

compilações doutrinais

VERBOJURIDICO

A PUBLICIDADE ENGANOSA

DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR

DR. ANDRÉ NEVES MOUZINHO

ADVOGADO

**TRABALHO REALIZADO NO ÂMBITO
DO II CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMO
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA**



verbojuridico[®]

JUNHO 2006

Título: A PUBLICIDADE ENGANOSA

Autor: Dr. André Neves Mouzinho
Advogado

Data de Publicação: Junho de 2006.

Classificação: Direito Penal do Consumidor

Edição: Verbo Jurídico © - www.verbojuridico.pt | .eu | .net | .org | .com.

Nota Legal: Respeite os direitos de autor. É permitida a reprodução exclusivamente para fins pessoais ou académicos. É proibida a reprodução ou difusão com efeitos comerciais, assim como a eliminação da formatação, das referências à autoria e publicação. Exceptua-se a transcrição de curtas passagens, desde que mencionado o título da obra, o nome do autor e da referência de publicação.



Ficheiro formatado para ser amigo do ambiente. Se precisar de imprimir este documento, sugerimos que o efective frente e verso, assim reduzindo a metade o número de folhas, com benefício para o ambiente. Imprima em primeiro as páginas pares invertendo a ordem de impressão (do fim para o princípio). Após, insira novamente as folhas impressas na impressora e imprima as páginas ímpares pela ordem normal (princípio para o fim).

A PUBLICIDADE ENGANOSA ^(*)

Dr. André Neves Mouzinho

— ADVOGADO —

NOÇÃO DE PUBLICIDADE ENGANOSA NO CÓDIGO DA PUBLICIDADE E COMO CONCORRÊNCIA DESLEAL NO CÓDIGO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Cumpre-me começar este trabalho, referindo que a Publicidade Enganosa verifica-se quando não existe conformidade entre os produtos ou serviços promovidos com o conteúdo da mensagem, violando deste modo o Princípio da Verdade (previsto no **artº10º do Código da Publicidade**), já que, deve respeitar a verdade não provocando um engano nos seus destinatários (quer sejam potenciais adquirentes ou consumidores finais).

Para um melhor entendimento dos requisitos necessários, a fim que se verifique a publicidade enganosa, há que atender à noção prevista e dada pelo disposto no **artº11º do Código de Publicidade**.

Antes demais, há que referir, no entanto que a Publicidade Enganosa visa proteger igualmente os consumidores, mas não só, já que tem em vista tutelar também os interesses dos concorrentes.

Aliás, a Publicidade Enganosa era já reprimida anteriormente, ao movimento de tutela dos consumidores. Talvez até se possa dizer, que principalmente nem é este último interesse em que se debruça principalmente a legislação em vigor, que pune a publicidade tendo em vista o interesse dos restantes empresários.

^(*) Trabalho realizado no âmbito do Direito Penal do Consumidor — II Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000.

Por isso é que, embora se tenha descriminalizado a Publicidade Enganosa, é preciso ter em conta outros bens jurídicos que são necessários proteger, como é o caso da lealdade e sua concorrência com o conseqüente bom funcionamento do mercado e da própria ordem económica.

Essa, é pois a razão de ser da punição prevista para os reclamos dolosos, preceituada no **artº260º al.e) do Código de Propriedade Industrial** (que transitou do antigo **Cód. de Propriedade Industrial de 1940 – artº 212º nº5**).

Nestes termos *Quem, com intenção de causar prejuízo a outrem ou alcançar para si ou para terceiro um benefício ilegítimo, praticar qualquer acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo da actividade, nomeadamente:*

Al. e) Os reclamos dolosos e as falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade e utilidade dos produtos ou mercadorias;

Será punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.

Como se vê neste momento, para a Publicidade Enganosa, além da responsabilidade civil extracontratual e da responsabilidade contraordenacional, poderá esta ser cumulativamente punida como crime no preceito referido (embora aqui só se possa falar de uma protecção reflexa dos bens jurídicos dos consumidores).

De salientar, que a Publicidade Enganosa, viola, efectivamente, o direito dos consumidores, nos termos dos **artsº60º nº2 da C.R.P. e 7º e 8º da Lei de Defesa do Consumidor**, mas pode vir a pôr em perigo¹ ou lesar muitos outros bens jurídicos que necessitam de uma protecção adequada e específica que neste momento é insuficiente pelas razões que se apontarão neste trabalho.

Como se referiu, a punição da Publicidade Enganosa foi já considerada afastada pelo **Código de Publicidade de 1990**, considerando-se que teria revogado tacitamente o **artº40º do Dec-Lei nº 24/84**. Sem entrar em grandes pormenores, dir-se-á apenas, que foi tal preceito expressamente² revogado pelo novo **Código de Publicidade – o Dec-Lei 6/95**, já

¹ Como diz o Prof. Silva Dias *A Sociedade vê-se forçada a “inventar” mecanismos formais de controlo e minimização de grandes riscos*, in Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores, 2ª Edição, Coimbra 2000, p.20.

² É estranho que o Prof. Almeida Costa, ainda considere que tal preceito está em vigor, ao afirmar que *Na hipótese de a conduta do agente se mostrar, em simultâneo enquadrável, no artº40º nº2, do D.L.28/84 e no artº217º do C.P., observa-se um concurso aparente, legal ou de normas, em que a segunda das mencionadas disposições, de acordo com as regras da consumpção pura, esgota a protecção conferida pelo ordenamento jurídico-penal ao caso controvertido*. In Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II – (arts.º202º a 307º), dirigido pelo Prof. Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999.

que o diploma de 1990, fora publicado sem a cobertura de uma lei de autorização legislativa.

Sendo assim como consequência da Publicidade Enganosa foi estabelecida a responsabilidade contra-ordenacional.

