
1

PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE GÉNERO NA PUBLICIDADE: ABORDAGEM COMPARADA DE DIREITO LUSO-BRASILEIRO¹

Ana Clara Azevedo de Amorim²

RESUMO

Face ao impacto sociocultural da comunicação comercial, o presente trabalho visa analisar a promoção da igualdade de género nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, nomeadamente no que se refere aos mecanismos sancionatórios da publicidade sexista. Trata-se de um estudo qualitativo, assente no levantamento bibliográfico e legislativo, bem como na análise detalhada de decisões dos organismos de autorregulação competentes, tanto em Portugal como no Brasil. Conclui-se que o contributo do direito da publicidade não parece estar dependente de qualquer alteração legislativa, bastando que se reequacione o fundamento axiológico de algumas restrições ao conteúdo das mensagens e que se reconheça a importância da tutela dos destinatários, independentemente de uma decisão de transação. Os sistemas de autodisciplina encontram-se atualmente em condições privilegiadas para promover a igualdade

¹ **Como citar este artigo científico.** AMORIM, Ana Clara Azevedo de. Promoção da igualdade de género na publicidade: abordagem comparada de direito luso-brasileiro. In: **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, v. 15, n. 3, p. 15-47, set.-dez. 2023.

² Doutora em Ciências Jurídicas Privatísticas pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro do Gabinete Técnico-Jurídico da Auto Regulação Publicitária. Professora Auxiliar da Universidade Portucalense. *e-mail*: ana_amorim2003@hotmail.com

de gênero na comunicação comercial, dada a flexibilidade na abordagem de situações em constante mutação e dotadas de uma complexidade crescente.

Palavras-chave: direito da publicidade, igualdade de gênero, publicidade ilícita, publicidade abusiva, dignidade.

SUMÁRIO. 1 Introdução. 2 Fundamentos constitucionais do direito da publicidade. 2.1 A proteção dos consumidores. 2.2 A proteção dos destinatários e a proibição de discriminação. 3 Preocupação com a igualdade de gênero na comunicação comercial. 3.1 Evolução do apelo a sentimentos e tendência de liberalização. 3.2 A publicidade ilícita no ordenamento jurídico português. 3.3 A publicidade abusiva no ordenamento jurídico brasileiro. 4 Mecanismos sancionatórios. 4.1 O recurso a sistemas de autodisciplina. 4.2 A reação do mercado como manifestação da consciência ética da comunidade. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A publicidade assume um papel determinante no processo de comercialização, como instrumento da diferenciação dos profissionais e da própria dimensão simbólica do consumo, deixando de relevar apenas como mecanismo de escoamento da produção. Mas assume, igualmente, um papel determinante na construção das ideologias, tendências e expectativas dominantes em cada época histórica, especialmente quando abandona o recurso a argumentos de natureza técnica e funcional, relativos às características demonstráveis e aos benefícios decorrentes da utilização dos produtos, passando a convocar sobretudo a componente emocional da decisão de transação.

Em 22 de junho de 2017, preocupada com o impacto sociocultural da comunicação comercial, Phumzile Mlambo-Ngcuka, Subsecretária geral da Organização das Nações Unidas (ONU) e Diretora Executiva da ONU Mulheres, criou com um conjunto significativo de anunciantes em nível mundial, a “Unstereotype

Alliance”, iniciativa destinada a erradicar os estereótipos de género frequentemente veiculados pelas campanhas publicitárias.

Num contexto económico, social e tecnológico em constante mutação, importa ponderar como pode o direito da publicidade contribuir para a promoção da igualdade de género, sobretudo face à crescente globalização dos mercados. Assim, depois de delimitados os fundamentos constitucionais do direito da publicidade, serão abordadas as principais questões suscitadas pela preocupação com a igualdade de género na comunicação comercial, bem como o respetivo enquadramento nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Por fim, serão referidos os mecanismos sancionatórios da publicidade sexista, ponderando-se a respetiva efetividade na promoção da igualdade de género.

2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DA PUBLICIDADE

O direito da publicidade regula a comunicação destinada a promover produtos ou serviços no exercício de uma atividade económica. A garantia da liberdade publicitária dos anunciantes funda-se axiologicamente na liberdade de expressão, enunciada no artigo 37.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) e no artigo 5.º, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil (doravante CF). Neste sentido, a regulação da comunicação comercial – em especial, as restrições ao conteúdo das mensagens – deve, de acordo com o princípio da proporcionalidade, limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Em nível legislativo, o direito da publicidade resulta hoje em Portugal sobretudo do Código da Publicidade (doravante CPub) e do regime jurídico das práticas comerciais desleais, aprovado pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março, na sequência da transposição da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005, relativa às Práticas Comerciais Desleais das empresas

face aos consumidores no Mercado Interno. No Brasil, o direito da publicidade enquadra-se nos artigos 36 a 38 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (doravante CDC).

2.1 A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

A proteção dos consumidores funda-se na necessidade de acautelar a vulnerabilidade resultante da assimetria de informação e do desequilíbrio de poder de negociação face aos profissionais. Enquanto mecanismo de proteção da parte mais fraca da relação jurídica de consumo, constitui uma tentativa de superar a inadequação das soluções propostas pelo direito privado comum, especialmente relevante num contexto histórico de excesso de oferta (ANDRADE, 2002, p. 46).

A constatação da vulnerabilidade dos consumidores surgiu com a generalização do consumo de massas que se verificou no continente europeu a partir dos anos 70 do século XX, quando a procura deixou de se limitar aos bens de primeira necessidade. Na tomada de decisões económicas, os consumidores ficavam dependentes dos conteúdos que lhes eram unilateralmente transmitidos pelos produtores e pelos distribuidores, detentores em exclusivo da informação sobre o mercado e do controlo da tecnologia (KITCHEN, 2003, p. 15).

É no quadro desta relação de poder privado que se justifica o movimento de proteção dos consumidores, cuja origem simbólica se encontra na mensagem dirigida pelo Presidente John Kennedy ao Congresso norte-americano em 15 de março de 1962. Em nível europeu, este movimento concretiza-se com a aprovação da Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção do Consumidor de 17 de maio de 1973 e do Programa Preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma Política de Proteção e Informação dos Consumidores de 14 de abril de 1975. Aqui se consagram os cinco eixos da proteção dos consumidores que viriam a influenciar a redação do artigo 60.º da CRP:

1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.
2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa.

