no essencial e verdadeiramente decisivo.

Sendo ilícita – por mera hipótese de raciocínio - uma das campanhas publicitárias em causa, esse vício seria propagável às restantes, por uma questão óbvia de igualdade de tratamento perante a lei.

Todas utilizam a proximidade com o lançamento desta tecnologia – o “5G” – tentando, cada uma delas, identificar-se com este importante desenvolvimento, reforçando a sua imagem de líder em inovação.

A agressividade comercial neste sector é muito considerável e, tratando-se de um oligopólio, o reduzido número de operadores, a sua dimensão e conseqüentemente o nível de investimento publicitário associado, são factores que agudizam este relacionamento entre concorrentes, explicando talvez alguma pontual deselegância na postura discordante da recorrente NOS que, embora se deva naturalmente enquadrar e tentar compreender no espírito e na animação próprios de uma refrega, no âmbito de um litígio tido como muito importante, era, até pelo enorme respeito e consideração que nos merece cada uma das entidades envolvidas, totalmente desnecessária e deveria ter sido evitada.

Retomando, de novo e concretamente, o anúncio em apreciação, verifica-se que o texto falado que nele se pode escutar é o seguinte:

“Chegou a nova rede móvel para uma geração sem limites, sem limite de velocidade, de dados, e pronta para o 5G; uma nova geração de rede móvel; para uma geração que quer ir mais além. Nós vamos viver juntos”.

A mensagem que aí se contém, conjugada com as diversas sequências do filme publicitário que o envolve e que estão sintetizadas supra, é essencialmente, e tendo em conta a sua apreensão pelo consumidor médio - que não poderá dissociar-se daquele que tem vocação para a aquisição deste tipo de produtos (excluindo à partida os denominados info-excluídos ou a faixa de população iletrada e por natureza alheia e desinteressada por este tipo de evolução – que não compreende, nem quer compreender), que está aí a chegar, para muito breve, o momento em que, por via da incessante evolução técnica, a NOS fornecerá serviço de ponta (o melhor, mais rápido, mais moderno) aos seus clientes, o tão esperado e aguardado “5G”.

Quem recebe esta informação publicitária, tal como ela está efectivamente gizada, não terá necessariamente que intuir que tem já hoje à sua disposição o “5G”, proporcionado em exclusivo pela NOS, em detrimento e em desfavor dos seus concorrentes.

Nada leva ainda a pensar que o consumidor médio deste tipo de produtos (no fundo o seu target) – e que andarà muito distraído, desconhecendo que o concurso que permitirá a exploração desta tecnologia acontecerà bem mais

tarde, previsivelmente apenas em meados do ano de 2020 –, ao ver tal anúncio, e embalado pelo ritmo frenético e contagiante da música de António Variações, (o “Estou além”), passe por via disso a preferir a NOS por ser (presumidamente) detentora de algo que as concorrentes, em estágio de desenvolvimento tecnológico mais atrasado, ainda não podem – infelizmente para elas - oferecer. A mensagem publicitária em análise é absolutamente diversa e como tal será compreendida pelo comum dos consumidores: a de que há uma nova geração que quer mais do que tem; sabe que virá melhor do que há; e está disposta a envolver-se no ritmo da mudança plenamente realizável, uma vez que, no que à NOS compete, “está pronta para o 5G”.

Nada mais do que isto.

Acrescente-se ainda que, seguindo o argumentário da queixosa e ora recorrida MEO, poder-se-ia talvez contrapor que a publicidade em causa tem por objecto nuclear um novo tarifário e que este pressuporia um imediato fornecimento de comunicações da 5G.

Logo, estaríamos perante um produto – o tarifário – que estaria a ser fornecido já mas para um serviço que só dentro de meses virá a efectivar-se.

Daí a (pretensa) ilicitude da conduta da anunciante à luz dos ditâmes do Direito da Publicidade.

Tal raciocínio não colhe.

Por um lado, um tarifário não faz uma unidade com a 5G e não há, nem na lógica, nem na realidade, uma implicação necessária entre certo tarifário e certa “geração” de telecomunicações.

Por outro, e tal como foi feito, o anúncio em causa não condiciona o tarifário ao novo produto.

Apenas prepara o regime contratual para este.

Apenas propõe que, para o futuro, nomeadamente para responder melhor ao tipo de avanços tecnológicos que aí vêm, será porventura mais interessante, quer para eles operadores, quer para os consumidores, um novo tarifário.

Apenas isto.

E não se vê que este tipo de publicidade, rodeada sempre de algum pendor de fantasia, criatividade, dinamismo, entusiasmo e envolvimento, próprios de quem tem espírito jovem – “a nova geração” -, revista carácter ilícito ou ofensa qualquer

disposição do Código da Publicidade ou do Código de Conduta da Auto-Regulação Publicitária, ou ainda, em particular, o artigo 7º do Decreto-lei nº 57/2008, de 26 de Março.

Não se vislumbra minimamente qualquer falta ao dever de actuar com veracidade – a anunciante NOS disse estar pronta para o 5G e nada existe que coloque em causa a fidedignidade de tal afirmação; ao dever de actuar com honestidade – todas as operadoras em causa, nos seus espaços publicitários próprios, evidenciam abertamente o seu activo desenvolvimento para estarem na linha da frente da materialização da tecnologia “5G”, logo que o possam legalmente concretizar; ao dever de não enganar o consumidor – ninguém que prefira a NOS, e minimamente diligente e de raciocínio lúcido, ficará convencido que “estar pronto para o 5G” significa exactamente a mesma coisa que “comercializar telemóveis com 5G” (e se, por absurdo, se convencesse disso, rapidamente se desiludiria, esbarrando de frente na intransponível realidade de que tal não era, nem nunca seria neste momento temporal – na actualidade -, materialmente possível).

O recurso merece provimento, naturalmente.

Nestes termos, delibera esta Comissão de Apelo conceder provimento ao recurso, revogando a deliberação tomada em 30 de Outubro de 2019, da 1ª Secção do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária, a qual não produzirá qualquer efeito.».