No entanto, tal não significa necessariamente que a punição por concorrência desleal se deva igualmente, considerar afastada, tendo-se descriminalizado a Publicidade Enganosa. Esta pode igualmente constituir um acto de concorrência desleal, como tal punível, pois o interesse que justifica a punição como delito contra a Propriedade Industrial (a tutela da lealdade e da concorrência) pode não ser totalmente acautelado com a sanção contra-ordenacional de coima prevista, no **artº34º al.a) do Cód. da Publicidade** (que constitui a coima mais elevada a aplicar nesse diploma - vide o valor das coimas nesse preceito, variando consoante o infractor é pessoa singular ou colectiva).

Portanto, hoje em dia, enquanto a proibição do reclamo enganoso é, no direito da concorrência, reflexo da disciplina da lealdade da concorrência, para os consumidores ela é ofensiva de um verdadeiro direito subjectivo – o direito à informação (mas não só como veremos).

Na prática, porém a repressão da Publicidade Enganosa afigura-se difícil, devido não só a problemas de acesso ao Direito, como ao carácter por vezes subtil do engano que se procura provocar.

De referir também, que o engano também pode graduar-se indo desde o *dolus bonus* que é ainda lícito até ao verdadeiro dolo, ou seja à intenção ou consciência de provocar um erro, pela inter-ligação de meios, que já não são considerados legítimos pelas concepções dominantes do comércio, passando por uma grande variedade de situações intermédias.

Note-se, na noção dada para a Publicidade Enganosa no **artº11º do Cód. da Publicidade**, que não é necessária a prova de um prejuízo ou de um engano concreto, basta que a mensagem publicitária possa induzir em erro ou possa prejudicar um concorrente, independentemente de lhes causar prejuízo económico

Também não tem de existir *animus decipiendi* (intenção de enganar que faz parte do tipo ilícito previsto no **artº260º al. e) do Cód. de Propriedade Industrial**), nem a intenção de provocar um efeito económico perverso no consumidor ou para o concorrente (vide neste caso o referido preceito – **Artº260º al. e) do Cód. de Propriedade Industrial**, no que se refere a esse animus).

Por fim, os anunciantes não se podem eximir da responsabilidade contra-ordenacional prevista no *artº36º do Cód. da Publicidade*.

Analisando, o próprio teor das medidas cautelares previstas no *artº41º*³ do referido diploma, quando a Publicidade enganosa possa acarretar riscos para a saúde, segurança, os direitos ou os interesses legalmente protegidos dos seus destinatários, de menores ou do público, poderão ser aplicados esses procedimentos, o que realça a importância que uma tutela penal eficaz (quanto a estes bens jurídicos), nestes casos, poderia dissuadir os prevaricadores desta infracção.

É este, pois o *leme* porque me vou ligar neste trabalho, ao tentar analisar se não seria indispensável punir criminalmente a Publicidade Enganosa, como fazia o *artº40º do D.L. 28/84*.

Analisando só um pouco mais o *artº260º al. e) do Cód. de Propriedade Industrial*, cumpre-me mencionar o seguinte:

- ◆ Basta a simples idoneidade do acto para, em abstracto, causar danos aos concorrentes em geral.
- ◆ O intérprete ao analisar este preceito (a própria cláusula geral do corpo do artigo e os seus requisitos), deve atender aos usos vigentes em determinado sector da actividade económica não esquecendo as condições de tempo e de lugar em que a actividade é exercida.
- ◆ Usos honestos⁴ serão os observados pelos empresários, considerados leais pela generalidade das pessoas.
- ◆ A Lealdade respeita ao acto e não ao empresário que o pratica.
- ◆ Quanto à exigência do dolo por parte do anunciante na *al. e)*, levará a uma protecção ténue do consumidor (ainda que só reflexamente estejam protegidos esses interesses).

Interessa também referenciar, que de facto, a mensagem publicitária, lançada através dos suportes publicitários, será eventualmente dirigida fundamentalmente às camadas populacionais que dispõem de poder de compra necessário para a obtenção do produto anunciado.

³ Vide quanto à sua aplicação o Acórdão da Relação de Lisboa de 11-06-97, In World Wide Web, Ministério da Justiça.

⁴ Como dizia J.C.Moitinho de Almeida *A protecção dos consumidores, face a uma publicidade cujos meios técnicos de actuação salientámos, exige ainda que os Tribunais cada vez menos tolerem condutas hoje apreciadas ainda em termos similares às manobras dos comerciantes de feira, base da teoria do Dolus Bonus*, In Publicidade Enganosa, Arcádia, 1975, p.124.

Simplesmente, em consequência da cobertura total que, hoje em dia, os mass-media fazem de todo o espaço português, a mensagem é também recebida por outros sectores da população menos favorecidos a todos incitando ao consumo.⁵

Daí a frustração que se gera entre os pobres, os subdesenvolvidos ou economicamente mais débeis, muitas vezes fonte e origem de angústia, de inveja, de ressentimentos tiberianos, que, sendo apenas estados de alma, podem, contudo, conduzir o homem (sobretudo os jovens) à prática de crimes. Por isso se falava em França de um delito de tentação.⁶

O ANTERIOR CRIME DE PUBLICIDADE FRAUDELENTA NO ARTº 40º DO D.L.28/84

Prescrevia do seguinte modo o *artº40º do D.L.28/84*:

1 – Quem na actividade publicitária relativa a bens ou serviços violar dolosamente as disposições contidas nos artigos 7º, 12º e 16º do Decreto-Lei nº303/83, de 28 de Junho, será punido com prisão até 1 ano e multa não inferior a 50 dias.

2 – É punível nos termos do número anterior toda a publicidade que se traduza em comparações enganosas ou depreciativas e em falsas informações relativas a outros bens ou serviços, bem como toda a publicidade enganadora ou desleal que desrespeite normas específicas contidas em legislação especial.