Ao contrário do que se verificava no início do século XX, a defesa dos consumidores passa a gozar de uma verdadeira visão de conjunto sobre os problemas que afetam a parte mais fraca da relação jurídica de consumo. Também no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção do consumidor tem origem constitucional, decorrente das reivindicações que se faziam sentir no quadro de um verdadeiro “movimento consumerista” (FILOMENO, 2018, p. 51). Assim, segundo o artigo 170 da CF:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...].

V - defesa do consumidor.

Na sequência desta garantia constitucional, o artigo 4.º, inciso I, do CDC consagrou expressamente o princípio do “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor”. Esta vulnerabilidade, que pode ter natureza informacional, técnica, jurídica ou socioeconômica, decorre do elemento causal da relação jurídica de consumo, enunciado no artigo 2.º do CDC, que identifica o consumidor com o destinatário final do produto ou serviço. De acordo com a teoria finalista, a proteção do consumidor apenas se justifica, segundo o referido elemento causal, quando os sujeitos não utilizam o produto ou serviço no contexto da sua atividade profissional. Ou seja, ao contrário da teoria maximalista, que parece não atender à

vulnerabilidade do adquirente, esta teoria finalista coincide com a utilização do produto em proveito próprio, para satisfação de uma necessidade pessoal e não como elemento da cadeia de produção (MARQUES, 2019, p. 325). Entendimento semelhante resulta, no ordenamento jurídico português, do artigo 2.º n.º 1 da Lei de Defesa do Consumidor, que alude também ao “uso não profissional” enquanto elemento teleológico.

Importa ainda referir que, de acordo com a noção prevista em ambos os diplomas, pode ser consumidor qualquer pessoa física ou jurídica. Neste sentido, a limitação às pessoas singulares apenas se verifica nos casos expressamente previstos, como decorre do artigo 3.º alínea a) do DL n.º 57/2008, de 26 de março em matéria de práticas comerciais desleais. Tributária da tradição europeia, que exclui do conceito de consumidor as pessoas coletivas, esta perspetiva mais restritiva justifica-se ainda pela necessidade de acautelar a vulnerabilidade resultante da assimetria de informação e do desequilíbrio de poder de negociação face aos profissionais.

Ora, a partir da segunda metade do século XX, perante os primeiros sinais de excesso de oferta na generalidade dos sectores de atividade, o escoamento de uma produção indiferenciada e o crescimento do consumo passaram a estar dependentes da comunicação comercial de massas, que começou a generalizar-se não só na imprensa e no exterior mas também progressivamente na rádio, na televisão e no cinema. O conteúdo das mensagens publicitárias coincidia então com o elogio do produto, que visava as suas características demonstráveis ou os benefícios decorrentes da sua utilização. No quadro do modelo de comportamento desenvolvido pelas teorias económicas neoclássicas, que postulam a racionalidade das decisões de consumo, este predomínio dos argumentos de natureza técnica e funcional permite a maximização da utilidade e a minimização dos custos.

A constatação da vulnerabilidade dos consumidores e a relevância do produto na comunicação comercial justificaram a

centralidade da publicidade enganosa em se falando de legislativo (AMORIM, 2015, p. 169-170). Esta centralidade manifesta-se atualmente, no ordenamento jurídico português, nos artigos 10.º e 11.º do CPub e dos artigos 7.º a 9.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, que incidem sobre elementos objetivos da oferta – como as vantagens, os riscos, a execução, a composição, o modo de fabrico, as garantias de conformidade, as utilizações, as especificações e a origem geográfica – ou ainda sobre o preço e outras condições de aquisição. No ordenamento jurídico brasileiro, resulta também do artigo 37, § 1.º, do CDC, segundo o qual:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1.º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

2.2 A PROTEÇÃO DOS DESTINATÁRIOS E A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

O artigo 60.º n.º 2 da CRP e os artigos 36 a 38 do CDC determinaram o enquadramento da publicidade no direito do consumidor (ALMEIDA, 2005, p. 21). Este enquadramento coincide com a tendencial equiparação dos destinatários aos consumidores. No entanto, importa salientar que o direito da publicidade visa também a proteção dos recetores efetivos das mensagens, independentemente da existência de uma decisão de transação, como demonstra a garantia de valores constitucionais do domínio da comunicação comercial.

Assim, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea d), do CPub, o destinatário é “a pessoa singular ou coletiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida”. O destinatário integra o conceito nuclear na disciplina da

relação jurídica publicitária, que visa a proteção dos seus interesses. Para além do público-alvo ou segmento de mercado visado pelo anunciante, que coincide com os consumidores atuais e potenciais do produto ou serviço, abrange os recetores efetivos. Por estarem em contacto com o canal de difusão, estes recetores efetivos são igualmente atingidos pela comunicação comercial, ainda que possam não ser sequer consumidores potenciais do bem anunciado. Daqui decorre que no confronto com o conceito de consumidor, o destinatário traduz uma realidade mais ampla, dado que o negócio jurídico não chega frequentemente a celebrar-se. Ao incluir os recetores efetivos, o conceito de destinatário é menos situacional e menos relacional do que o de consumidor (AMORIM, 2023, p. 39).

Também nos termos do artigo 29 do CDC, releva para efeitos da regulação das práticas comerciais – onde se insere a publicidade – o “consumidor equiparado”, que abrange “todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais”. Assim, o âmbito de aplicação das normas em matéria de publicidade delimita-se em função dos destinatários da comunicação comercial, na medida em que a norma amplia o conceito de consumidor resultante do artigo 2.º do CDC (BAUERMAN, 2006, p. 18). Considerando sobretudo os recetores efetivos, que são atingidos pela mensagem mas não integram o público-alvo, a titularidade dos interesses protegidos passa então a assentar num conjunto de circunstâncias de facto, que inviabiliza a determinação dos sujeitos concretos, ao contrário do que se verifica relativamente aos consumidores. A par desta insusceptibilidade de determinação dos titulares dos interesses protegidos, que constitui um critério de natureza subjetiva, também a indivisibilidade do bem jurídico, de natureza objetiva, contribui para a qualificação da proteção dos destinatários maioritariamente como interesses difusos.

A proteção dos destinatários releva especialmente para efeitos da promoção da igualdade de género na comunicação comercial. Ora, de acordo com o princípio da igualdade enunciado no artigo 13.º da CRP:

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.

Em se falando de direitos pessoais, este princípio da igualdade concretiza-se no “direito à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”, previsto no artigo 26.º, n.º 1, da CRP. Acresce que incumbe ao Estado, nos termos do artigo 9.º, alínea h), da CRP, “promover a igualdade entre homens e mulheres”. A comunicação comercial convoca sobretudo uma proibição de discriminação, ainda que ao Estado caiba igualmente realizar discriminações positivas, por exemplo, para efeitos da proteção do trabalho da mulher durante a gravidez e após o parto, de acordo com o disposto no artigo 59.º, n.º 1, alínea c), e no artigo 68.º, n.º 3, da CRP. A proibição de discriminação integra um dos princípios fundamentais, devendo determinar a eliminação de desigualdades sociais, nomeadamente através de uma regulação adequada e eficaz.

A República Federativa do Brasil tem também como objetivo fundamental, nos termos do artigo 3.º, inciso IV, da CF, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Concretizando ainda o princípio da igualdade de gênero, o artigo 5.º, inciso I, da CF reconhece expressamente que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

Esta proibição de discriminação, que se impõe aos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, coincide com a proteção dos destinatários da comunicação comercial, devendo procurar-se a coerência entre o princípio da igualdade e a representação social de mulheres e de homens nas mensagens publicitárias. O seu enquadramento sistemático permite a qualificação como direito

subjetivo, quando existe um tratamento discriminatório direto, mas também para efeitos da emanção de medidas legislativas de promoção da igualdade (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 470).

3 PREOCUPAÇÃO COM A IGUALDADE DE GÉNERO NA COMUNICAÇÃO COMERCIAL

A comunicação comercial tem constituído um veículo especialmente preocupante de mensagens que afetam a dignidade da mulher. Alguns autores identificam quatro grupos de casos nesta matéria (MARTÍNEZ ESCRIBANO; HERRERO SUÁREZ; MARTÍN GARCÍA; HERNÁNDEZ-RICO, 2015, p. 100-101). Podem estar em causa anúncios discriminatórios, frequentemente dirigidos a crianças, como se verifica nas campanhas que diferenciam a oferta de brinquedos em função do sexo, perpetuando conceções enraizadas na sociedade, particularmente quanto à realização de tarefas domésticas e ao exercício de uma atividade laboral. Releva também a instrumentalização do corpo da mulher, que aparece como mero objeto desvinculado do produto promovido, em setores de atividade em que os destinatários são maioritariamente do sexo masculino, como os automóveis ou algumas bebidas alcoólicas. Alguns anúncios veiculam ainda estereótipos de género, condicionando o papel atribuído na sociedade a homens e mulheres, nomeadamente, através de comportamentos de subjugação. Por fim, fica abrangida pela preocupação com a igualdade de género a publicidade violenta, que banaliza situações de violência dos homens contra as mulheres.

Na seara do europeu, aquela preocupação resulta da *Resolução sobre o impacto do marketing e da publicidade na igualdade entre homens e mulheres*, de 3 de setembro de 2008, na qual o Parlamento Europeu afirmou que “a publicidade que veicula mensagens discriminatórias e/ou degradantes com base no género e em todas as formas de estereótipo de género constitui um obstáculo a uma sociedade moderna e igualitária”. Posteriormente, no *Relatório sobre*

o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores, de 23 de novembro de 2010, o Parlamento Europeu voltou a reconhecer a necessidade de garantir “o respeito da dignidade humana, sem discriminações de gênero, religião ou convicções, deficiência, idade ou orientação sexual”.

Mais recentemente, no *Relatório sobre a igualdade de gênero no setor dos meios de comunicação social na UE*, de 23 de fevereiro de 2018, o Parlamento Europeu considerou que

a representação de mulheres e de homens nos meios de comunicação social pode veicular uma representação desigual nas diversas esferas da vida política, económica, social, académica, religiosa, cultural e desportiva, em que os homens surgem predominantemente em papéis sociais ativos, enquanto às mulheres é reservada uma postura de maior passividade, que, dentro dos vários estereótipos que afetam a imagem da mulher e do homem, é predominante a sexualização do corpo feminino, mais evidente no jornalismo dito sensacionalista e na publicidade.

Considerou ainda que “a erotização da violência e a objetificação das mulheres nos meios de comunicação social têm um efeito negativo na luta pela erradicação da violência contra as mulheres”. E, na *Estratégia da UE para a Igualdade de Género*, de 21 de janeiro de 2021, o Parlamento Europeu voltou a exortar os Estados Membros “a adotarem legislação que proíba a publicidade sexista nos meios de comunicação social”. Em todos os documentos referidos, foi atendido o impacto sociocultural da comunicação comercial, com especial enfoque nas crianças e jovens.

No direito comparado, a promoção da igualdade de gênero na comunicação comercial tem ampla tradição nos países escandinavos, como demonstram, em nível legislativo, o § 2 (2) do capítulo 2 do *Consumer Protection Act* finlandês de 1978 e o § 2 (2) do *Marketing Control Act* norueguês de 2009. Também no ordenamento jurídico suíço, a doutrina enquadrava a proibição de publicidade discriminatória

na cláusula geral de concorrência desleal prevista no artigo 2.º da *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* de 1986 (DAVID, 1997, p. 32). E a Commission Suisse pour la Loyauté reconheceu de forma paradigmática que a licitude da comunicação comercial com recurso a imagens do corpo feminino depende da efetiva conexão com o produto ou serviço anunciado (decisão de 13 de março de 2013, processos n.º 102/13 e n.º 109/13).

No ordenamento jurídico espanhol, o artigo 3.º, alínea a), § 2, da *Ley General de Publicidad* de 1988 qualifica como ilícita a publicidade que apresenta a mulher “de forma vexatória ou discriminatória” ou que utiliza “particular e diretamente o seu corpo ou partes do mesmo como mero objeto desvinculado do produto que se pretende promover, assim como a sua imagem associada a comportamentos estereotipados”. No entanto, antes desta alteração legislativa, introduzida pela Lei Orgânica n.º 1/2004, de 28 de dezembro, a jurisprudência já censurava amplamente a publicidade sexista, por exemplo, nas campanhas que diferenciam a oferta de brinquedos em função do sexo das crianças, perpetuando conceções enraizadas na sociedade, sobretudo quanto à realização de tarefas domésticas e ao exercício de uma atividade laboral (TATO PLAZA, 2004, p. 491).