3 – Considera-se publicidade, para efeitos deste diploma, toda a informação de ordem comercial, industrial ou profissional feita com o objectivo directo ou indirecto de promover junto do público a venda de um bem ou a prestação de um serviço, qualquer que seja o local ou o meio de comunicação utilizado.

4 – A sentença será publicada.

⁵ Como diz o P.Silva Dias, op.cit. p.10 – *A Sociedade de Consumo não só dá resposta a necessidades humanas, mas cria ela própria em larga escala essas necessidades transformando o consumidor de sujeito em objecto manipulável.*

⁶ J.C.Moitinho de Almeida, op.cit., p.8.

O bem jurídico que neste preceito se pretendia tutelar e defender, coincidia primordialmente, com os interesses dos consumidores (patrimoniais) e, reflexamente com a economia (nacional) no seu todo.

O sujeito activo desta infracção, poderia ser qualquer pessoa, fosse ou não profissional da actividade publicitária (embora como é óbvio fosse praticado com maior frequência por profissionais: anunciante, titular do suporte publicitário, etc.).

Segundo **Carlos Codeço**⁷ esta infracção poderia ser cometida por acção ou omissão. Poderia o sujeito activo praticar este crime por acção, quando se socorria, por exemplo, de estatísticas ou testemunhos falsos; e por simples omissão, quando por hipótese, deixara de indicar a região de certo vinho de mesa.

A violação prevista no **nº 1** deste artigo, dos preceitos correspondentes aos artigos **7º, 12º e 16º do DL nº 303/83 de 28 de Junho**, correspondiam ao princípio da veracidade e da consequente proibição da Publicidade Enganosa.

O **nº 2** desta norma, previu outras modalidades deste crime de publicidade fraudulenta, já dentro do círculo da concorrência desleal.

Quanto ao elemento subjectivo do crime os **nº1 e nº2** era sempre dolo genérico, já que o agente devia actuar com vontade livre e consciente de violar as determinações legais sobre publicidade de bens ou serviços. Nos termos do **Acórdão da Relação de Lisboa de 1988**⁸

Constitui a prática de um crime de publicidade enganosa fraudulenta a exposição, para venda, de produto alimentar em que, com propósito de obtenção de lucro, e sem que tal corresponda à realidade, esteja colocado um rótulo em que se afirme que o mesmo é recomendado pelas maiores sumidades médicas a todas as crianças, pessoas nervosas e de avançada idade.

Estes dizeres supra citados, como salienta o douto acórdão, visavam promover a aquisição pelo público em geral do produto nas embalagens contido, fazendo menção de forma autorizada, a recomendações feitas por médicos e atribuindo à cevada X, ainda que indirectamente, propriedades medicinais que aquele produto não possuía, induzindo, deste modo, em erro, quanto às características desse produto, o consumidor. Deste modo o rótulo continha uma mensagem destinada aos consumidores, a qual falseava a verdade quanto às características do bem em causa, utilizando tais dizeres como meio de publicitar e

⁷ in Delitos Económicos, Livraria Almedina, Coimbra 1996 p.p.194/199

⁸ Acórdão da Relação de Lisboa de 13-04-88, in Worl Wide Web, Ministério da Justiça

popularizar o consumo de tal produto, aumentando facilmente deste modo as vendas e auferindo um lucro acumulado injustificado ao longo de quarenta anos.

Tal seria também o caso, por exemplo, de dizer-se que uma água mineral é *digestiva, refrescante, recomendada às pessoas que padecem do fígado*.

O DIREITO PENAL ECONÓMICO LATO SENSU – A NECESSIDADE DE PROTECÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS

Na sociedade de consumo irrompem novos riscos, com tendência globalizante, que coexistem com os riscos tradicionais (o consumo de massas característico das sociedades modernas regista a presença de riscos calculáveis e de riscos incontrolláveis).

As técnicas agressivas da publicidade de massas e dos métodos promocionais de venda induzem frequentemente os consumidores em erro em grande escala, causando danos pessoais e patrimoniais avultados.

A publicidade, que não prescinde dos mais variados técnicos, artistas, sociólogos, criadores de testes e psicólogos, visa, assim, colher o consumidor no oportuno momento de ser convencido.⁹

A irrupção de um novo tipo de agressões a necessidades humanas básicas realça-nos, para a urgência em mobilizar *velhos* e novos instrumentos de tutela para a sua protecção.

Como salienta o **Prof. Figueiredo Dias**¹⁰, a função do direito penal *prima facie*, reside na *protecção de bens jurídicos, entendendo-se por estes os interesses fundamentais que se apresentam ao direito penal como valiosos*.

Ora, relativamente à questão aqui gizada referente ao tema em causa (Publicidade Enganosa na Sociedade de Consumo) estamos em presença por um lado de actos económicos, por outro, dos interesses ou bens jurídicos em causa serem essencialmente supra-individuais.

⁹ J.C.Moitinho de Almeida, op.cit. p.23. Salienta também este autor, que *o texto de um anúncio, a imagem, as cores, a apresentação tipográfica, o timbre da voz, podem agindo psico-emotivamente a níveis inconscientes, influir em termos apreciáveis na decisão do consumidor* – p.24.

¹⁰ in A Reforma do Direito Penal Português. Princípios e orientações fundamentais, B.F.D.U.C., Vol.XLVIII, Coimbra, 1972, P.116.e ss.

O risco próprio da sociedade do risco é produzido em larga escala, ameaçando um conjunto vasto e indeterminado de pessoas. Além disso, não é controlável em si mesmo: dominável é apenas o comportamento ou comportamentos, que o podem desencadear.

Estamos pois, perante novos riscos, em que, o carácter impreciso das acções e a ampla superfície dos bens jurídicos contra os quais atentam, são a nota dominante.

Cabe-nos pois, aqui, trazer à luz a discussão de ser ou não necessária a intervenção do direito penal nesta matéria tão melindrosa, baseando-nos numa antecipação da tutela através da eleição de bens jurídicos vagos e do recurso a crimes de perigo abstracto. Ou seja, a repressão da publicidade enganosa terá que passar por uma criminalização de tais condutas com a inerente criação, quanto a este caso, de um novo tipo de ilícito criminal, ou será que os meios tradicionais do direito penal clássico serão suficientemente eficazes para dar resposta a este problema?

Além disso terá sido uma opção legislativa correcta ao ter descriminalizado o crime de publicidade fraudulenta¹¹ passando-o a ilícito de mera ordenação social?¹²

Iremos então de seguida debater estes problemas complexos.

Tendo em conta o que acabámos de questionar, *como se compreenderia que, sendo uma ofensa corporal simples punível com pena de prisão até três anos, se renunciasse à punibilidade de comportamentos que podem pôr em risco a saúde ou a segurança de centenas ou milhares de pessoas? Ou que, sendo uma burla vulgar punida com idêntica moldura penal, permanecessem impunes (ou fossem definidas como contra-ordenações) fraudes massivas, ligadas ao incitamento ao consumo ou técnicas ilícitas de venda que, tudo somado, representam o arrecadamento de grossas maquiãs?*

Os bens jurídicos que poderão aqui estar em causa e que adiante se designarão, são bens colectivos dotados de referente pessoal com carácter de direitos sociais e de interesses difusos. São da pessoa, não enquanto ser individual, mas como indistinto ser social.

Ora, o titular não existe menos por ser difuso. O interesse difuso designa assim uma pretensão que não é exclusiva de um só indivíduo, antes pertence de forma idêntica a um conjunto mais ou menos indeterminado de pessoas, ou seja fragmenta-se numa pluralidade

¹¹ Ter em conta que o movimento de neocriminalização ocorreu, em Portugal com a aprovação do Dec.Lei. 28/84 de 20 de Janeiro, que situando-se no domínio do direito penal económico, trouxe à luz algumas infracções (como era o caso do artº40º). – Ferreira Monte, In Da Protecção Penal do Consumidor, Almedina, Coimbra, 1996, p.23.

¹² O Prof. Silva Dias in op.cit.p.22 refere Hirsch: “ não é possível tratar uma situação típica do século XXI com equipamento intelectual e jurídico-dogmático herdado do século XVIII.

de situações subjectivas. São direitos circulares, no sentido em que o titular do direito é simultaneamente destinatário do dever.

Desde já, é necessário distinguir o que se entende por direito penal económico em sentido estrito, ou seja, quando se tem em conta apenas o conjunto de normas jurídico-penais, que protegem a relação jurídica do intervencionismo estatal na economia, o que significa, que a ordem económica é susceptível neste sentido estrito de constituir um bem jurídico a proteger. Todavia no caso em apreço, o que nos interessa é o direito penal económico na sua acepção ampla, já que é neste, que se encontram as infracções verificadas nas relações de consumo. O mesmo é composto pelos tipos penais, que protegem a ordem económica entendida como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Falar-se-á então aqui numa perspectiva socio-económica atendendo a que, o bem jurídico directamente protegido diz respeito às próprias relações económicas v.g a confiança, o património, a saúde, a segurança, etc.

É neste sentido que ganha relevo a protecção penal do consumidor, uma vez que, no plano individual, o direito penal cede lugar a outros meios de protecção. Nas relações de consumo globais e colectivas, onde marcam presença os interesses supra-individuais (difusos e colectivos), revê o direito penal (secundário) a sua função.¹³ É de notar como afirma **J. Marques Borges** que *tal direito é constituído em grande parte por delitos de perigo*.

À primeira vista pareceria que o enquadramento de tais infracções estaria resolvido. Mas não podemos ter em conta apenas as relações de consumo na sua vertente economicista, já que em tais relações não estão só presentes interesses económicos mas sim sobretudo aspectos psico-fisiológicos ligados directamente ao consumidor (saúde, integridade física e moral), mas, também, outros de diversa natureza, tais como a informação, a sanidade, a segurança e todos os demais aspectos técnicos. Há pois nos interesses referidos outras normas de protecção ligadas à actividade administrativa que correspondem ao direito penal administrativo. Ora, há que ter em conta tal *panóplia* de interesses, que podem vir a ser afectados, já que, enquanto que o direito penal económico reprime violações à ordem económica o direito penal administrativo reprime violações à ordem social.

Existe assim uma complementaridade com vista a uma só realidade- - a ordem económico-social e a tutela dos bens jurídicos ligados a tal ordem vêm pertencer ao chamado direito penal administrativo económico que além de ser extravagante, acessório ou secundário visa

¹³ Ferreira Monte, op.cit. p.42

proteger bens jurídicos de natureza supra-individual, como são o caso das infracções cometidas no incitamento ao consumo designadamente a publicidade enganosa.

O direito penal secundário (que é especial em relação ao direito penal) existe por referência aos direitos sociais e económicos consagrados na Constituição e não aos direitos, liberdades e garantias.

Apesar de tais infracções se verificarem relativamente a bens jurídicos tradicionalmente ligados ao direito penal clássico porque ligados aos direitos, liberdades e garantias, não nos impedem de defender uma certa autonomização do direito penal de consumo.