No Reino Unido, em sede de autodisciplina, a Advertising Standards Authority demonstrou, num relatório divulgado em julho de 2017 sobre os estereótipos de género na publicidade (“Depictions, Perceptions and Harm”), a existência de danos sociais causados por mensagens que veiculam a ideia de inferioridade da mulher, comprometendo-se a combater designadamente as campanhas que sugerem comportamentos pouco saudáveis, como a magreza extrema. A consequente proibição da publicidade sexista entrou em vigor em junho de 2019.

3.1 EVOLUÇÃO DO APELO A SENTIMENTOS E TENDÊNCIA DE LIBERALIZAÇÃO

A emergência da gestão estratégica de *marketing* determinou uma mudança de paradigma em termos de conteúdo das mensagens publicitárias, que deixam de se centrar nas características demonstráveis e nos benefícios decorrentes da utilização do produto, para passarem a incidir sobre as necessidades e os desejos mas também as motivações, a personalidade e os estilos de vida dos consumidores. Esta mudança de paradigma assentou na constatação do carácter funcionalmente indiferenciado das várias ofertas disponíveis, bem como no afastamento da crença na racionalidade das decisões de consumo, postulada pelo modelo de comportamento desenvolvido pelas teorias económicas neoclássicas, em que assentou a centralidade da publicidade enganosa em termos legislativos. A comunicação comercial visa, desta forma, a diferenciação emocional ou simbólica face à concorrência, que é especialmente significativa nos sectores de atividade caracterizados pela inexistência de barreiras comerciais, tecnológicas ou financeiras à entrada. Por exemplo, nos anos 80 e 90 do século XX, num movimento de rutura com a publicidade tradicional, as campanhas da Benetton passaram a adotar como principais temas as questões raciais e a xenofobia, os conflitos armados, a SIDA³ e as agressões ambientais, que constituíam alguns dos assuntos políticos e sociais mais controversos (VERÍSSIMO, 2001, p. 46-47).

Neste contexto, desenvolve-se igualmente a comunicação de marca, que visa criar envolvimento através de associações positivas suscetíveis de acrescentar valor e significado à vida dos consumidores. Este envolvimento potencia a repetição da compra, pelo que se manifesta sobretudo face à dificuldade de construir relacionamentos de longo prazo com os consumidores. Os anúncios salientam agora elementos extrínsecos aos produtos, convocando,

³ Nota do Editor: no Brasil, utiliza-se a sigla AIDS para Síndrome da Deficiência Imunológica (ou Imunodeficiência) Adquirida. Também se usa, mais raramente, Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV, com iniciais em Inglês).

designadamente, os efeitos subjetivos gerados pelo consumo, a experiência resultante da compra e as emoções sociais, que potenciam a escolha de marcas capazes de conferir um determinado estatuto ou de favorecer a aceitação do indivíduo num grupo de pertença ou de referência. É também no quadro desta mudança de paradigma que a publicidade passa a recorrer predominantemente a imagens, cujo impacto mais direto e mais imediato é reconhecido face ao texto escrito. As imagens têm ainda a vantagem de constituir uma linguagem universal, o que releva especialmente numa época histórica que coincide com a globalização de alguns sectores de atividade.

A recusa do apelo a sentimentos na comunicação comercial coincide historicamente com a crença na racionalidade das decisões de consumo. À medida que o conteúdo das mensagens foi deixando de ter conexão com os produtos, a doutrina e a jurisprudência alemãs censuravam a publicidade chocante com fundamento no princípio da prestação (“Leistungswettbewerb”), segundo o qual a concorrência entre agentes económicos deve assentar nos elementos objetivos da oferta (HENNING-BODEWIG, 1993, p. 953). Importava ainda garantir a liberdade de escolha dos consumidores e o funcionamento correto do mercado, pelo que o princípio da prestação justificou a proibição do apelo a sentimentos na comunicação comercial, dominante pelo menos até ao final do século XX.

No entanto, na transição para uma nova abordagem jurídica da publicidade, a liberalização do apelo a sentimentos resulta da inexistência de fundamento constitucional para uma proibição genérica. Afastada a crença na racionalidade das decisões de consumo, a mera ausência de conexão com o produto – que caracterizava a publicidade chocante e que se verifica hoje frequentemente no *marketing* viral – parece constituir uma opção legítima dos anunciantes, de acordo com a liberdade de expressão consagrada no artigo 37.º da CRP e no artigo 5.º, inciso IX, da CF. Daqui decorre que a dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial não determina a existência de uma categoria

de ilícito publicitário, aplicável genericamente na ausência de outras valorações (AMORIM, 2017, p. 422). Neste sentido, as restrições ao conteúdo das mensagens impostas pela necessidade de promover a igualdade de gênero na publicidade devem ainda obedecer ao princípio da proporcionalidade.

Assim, com a generalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial, diminui progressivamente o âmbito de aplicação do regime jurídico vigente, centrado na proibição da publicidade enganosa. De facto, as mensagens invocam atualmente sobretudo benefícios emocionais e simbólicos, insuscetíveis de ficar abrangidos, no ordenamento jurídico português, pelos artigos 10.º e 11.º do CPub e pelos artigos 7.º a 9.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março e, no ordenamento jurídico brasileiro, pelo artigo 37, § 1.º, do CDC. Como reconhece a doutrina maioritária, a aplicabilidade do princípio da veracidade, em que assenta a proibição da publicidade enganosa, restringe-se às expressões concretas e comprováveis, relativas a circunstâncias objetivas, excluindo apreciações meramente subjetivas, como os juízos estéticos ou as considerações relativas a gostos pessoais (FERNÁNDEZ-NOVOA, 1975, p. 378).

A tendência de liberalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial tem como exceções a exploração do medo ou da superstição, da ansiedade, da insegurança ou do sentimento de culpa dos destinatários, de acordo com o disposto no artigo 11.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março relativo às práticas comerciais agressivas e no artigo 37, § 2.º, do CDC em matéria de publicidade abusiva. Num contexto histórico de excesso de oferta, verifica-se um recurso crescente a emoções negativas que visam intensificar a dimensão persuasiva da publicidade, condicionando a liberdade de escolha dos consumidores (O'SHAUGHNESSY; O'SHAUGHNESSY, 2003, p. 107-109).