A consagração na lei fundamental de interesses dos consumidores constitui um índice de uma elevada relevância social, o que fornece uma indicação valiosa ao legislador penal na hora de decidir se tais direitos devem ser penalmente protegidos e quais as formas politico-criminalmente adequadas a essa protecção.¹⁴

¹⁴ Silva Dias, op. Cit. p.39

A PUBLICIDADE COMERCIAL E A SUA CONSEQUENTE VIOLAÇÃO – A PUBLICIDADE ENGANOSA

A publicidade comercial é um processo de incitamento de massas como já foi salientado (vide supra) e, como tal violadora de bens jurídicos supra-individuais. Desde já convém salientar duas notas caracterizadoras da mesma: existe independentemente do consumo e em geral dirige-se a um número indeterminado de pessoas. Distingue-se também da própria informação, por nesta última faltar o elemento teleológico caracterizador da mesma – o incitamento ao consumo.

Já me tendo referido anteriormente ao princípio da verdade na publicidade, gostava agora de referir o princípio da inofensividade (ou da preservação da saúde e segurança do consumidor), que tem como objectivo proibir ou evitar toda a publicidade que possa incitar o consumidor a adoptar comportamentos que possam prejudicar ou fazer perigar a sua saúde ou segurança – *art. 13º do Código da Publicidade* (neste campo é de difícil prova o nexo de causalidade entre a publicidade e o comportamento lesivo).

Uma questão que se coloca aqui reside no seguinte: não estará tal infracção já abrangida por outro tipo legal de crime como as ofensas corporais ou até o homicídio, não sendo por isso necessário criar um ilícito novo?

Parece que não, já que os danos daqui emergentes reportam-se a uma conduta praticada no âmbito de uma relação de consumo e além disso a publicidade é capaz de provocar esses danos a um número indeterminado de pessoas.

Ora, respeitadas as regras do concurso de crimes, parece haver interesse em configurar um novo tipo de ilícito, mesmo que preveja a protecção de bens jurídicos semelhantes (vida, integridade física e psíquica, segurança, etc.), já que, pela forma especial como são ofendidos poderá ocorrer quer a lesão, quer o perigo de lesão, o que pode levar a que não sejam integralmente e perfeitamente subsumíveis naqueles tipos legais de crimes.

Como se sabe e já foi salientado, o nosso legislador optou pela descriminalização, remetendo tais condutas para o ilícito de mera ordenação social (punindo com coima tais infracções).

Note-se que, não fez qualquer distinção entre situações de mera perigosidade ou de mero encorajamento e situações de efectiva verificação do comportamento e de lesão, sendo duvidoso que ambos os casos sejam subsumíveis no *art.13º do Código da Publicidade*.

Também não se criou qualquer tipo legal de crime para situações em que os comportamentos daquela natureza se verifiquem, mas não se subsumam aos tipos legais de crimes já existentes.

Existem pois dois tipos de situações: a conduta infractora como perigosa, apenas bastando a verificação de ser possível a publicidade incitar a tais comportamentos lesivos (dos bens jurídicos referidos, sem ser necessário os mesmos verificarem-se - sem que se produza tal lesão efectiva). Quanto ao segundo tipo abarcará a própria lesão dos bens jurídicos protegidos devido à existência dessa publicidade.

Embora seja difícil demonstrar tal apetência (ou seja da própria causalidade em si, ou seja a incitação poder levar a tais comportamentos), parece importante, existir uma maior utilização da figura dos crimes de perigo para o combate *a novos fenómenos sociais, anteriormente inexistentes e raros e que desencadeiam consequências insuportáveis contra as quais só o direito penal é capaz de proporcionar protecção suficiente.*¹⁵

A publicidade enganosa em si é composta de dois elementos essenciais: o elemento material consiste nas alegações, indicações ou apresentações publicitárias que são falsas, induzem em erro ou são susceptíveis de o fazer.

Quanto ao primeiro caso é de fácil definição, já que consiste na pura e simples oposição à verdade. Quanto ao segundo caso, referido em França como ambiguidade, consiste em através de uma acção psicológica se criar uma certa impressão, no espírito do destinatário, fazendo-lhe crer como verdadeiro algo que, efectivamente não o é (aqui o que existe é antes uma indução em erro ou a susceptibilidade de indução em erro do destinatário).

Para a determinar é necessário, relacionar a própria mensagem com o público destinatário. Quanto à regra de apreciação deverá ser mitigada, ou seja, primeiro analisa-se em abstracto, o conteúdo da mensagem independentemente do destinatário ser o consumidor médio ou não. A seguir, tendo em conta caso a caso, poderá o juiz em situações excepcionais, analisar em concreto (indivíduos que fujam do conceito de consumidor médio, como são os casos de grupos de risco – crianças, adolescentes, idosos, meios rurais, baixo nível cultural e económico, etc.).

Quanto ao elemento psicológico há que atender se a intenção (*art.16º do Código Penal* – com dolo ou por negligência por não ter tido o cuidado de aferir do conteúdo enganoso da mensagem) do anunciante é relevante ou não.

¹⁵ Figueiredo Dias, Os novos rumos da politica criminal e o direito penal português do futuro in R.O.A., ano 43, 1983, p.21

A publicidade enganosa existe em si mesma independentemente do elemento psicológico mas para poder ser qualificada de crime terá de existir tal situação de engano (de acordo com o próprio princípio da culpa – *art.13º do Código Penal*, ou seja poder atribuir um juízo de culpabilidade e censurabilidade ao agente).

O CRIME DE PUBLICIDADE ENGANOSA COMO CRIME DE PERIGO

Cumpra agora saber, se bastará para a incriminação o desvalor da acção como ofensa do bem jurídico ou bens jurídicos protegidos (por ser suficiente a actividade em si – acção criminosa) ou se terá que concorrer com um qualquer resultado idóneo por ela produzido; ou seja se por a publicidade ser falsa, induzir em erro ou ser susceptível de induzir em erro, sendo em si uma acção já desvaliosa, bastará, por já preencher os elementos do tipo legal (já que existe neste caso um perigo de lesão) ou se será necessário efectivar-se a lesão, qualificando-se então como crime dano.

Sendo a publicidade dirigida a um número indeterminado de pessoas incitando-as a consumir poderão daí advir vários danos v.g. do património, da saúde, da segurança, a confiança, a ordem económica, etc.

Parece, que aqui o fundamental é que a acção em si é criminosa, pois preencherá os elementos do tipo, pondo em perigo a lesão de bens jurídicos, sem ser necessário a produção do resultado em si. Ela é em si mesma, uma actividade perigosa, pois o profissional pretenderá enganar o consumidor, para levá-lo a consumir. Logo temos que lançar mão, de uma protecção preventiva e não esperar por uma actuação repressiva à posteriori, pois os danos a se produzirem poderão ter consequências catastróficas, dado o número de resultados danosos que se poderão verificar, devido ao processo de incitamento das massas.

Chegados a este ponto, convém distinguir o que se entende por crimes de perigo concreto e de perigo abstracto. Segundo o **Prof. Eduardo Correia**¹⁶, quanto aos primeiros a lei exige *a verificação efectiva desse perigo*, (ou seja o perigo constará dos elementos que tipificam o crime) *enquanto nos segundos, a lei não exige tal resultado, mas supõe-o iuris et de iure* – ou seja para a sua consumação basta a realização da conduta descrita.

¹⁶ Direito Criminal I, com a colaboração de Figueiredo Dias, Almedina, Coimbra, 1971, p.287 e s.s.

Se exigisse a verificação efectiva, correr-se-ia o risco de se passar imediatamente do perigo à concretização. Parece-me, que sendo assim, o crime de publicidade enganosa será um crime de perigo abstracto.

Mais, o crime de publicidade enganosa, terá de ser qualificado como um crime de perigo comum, já que é susceptível de causar um dano não controlável e por isso difuso (pois põe em causa interesses supra-individuais, mesmo que integre ofensas a interesses individuais), ou seja com competência expansiva para causar alarme social (vasto e grave), sendo necessário garantir a segurança comum das pessoas como um todo individual.

Sendo um crime por si, que potencia um perigo para bens jurídicos diversos, indispensáveis à vida em comum, e como fenómeno de incitamento de massas que é, todos merecem igual protecção, independentemente, de ser só um a vê-la ou senti-la e que só esse sofra ou possa sofrer o prejuízo (já que, se põe em perigo bens jurídicos de várias pessoas, não é primacial individualizar de entre esse número os que em concreto o possam sofrer).

Só assim, poderá acontecer uma protecção real e eficaz do consumidor, porque preventiva e actuante, não se estando à espera de uma efectiva lesão ou uma concretização do perigo.

O CRIME DE PUBLICIDADE ENGANOSA E O CRIME DE BURLA

(ART. 217º DO CÓDIGO PENAL)

A questão fulcral é saber, se o crime de publicidade enganosa preencherá todos os elementos típicos do crime de burla p.p. do *art.217º do Código Penal*. Se assim for torna-se desnecessário a sua criminalização.

Existe desde logo um elemento idêntico, ou seja o ânimo de obter lucro ou enriquecimento (dolo específico) por parte do agente (de notar que não é necessário efectivo enriquecimento, sendo por isso o crime de burla de resultado cortado ou parcial).

Existirá uma certa diferença já no que se refere à provocação astuciosa na burla¹⁷ (*mise en scène*), já que a publicidade enganosa existirá sempre, desde que seja simplesmente falsa,

¹⁷ Neste caso há que investigar se, para além da mentira algo existe que lhe confira o atributo de *astuciosa*.
J.J. Moitinho de Almeida, op.cit. p. 16

ou seja sem necessidade de uma manobra fraudulenta¹⁸ (em que haja a própria intenção de enganar¹⁹, idónea para induzir a vítima em erro).

No caso de a vítima agir sob erro sem ter sido induzida para tal ou sem ter sido simplesmente enganada, parece não poder falar-se de crime de burla²⁰

Mesmo quando a publicidade não é totalmente falsa mas apenas susceptível de induzir em erro pode verificar-se a mesma, pois pode resultar tal violação de uma omissão de um dever de informar (com verdade) subjacente à publicidade. Embora aqui não se encontre grandes diferenças, pois na minha opinião é defensável a comissão por omissão do crime de burla²¹²² tal como diz o **Prof. Sousa e Brito**²³ *a eliminação da referência ao “aproveitamento” do erro do sujeito passivo, significam no confronto com o nº 1 do art. 212º do projecto PE 1966, uma subordinação da burla por omissão ao regime geral do art.10º do Código Penal, e, assim uma limitação do seu sancionamento ao casos em que o agente se encontra investido num “dever de garante” pela não verificação do resultado.*

Mais importante para a distinção será, o prejuízo patrimonial uma vez que o bem protegido na burla é o património. Tal requisito não estará presente na publicidade enganosa, já que tratando-se de um crime de perigo, consumir-se-á apenas na própria acção, independentemente de lesão patrimonial dos consumidores. Além disso, a publicidade

¹⁸ A confiança depositada no suporte da publicidade, assim como a imagem de um anunciante financeiramente apto, pois de outro modo seria incapaz de satisfazer os elevados encargos publicitários, são elementos que contribuem para tornar crível a fraude. Existe uma grande confiança depositada nos mais poderosos suportes publicitários (imprensa, rádio e televisão). J.J. Moitinho de Almeida op.cit. p.p. 15 e 24

¹⁹ Em primeiro lugar exige-se o dolo do anunciante, dolo que, escondido em habilidosa redacção da mensagem publicitária, dificilmente se provará. J.J. Moitinho de Almeida, op.cit. p. 17