3.2 A PUBLICIDADE ILÍCITA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Face ao aumento exponencial da concorrência num contexto de globalização dos mercados, o apelo a sentimentos redonda por vezes numa desconformidade com o artigo 7.º n.º 1 do CPub, que proíbe “a publicidade que, pela sua forma, objeto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados”. Também em sede de autodisciplina, o artigo 5.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária estabelece que “a comunicação comercial deve respeitar os valores, direitos e princípios reconhecidos na Constituição e na restante legislação aplicável”. A violação deste princípio da licitude tem adquirido progressiva centralidade na regulação do conteúdo das mensagens publicitárias no ordenamento jurídico português, constituindo uma exceção à tendência de liberalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial.

Na medida em que os preceitos constitucionais têm valor normativo direto, as normas de remissão podiam ter sido dispensadas, como reconhece predominantemente a doutrina espanhola face ao diploma que inspirou o legislador na redação do atual CPub (CUESTA RUTE, 1989, p. 59). Recorde-se ademais que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é hoje pacificamente aceita, tendo consagração expressa no artigo 18.º, n.º 1, da CRP.

O artigo 7.º, n.º 2, alínea d), do CPub consagra, entre o conjunto de hipóteses de violação do princípio da licitude enunciadas a título exemplificativo, a publicidade que “contenha qualquer discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo”. Esta norma concretiza o princípio da igualdade enunciado no artigo 13.º da CRP e o “direito à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”, nos termos do artigo 26.º, n.º 1, da CRP (AMORIM, 2023, p. 46). Ora, a censurabilidade das mensagens publicitárias assenta frequentemente na discriminação em relação ao sexo, que

constitui, face ao elenco previsto pelo legislador, um dos fatores historicamente mais relevantes. Aliás, constava já expressamente do artigo 23.º do CPub de 1980 e do artigo 23.º do CPub de 1983 a proibição de “veicular a ideia de inferioridade ou subalternidade da mulher em relação ao homem ou reduzir a mesma ao seu papel doméstico tradicional” (n.º 1) e de utilizar a “imagem da mulher como mero objeto da promoção de bens ou serviços de que não é exclusiva consumidora” (n.º 2).

Neste contexto, algumas decisões proferidas pela Comissão de Aplicação das Coimas em Matéria Económica e de Publicidade condenaram a publicidade sexista, como no caso do calendário no qual o corpo de uma mulher aparecia com uma cabeça de vaca ou na campanha a um esquentador que qualificava a mulher como “quente” e o homem como “inteligente”, para concluir que o produto promovido era “quente e inteligente”, tendo as mensagens sido consideradas degradantes, com fundamento na dignidade da pessoa humana (GERALDES, 1999, p. 105-108). Igualmente frequente em determinados setores de atividade continua a ser a referida instrumentalização do corpo da mulher na comunicação comercial.

O Anteprojeto de Código do Consumidor de 2006 retomou no artigo 91.º, n.º 3, a proibição de “publicidade que utilize a imagem da mulher ou do homem com caráter discriminatório ou vexatório”. E o artigo 10.º do Anteprojeto de Código da Publicidade de 2015 proibia “a publicidade que utilize com caráter discriminatório ou vexatório a imagem da mulher ou do homem” (n.º 3) e “que utilize o corpo da mulher ou do homem ou partes do mesmo quando desvinculado do produto que se pretende publicitar, ou que associe a imagem da mulher ou do homem a comportamentos estereotipados discriminatórios” (n.º 4). Apesar de não terem sido aprovados, estes diplomas revelam a preocupação do legislador com a promoção da igualdade de género na publicidade, na medida em que as normas passariam a aludir à mulher e ao homem.

Não estando hoje expressamente previstas, as hipóteses enquadram-se na proibição consagrada no artigo 7.º, n.º 2, alínea

d), do CPub, resultando diretamente também dos preceitos constitucionais. Neste sentido, não parece ser necessária qualquer alteração legislativa para a promoção da igualdade de género na publicidade no ordenamento jurídico português.

Acresce que a ilicitude da comunicação comercial que veicula estereótipos de género ou que instrumentaliza o corpo da mulher pode ainda resultar da contrariedade ao bom gosto e decência. Porém, na medida em que o conteúdo do bom gosto e decência fica dependente das concepções morais, sociais, culturais e religiosas em cada momento vigentes, esta proibição deve abranger hipóteses meramente residuais, como o recurso a linguagem obscena consagrado do artigo 7.º, n.º 2, alínea f), do CPub ou a publicidade de conteúdo pornográfico, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, do DL n.º 254/76, de 7 de abril. Na verdade, ainda que não integre diretamente um valor suscetível de justificar restrições aos direitos, liberdades e garantias – nomeadamente, as que resultam da regulação da comunicação comercial – o conceito de “moral pública constitucional” pode ser construído a partir da dignidade da pessoa humana e de outros bens jurídicos protegidos (MACHADO, 2002, p. 854).

A publicidade que banaliza situações de violência dos homens contra as mulheres – por exemplo, de natureza sexual – fica abrangida pela proibição enunciada no artigo 7.º, n.º 2, alínea b), do CPub relativa à publicidade que “estímule ou faça apelo à violência, bem como a qualquer atividade ilegal ou criminosa”. Na verdade, está em causa o direito à integridade física e moral, enunciado no artigo 25.º da CRP mas que seria, desde logo, incompatível com a ideia de Estado de Direito prevista no artigo 2.º da CRP e com a convivência pacífica inerente a uma sociedade democrática.

A afetação da dignidade da mulher pode ainda ser acautelada pelo artigo 7.º, n.º 2, alínea b) do CPub ao proibir a publicidade que “atente contra a dignidade da pessoa humana”, reiterando o disposto no artigo 1.º da CRP, segundo o qual “Portugal é uma

República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Perante a crescente globalização dos mercados, a dignidade da pessoa humana oferece um parâmetro de aferição do conteúdo das mensagens publicitárias difundidas numa rede aberta.

Em sede de autodisciplina, o artigo 6.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária prevê que “a comunicação comercial deve proscrever qualquer declaração ou apresentação áudio e/ou visuais que possam ofender os padrões de decência prevaletentes no país e cultura em causa”. E o artigo 8.º relativo à responsabilidade social prevê que “a comunicação comercial deve respeitar a dignidade da pessoa humana e não deve incitar ou veicular qualquer forma de discriminação, seja ela fundada em questões raciais, de nacionalidade, de origem religiosa, gênero, etária, deficiência física ou orientação sexual” (n.º 1) e que “a comunicação comercial não deve igualmente conter, sugerir ou incitar a comportamentos violentos, ilícitos ou antissociais” (n.º 3).

3.3 A PUBLICIDADE ABUSIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 37, § 2.º, do CDC proíbe a publicidade abusiva, que delimita nos seguintes termos:

Art. 37. [...].

§ 2.º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

O conceito de publicidade abusiva traduz um exercício inadmissível da liberdade de expressão prevista no artigo 5.º, inciso

IX, da CF, na medida em que excede os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Tal como foi configurada pelo legislador, a publicidade abusiva não está diretamente relacionada com o produto ou serviço mas com a própria mensagem veiculada. Ou seja, são afetados os interesses dos destinatários da comunicação comercial, independentemente de uma decisão de transação (EFING, 2006, p. 195). Neste sentido, de acordo com o que resulta também do artigo 6.º, inciso IV, do CDC, esta norma revela uma dicotomia face à publicidade enganosa, centrada nas características demonstráveis ou nos benefícios decorrentes da utilização dos bens adquiridos pelos consumidores.

O artigo 37, § 2.º, do CDC tem caráter exemplificativo, na medida em que o legislador consagrou uma cláusula geral de não abusividade, proibindo qualquer forma de publicidade que atente contra os valores sociais fundamentais (DIAS, 2013, p. 166). Ou seja, o legislador protegeu aqui um interesse coletivo, não compatível com a consideração individual do consumidor (CENEVIVA, 1991, p. 128). O recurso a conceitos indeterminados dificulta a qualificação da mensagem como publicidade abusiva, que fica dependente das circunstâncias do caso concreto, devendo ser aferida a lesão daqueles valores sociais. Assim, a não abusividade postula a necessidade de atender à valoração da conduta realizada pela comunidade num determinado contexto histórico. É neste critério que deve assentar igualmente a distinção entre a publicidade abusiva e o recurso ao humor, que fica abrangido pela liberdade de expressão dos anunciantes.

Ora, nos termos do referido artigo 37, § 2.º, do CDC, a promoção da igualdade de género tende a ficar abrangida pela proibição da publicidade discriminatória, que reitera o disposto no artigo 3.º, inciso IV, e no artigo 5.º, inciso I, da CF. Mas, pode ficar abrangida também pela proibição da publicidade violenta, que viola o direito à integridade física e moral das pessoas. Importa ainda referir que à semelhança do que se verifica no ordenamento jurídico português, as mensagens publicitárias que afetam a dignidade da mulher podem

ser proibidas diretamente com fundamento na “dignidade da pessoa humana”, em que assenta a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1.º, inciso III, da CF.

Também o artigo 20.º do Código de Autorregulamentação Publicitária prevê que “nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade”. E o artigo 22.º que “os anúncios não devem conter afirmações ou apresentações visuais ou auditivas que ofendam os padrões de decência que prevaleçam entre aqueles que a publicidade poderá atingir”. Acresce ainda que segundo o disposto no artigo 26.º, “os anúncios não devem conter nada que possa conduzir à violência”.

4 MECANISMOS SANCIONATÓRIOS

Nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, a afetação da dignidade da mulher na comunicação comercial permite acionar os mecanismos sancionatórios tradicionais, de natureza administrativa ou judicial, que garantem a proteção dos interesses dos destinatários sobretudo por meio da cessação das campanhas publicitárias.

A tutela contraordenacional enunciada no artigo 34.º do CPub integra o principal mecanismo sancionatório contra a publicidade ilícita, determinando a aplicação de uma coima de € 1745,79 a € 3740,98 e de € 3491,59 a € 44 891,81 consoante o infrator seja pessoa singular ou pessoa coletiva. Nos termos do artigo 36.º do CPub, são punidos como agentes da publicidade ilícita “o anunciante, o profissional, a agência de publicidade ou qualquer outra entidade que exerça a atividade publicitária, o titular do suporte publicitário ou o respetivo concessionário, bem como qualquer outro interveniente na emissão da mensagem publicitária”. A competência para a instrução e o julgamento dos processos cabe, segundo o disposto nos artigos 38.º e 39.º do CPub, respetivamente, à Direção-Geral do Consumidor e à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica.

O direito de mera ordenação social justifica-se historicamente pela necessidade de atenuar o excesso de criminalização, sobretudo face a infrações de natureza económica. De facto, em sede de comunicação comercial, dificilmente se verifica o princípio da intervenção mínima do direito penal, pelo que a consagrada tutela contraordenacional reflete a menor densidade axiológica dos bens jurídicos protegidos. Porém, como resulta do confronto com alguns ordenamentos jurídicos de direito comparado, os valores das coimas são em Portugal excessivamente baixos, contribuindo para uma significativa impunidade da publicidade ilícita, nomeadamente, quando estão em causa mensagens discriminatórias.

Pelo contrário, a tutela penal da publicidade enganosa encontra-se prevista no artigo 282.º do Código Penal espanhol e no § 16 (1) na *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* alemã em matéria de Concorrência Desleal. Após a transposição da Diretiva 2005/29/CE sobre Práticas Comerciais Desleais, aquela tutela penal resulta também do artigo 13.º do *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008* e, com algumas exceções, do artigo XV.83 n.º 13 do *Code de Droit Économique* belga. À semelhança do que se verifica em alguns sistemas de direito comparado, considerando a relevância dos bens jurídicos protegidos e a garantia constitucional da proteção do consumidor, o ordenamento jurídico brasileiro criminaliza nos artigos 61 a 80 do CDC um conjunto de hipóteses, incluindo a publicidade abusiva no artigo 67 (precedido do art. 61), segundo o qual:

Art. 61. Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

No ordenamento jurídico português é igualmente aplicável à publicidade sexista o artigo 10.º da Lei de Defesa do Consumidor, que

assegura “o direito de ação inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor”. Apesar de consagrada também numa dimensão preventiva, a tutela judicial contra a publicidade ilícita corresponde quase sempre a uma ação de cessação de determinados comportamentos. Esta ação de cessação constitui o mecanismo mais eficaz de proteção dos destinatários que não tenham ainda estado em contacto com o anúncio. E, na medida em que visa afastar um estado de desconformidade objetiva, não fica dependente da culpa do anunciante. Coincide com esta ação de cessação a alusão às medidas cautelares no artigo 41.º, n.º 1, do CPub. Ao contrário do que sugere a referência ao carácter cautelar, as referidas medidas não têm natureza provisória (AMORIM, 2023, p. 191).