²⁰ Nesta óptica, dir-se-ia que, na vida corrente, em particular no mundo dos negócios, não apenas existem múltiplas actividades que veiculam uma visão distorcida da realidade, sem que, por isso devam considerar-se, de facto, enganosas (v.g. na órbita da publicidade comercial), mas sobretudo compete, em primeira linha, às pessoas adoptarem as cautelas necessárias à defesa dos seus interesses. Em conformidade, só na hipótese do comportamento pelo especial engenho ou astúcia que reveste se mostrar susceptível de iludir o cuidado que no sector em causa, normalmente se espera de cada um, se estaria perante uma situação merecedora de tutela jurídico-criminal. Almeida Costa, in op.cit p.297

²¹ O Prof. Figueiredo Dias (vide actas do projecto do Código Penal de 1982 – BMJ 287, de Junho de 1979), salientou que a expressão *aproveitou* (o erro ou o engano) deveria sair, pois tal levaria à punição da burla por omissão. Contrariamente defendeu o Prof. Eduardo Correia que não se deveria afastar a punição da burla por omissão já que a eliminação dessa expressão significa o afastamento da possibilidade de realização geral da burla por omissão, violando apenas um dever de esclarecimento mas não a possibilidade de realização por omissão nas condições específicas do art. 10º: a exigência típica do resultado, o que se verifica, e a existência de uma posição de garante. Assim sendo, o silêncio de alguém que tem um dever de esclarecimento fundado numa posição especial de protecção do património alheio (fundada na lei, num contrato, etc.) ou no controlo de uma fonte de perigo (a ingerência) configura uma astúcia por omissão subsumível ao tipo do art.217º. In Silva Dias, op.cit. p.50

²² Contra Ferreira Monte op.cit. p.138 e 139. Fernanda Palma e Rui Pereira, O crime de burla no Código Penal de 1982 – 95, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol.XXXV, 1994, p.326 e s.s.

²³ in Direito Penal II, 1981, Lisboa, p.135 e s.s.

enganosa, poderá afectar outros bens jurídicos, além do património, como a ordem económica, a confiança no mercado ou a saúde, segurança, etc.

Logo, não parece certo, integrar a publicidade enganosa no crime de burla pelas regras da consumpção, já que raramente se verificará uma *mise en scène* na publicidade enganosa, e além disso sendo um crime de perigo, não necessita da produção de uma lesão efectiva como o crime de burla quanto ao património, pelo que poderá ter já ocorrido o crime de publicidade enganosa e não ter ocorrido um crime de burla.

Seria pois, altamente nefasto, estar a exigir a produção de prejuízo patrimonial para a verificação de um crime de burla publicitária (tendo em conta que a permissão do prejuízo de massas cuja repressão penal já não evitaria, seria para o infractor um resultado aceitável e um risco que correria, atendendo aos lucros que obteria com tal publicidade).

Logo o crime em si, de burla publicitária, não abarcará todas as situações dignas de protecção penal pelas razões apontadas, embora à falta de melhor, ser no fundo um mal menor, ter de se recorrer à burla (publicitária) para tutelar e proteger os interesses dos consumidores.

Analisando o crime de burla, verificamos que ele não cobre determinadas agressões contra os interesses económicos dos consumidores. Pensado para a tutela do património individual, ele não constitui o instrumento adequado para responder a lesões de interesses difusos que surgem no âmbito de relações globais e colectivas como são cada vez mais as relações de consumo²⁴.

A mera existência do crime de publicidade enganosa é suficiente para a punição penal independentemente da produção de prejuízos e do enriquecimento do infractor ou da existência de manobras fraudulentas.

Gostava de salientar em conclusão que a publicidade não se confunde com a venda à distância, nomeadamente com a venda por correspondência. Mas se na publicidade vai incluída a proposta de venda e essa proposta é falsa ou induz em erro, de certo modo, o crime de publicidade enganosa está consumado e, como tal, é suficiente para consubstanciar também, o crime, enquanto venda à distância.

²⁴ Silva Dias, in op.cit.p.80

A NECESSIDADE DE TUTELA PENAL DA PUBLICIDADE ENGANOSA

Por certo como já vimos, dada a *homogeneidade do chamado direito penal secundário - e dada a existência de uma distinção material entre o direito penal clássico ou de justiça e o direito penal administrativo extravagante, secundário ou económico-social impôs-se que aquele fosse minimamente condensado por forma a que exorbitasse o Código Penal, contendo em alguns aspectos, uma disciplina assaz diferente da que existe no direito penal geral*.²⁵

Como se sabe o direito penal só pode intervir quando se torna necessária (princípio da necessidade de intervenção conjugado com o princípio da intervenção penal mínima) a protecção de bens jurídicos, bens esses socialmente relevantes e dignos de tutela penal.

Mesmo um bem jurídico penalmente relevante, se for violado, poderá não intervir o direito penal, se outros mecanismos se revelarem eficazes para a sua protecção. O direito penal só deve intervir onde se verificam lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais da livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem.

O legislador constituinte optou, claramente, por consagrar, ao nível da **Constituição (art. 60º)**, certos valores ligados ao consumidor e, portanto, às relações de consumo, como sendo indispensáveis para a própria vida, valores esses sem o respeito pelos quais não seria possível o entretecimento de tais relações.

O direito penal, através das estratégias preventivas referidas, pode desempenhar aqui um papel valiosíssimo, já que, qualquer sanção de natureza civil ou administrativa ou ainda qualquer sanção pecuniária extra-penal como será o caso da coima pode não dissuadir o profissional que, pesados os factores favoráveis e desfavoráveis, poderá considerar ainda interessante praticar a infracção aludida.