Para efeitos da proteção dos destinatários, é especialmente relevante a sanção acessória de publicação da decisão a expensas do infrator. Esta sanção acessória decorre em Portugal do artigo 35.º, n.º 4, do CPub e, no Brasil, do artigo 60 do CDC:

Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

No entanto, com a generalização do recurso à Internet como suporte publicitário, as novas formas de disseminação de conteúdos suscitam múltiplas dificuldades na tutela efetiva da comunicação comercial, sobretudo face à crescente globalização dos mercados e à acentuada dimensão emocional e simbólica das decisões econômicas.

4.1 O RECURSO A SISTEMAS DE AUTODISCIPLINA

A par dos mecanismos sancionatórios de natureza pública, importa considerar o recurso a sistemas de autodisciplina, enquanto tutela privada organizada pelos próprios profissionais, que apresenta como principal vantagem a flexibilidade na abordagem de situações em constante mutação e dotadas de uma complexidade crescente. Na verdade, através da introdução de novos patamares de responsabilidade, a autorregulação contribui para elevar o nível de correção das condutas dos profissionais e para garantir a segurança jurídica face às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados (CONTE, 2006, p. 137). Encontra-se, por isso, em condições privilegiadas para promover a igualdade de género na comunicação comercial.

Os Códigos de Conduta constituem uma forma coletiva e não estadual de regular as relações entre agentes económicos, integrando ordenamentos jurídicos autónomos e não meros postulados de conteúdo ético (PATIÑO ALVES, 2007, p. 61). Atento o carácter voluntário, fundam-se na autonomia privada e num princípio de reciprocidade. O valor jurídico dos Códigos de Conduta é determinado pela sua força coativa, ainda que o efeito vinculativo se restrinja às relações intersubjetivas, com exclusão de terceiros. Neste sentido, a eficácia das decisões assenta na qualidade de associado ou, pelo menos, na sua aceitação expressa pelos intervenientes. Porém, esta limitação não inviabiliza a heteroeficácia dos sistemas de autodisciplina, que por meio do controlo da generalidade dos meios de difusão enquanto titulares do suporte publicitário, atingem também os anunciantes não associados, como reconheceu em Portugal o Supremo Tribunal de Justiça (Acórdão de 15 de janeiro de 2009, processo n.º 2234/05.2TVLSB).

Dado que as normas emanadas pelos organismos profissionais têm uma acentuada componente ética e de responsabilidade social, os sistemas de autodisciplina conduzem quase sempre a um equilíbrio adequado dos interesses dos profissionais, dos consumidores, do

mercado publicitário e da sociedade em geral (GÓMEZ SEGADE, 1980, p. 161). Ora, num quadro de adesão voluntária, a relevância da resolução de litígios depende tanto da autoridade social dos organismos, como daquela proteção integrada de interesses, contrariando a preocupação com o risco de valorização neocorporativa dos comportamentos. A relevância da autodisciplina no domínio da comunicação comercial tem sido reafirmada, em Portugal, pela Auto Regulação Publicitária (ARP) e, no Brasil, pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

No entanto, as decisões da ARP têm incidido maioritariamente sobre a veracidade das afirmações publicitárias e sobre a comparação entre concorrentes, continuando a verificar-se uma significativa impunidade relativamente aos anúncios discriminatórios. Assim, ao contrário do que se verifica no direito comparado, na sequência de uma queixa apresentada contra a Vileda Ibérica, a propósito da venda de esfregonas, o Júri de Ética considerou que a mensagem “A mamã compra e nós oferecemos à filha” não consubstancia um estereótipo de gênero (decisão de 13 de fevereiro de 2007, processo n.º 2J/2007). Foram também afastadas outras formas de discriminação, nomeadamente, em relação à orientação sexual, a propósito do sítio eletrónico com a designação “Orgulho Hetero” para promoção da cerveja Tagus, na sequência de uma queixa apresentada contra a Sumolis (decisão de 11 de dezembro de 2007, processos n.º 46 e 47J/2007) e, em relação à raça, face à campanha que invoca a impossibilidade de articulação de determinados sons por parte dos asiáticos em geral e dos japoneses em particular, na sequência de uma queixa apresentada contra a ZON TV Cabo Portugal (decisão de 5 de maio de 2013, processo n.º 10J/2013).

No Brasil, a intervenção do CONAR tem resultado quase sempre da iniciativa dos próprios consumidores, determinando a alteração ou sustação das mensagens, pontualmente acompanhadas de uma advertência aos anunciantes. Assim, a instrumentalização do corpo feminino na comunicação comercial, por apelo excessivo ao erotismo, foi censurada pelo CONAR em setembro de 2007 a

propósito do anúncio de uma cerveja que mostrava mulheres a dançar em trajes mínimos sobre as mesas de um bar (representação n.º 196/07). Também em abril de 2003, o CONAR tinha determinado a cessação da publicidade exterior de dois estabelecimentos de diversão noturna, com imagens de mulheres nuas e seminuas (representação n.º 73/03). E, em julho de 2003, a cessação de uma campanha que divulgava uma boate de forma considerada indecente e com recurso a imagens que traduziam uma humilhação das mulheres (representação n.º 97/03). No entanto, aquela instrumentalização não parece verificar-se relativamente a determinados produtos, como reconheceu o CONAR, em março de 2004 e em setembro de 2006, a propósito da publicidade exterior feita pela “Revista Playboy” (representações n.º 216/03 e 181/06)

O CONAR não considera censurável a diferenciação dos produtos promovidos em função do sexo, como resulta das mensagens “cerveja para macho” e “rosa vermelha mulher” apreciadas em junho de 2017 (representação n.º 35/17) e do anúncio de batatas fritas “Ruffles Queijo” e “Ruffles Costelinha” apreciado em setembro de 2009 (representação n.º 187/09). Neste último caso, foi igualmente determinante o recurso ao humor na alusão às diferenças entre os universos feminino e masculino dos jovens adolescentes, que integravam o público-alvo. Também no caso de uma campanha de roupa interior que apresentava os estereótipos de gênero da mulher sensual e do homem facilmente manipulável, o CONAR afirmou em outubro de 2011 que o humor e a irreverência da campanha não traduziam uma violação do princípio da igualdade (representação n.º 225/11).

Recentemente, em maio de 2018, o CONAR considerou degradante o anúncio que sobrepunha a imagem de alimentos ao rosto de duas mulheres, escrutinadas pelo olhar de homem, com a frase “Quando você está cansado de comida requeitada e a pizza do Forno te chama muita atenção!” (representação n.º 81/18). Em setembro de 2003, tinha sido considerado igualmente desrespeitadora das mulheres a mensagem “Jóias, o Viagra delas” (representação n.º 202/03).