Como diz o **Prof. Faria Costa**²⁶, *haverá uma situação de perigo sempre que a produção do resultado desvalioso é mais provável que a sua não produção, o que acontece indubitavelmente pelas razões atrás apontadas na publicidade enganosa (incitamento de*

²⁵ Ferreira Monte, in op.cit. p. 263

²⁶ Citação feita por Ferreira Monte in, op.cit. p. 303

massas, interesses supra-individuais²⁷, o consumidor é mais vulnerável e pouco preparado existindo um desequilíbrio evidente), pois os destinatários convencidos e ludibriados em tais processos de comunicação persuasivos serão em maior número dos que não são influenciados. Para o **Prof. Faria Costa** – há perigo sempre, que através de um juízo de experiência, se possa afirmar que a situação em causa comportava uma forte probabilidade de o resultado desvalioso se vir a desencadear ou acontecer.

Atendendo à diversidade já aludida, deste processo de incitamento ao consumo, poder levar à afectação de vários bens jurídicos, não parece defensável devido a essa variedade de bens a proteger, que se fossem multiplicar a criação de ilícitos-tipo na modalidade de perigo concreto levando ao *desabrochar* de vários tipos legais de crimes (aqui está toda a relação do consumo em causa, não sendo conveniente, individualizar ou proteger por serem mais ou menos relevantes determinados bens jurídicos).

Parece-nos pois essencial, de acordo com o Prof. Ferreira Monte tipificar tais infracções como crimes de perigo abstracto, já que nestas não está em causa a ofensa de bens jurídicos concretos mas antes o “ desvalor de cuidado de perigo “, embora nos mesmos se continue a proteger um bem jurídico com dignidade penal²⁸ (que protegem nestes casos ou promovem imediatamente, se bem que só por forma indirecta, bens jurídicos sociais – **Prof. Figueiredo Dias**).

Nestas situações, em que tais processos, podendo pôr em perigo bens jurídicos, não nos oferecem claramente o perigo da ofensa de determinados bens jurídicos, será pois suficiente, formular o tipo legal de crime de forma a contemplar-se o desvalor de cuidado de perigo, sem a preocupação de o fazer ligar à existência de um perigo como integrante do tipo de ilícito, nem à concreta protecção de bens jurídicos.

Também o **Prof. Silva Dias**, ao referir-se à necessidade de protecção de crimes contra a saúde e segurança dos consumidores, admite que possam ser incriminadas formas antecipadas de ameaça aos bens jurídicos em causa (relativos a interesses difusos), como seria o caso da incriminação da publicidade que induz o consumidor à prática de actos que põem em perigo a sua saúde e segurança (como incitamento à auto-colocação em perigo massiva no ilícito criminal criado).

²⁷ A proibição jurídico-penal de comportamentos económicos só é legítima para defender direitos ou interesses pessoais, individuais ou difusos. Para sancionar condutas meramente disfuncionais ao sistema económico existem mecanismos alternativos, nomeadamente o direito das contra-ordenações. Silva Dias, in op.cit.p.105

²⁸ Como diz Startenwerth *só se pode falar de crimes de perigo abstracto em relação a bens jurídicos concretos*.

Por último, gostava muito resumidamente de salientar um ponto de extrema importância e de grande controvérsia nos meios doutrinários, como seja: apesar de no direito penal clássico, em larga medida, vigorar o princípio *societas delinquere non potest*, não impede que a protecção penal do consumidor, por se inserir no direito penal secundário e por aqui se verificar uma maior aceitação e instituição da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, seja feita com a possibilidade destas poderem efectivamente ser responsabilizadas e punidas criminalmente.

A defesa da impossibilidade da responsabilização criminal das pessoas colectivas levaria à desprotecção do consumidor por serem aquelas as principais protagonistas das infracções verificadas no consumo, além de que tal defesa só se compreenderia em função de princípios dogmáticos ultrapassáveis em prol de uma justiça efectiva²⁹.

Sob pena, de estar a ser exaustivo, dir-se-á concluindo este pequeno estudo, que o recurso à criminalização da publicidade enganosa através da figura dos crimes de perigo abstracto será a via adequada para fazer face aos problemas levantados a que como vimos o direito penal clássico não consegue dar uma resposta suficiente e integral.

Note-se que tal entendimento e postura perante tais situações, não impede a concepção dos crimes de desobediência a ordens e prescrições emanadas de órgãos centrais e titulares do consumo em geral e dos processos de incitamento em particular.

²⁹ Também o Prof. Silva Dias realça que *qualquer ampliação da responsabilidade criminal nesta área deverá passar pela criação de incriminações contra bens jurídicos supra-individuais implicados nas relações de consumo consagrando-se assim a responsabilidade criminal das pessoas colectivas, até para obviar aos problemas suscitados pela autoria de tais crimes*, in op.cit. p.79

BIBLIOGRAFIA

- ✓ Almeida, J.J. Moitinho, Publicidade Enganosa, Arcádia, 1975
- ✓ Brito, Sousa e, Direito Penal II, 1981, Lisboa
- ✓ Codeço, Carlos Emílio, Delitos Económicos, Livraria Almedina, Coimbra, 1986
- ✓ Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, tomo II – (arts.202º a 307º), dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999
- ✓ Dias, Silva, Protecção Jurídica Penal dos Consumidores, 2ª edição, Coimbra, 2000
- ✓ Gonçalves, M. Maia, Código Penal Português Anotado, 10ª Edição, Almedina, Coimbra, 1996
- ✓ Monte, Mário Ferreira, A Protecção Penal do Consumidor, Almedina, Coimbra, 1996
- ✓ Palma, Fernanda e Pereira, Rui, O Crime de Burla no Código Penal de 1982 – 95, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol.XXXV, 1994
- ✓ Pinto, Paulo Mota, Direito da Publicidade, Coimbra, 1999
- ✓ Robalo, António Domingues Pires, Código Penal Português, Livraria Petrony, Lda Editores, 1997
- ✓ World Wide Web, Acórdãos dos Tribunais da Relação e do Supremo Tribunal de Justiça, Ministério da Justiça