A publicidade violenta é também fortemente censurada pelo CONAR, como resulta do caso analisado em julho de 2004, relativo à mensagem “Mecânica, Funilaria e Pintura Via Costeira. Tá na cara que precisa”, acompanhada da imagem do rosto de uma mulher agredida (representação n.º 123/04) e do caso analisado em fevereiro de 2007, relativo à campanha “Bate que ela gosta”, onde aparecia uma conhecida lutadora de boxe do sexo feminino (representação n.º 125/06).

Em maio de 2010, o CONAR ordenou a alteração de uma campanha que retratava cenas desprezíveis do ponto de vista ético, entre elas, a imagem de um homem segurando um machado enquanto uma mulher o acariciava, e a cena que exibia um rapaz demonstrando sua força bruta sobre a mulher enquanto expressava o seu domínio sexual (representação n.º 236/09). A alusão inequívoca à violência doméstica na publicidade foi também proibida em setembro de 2022, independentemente recurso ao humor, que o CONAR considerou irrelevante face à gravidade da mensagem (representação n.º 144/22).

Já a publicidade discriminatória foi proibida pelo CONAR em maio de 2006, a propósito da mensagem “Caracu é igual mulher; gostosa pura ou turbinada”, utilizada para promover cervejas (representação n.º 62/06). Também a equiparação da mulher a uma vaca foi proibida pelo CONAR em março de 2019 (representação n.º 025/19) e em maio de 2019 (representação n.º 004/19). Menos considerado tem sido o recurso a estereótipos de gênero no que respeita à realização de tarefas domésticas, em anúncios dirigidos a crianças. Por exemplo, em novembro de 2016, o CONAR arquivou uma queixa relativa ao anúncio de uma máquina de lavar roupa de brinquedo onde apareciam apenas meninas (representação n.º 217/16).

Por fim, importa salientar que o elevado número de queixas apresentadas por consumidores em matéria de igualdade de gênero na comunicação comercial traduz um reflexo do significativo amadurecimento da sociedade brasileira, sobretudo no que respeita à representação social de mulheres e de homens nas mensagens.

4.2 A REAÇÃO DO MERCADO COMO MANIFESTAÇÃO DA CONSCIÊNCIA ÉTICA DA COMUNIDADE

Entendido num sentido subjetivo amplo, o mercado abrange os intervenientes diretos na troca de produtos ou prestação de serviços (profissionais e consumidores), bem como os destinatários das mensagens publicitárias, nomeadamente os recetores efetivos. Verificada hoje sobretudo em ambiente digital, a reação espontânea do mercado face a determinadas campanhas traduz uma manifestação da consciência ética da comunidade, integrando um relevante mecanismo sancionatório informal, cuja celeridade e eficácia superam a tutela pela via administrativa ou judicial e até a intervenção dos organismos de autodisciplina, num contexto em que a ampla difusão de conteúdos se encontra facilitada. Desta forma, a reação espontânea do mercado relativamente aos estereótipos de género na publicidade limita a utilidade dos mecanismos sancionatórios tradicionais. Para além de poder determinar a cessação voluntária do ato ilícito pelo anunciante, a reação espontânea do mercado condiciona as decisões de consumo e influencia a perceção emocional e simbólica da marca pelo público em geral, o que pode corresponder a uma afetação da reputação económica do profissional e a uma efetiva diminuição do seu volume de negócios.

Ora, esta tutela informal beneficia dos instrumentos digitais caracterizados pela interatividade e bidirecionalidade – nomeadamente, as redes sociais, os blogues pessoais e as comunidades de partilha de conteúdos – que permitem aos utilizadores a troca de opiniões relativas aos produtos e serviços mas também às próprias campanhas publicitárias. É, aliás, nesta dimensão colaborativa da Internet que assenta a redistribuição do poder de mercado na Sociedade da Informação (AMORIM, 2017, p. 471).

Na medida em que constitui uma manifestação da consciência ética da comunidade, esta tutela informal assenta na valoração das mensagens publicitárias à luz do seu significado social, ao contrário do que resulta frequentemente dos mecanismos sancionatórios

tradicionais. De facto, o mercado faz depender a garantia de valores constitucionais na comunicação comercial estritamente do sentido social dominante em cada época histórica, que deve prevalecer na interpretação e aplicação das normas proibitivas. Esta conceção normativa dinâmica permite dar resposta ao caráter difuso e mutável da publicidade, sobretudo adequando a censurabilidade das condutas à sua valoração social, com a garantia de celeridade e eficácia que os mecanismos sancionatórios tradicionais não oferecem. Permite igualmente estabelecer um critério de distinção entre a publicidade sexista e o recurso ao humor, que deve continuar a ser admitido. Ou seja, os mecanismos sancionatórios informais revelam maior efetividade na promoção da igualdade de gênero, ainda que o Estado e os sistemas de autodisciplina não possam alhear-se da competência que lhes cabe nesta matéria.

Têm sido especialmente objeto de censura pelo mercado as mensagens publicitárias que banalizam situações de violência dos homens contra as mulheres, bem como estereótipos de gênero veiculados através de comportamentos de subjugação ou relativos à realização de tarefas domésticas. Na verdade, a comunicação comercial constitui um reflexo da estratégia e do posicionamento das marcas, devendo os anunciantes contribuir para a mudança social, em detrimento de reforçar as desigualdades existentes.

5 CONCLUSÃO

Tradicionalmente enquadrado na proteção do consumidor, o direito da publicidade tende a centrar-se na proibição da publicidade enganosa. No entanto, a promoção da igualdade de gênero demonstra a necessidade de se reequacionar o fundamento axiológico de algumas restrições ao conteúdo das mensagens, centrando-o agora no princípio da igualdade e na proibição de discriminação. Ou seja, no quadro da transição para uma diferenciação emocional e simbólica face à concorrência, a proteção destinatários passa a ser independente da existência de uma decisão de transação. Este

alargamento da esfera de atuação do direito da publicidade coincide com o reconhecimento da preocupação com os estereótipos de género num contexto de crescente globalização dos mercados, onde importa atender especialmente ao impacto sociocultural da comunicação comercial.

Mais do que uma alteração legislativa, importa assegurar uma adequada interpretação e aplicação das normas proibitivas. Neste sentido, o ordenamento jurídico brasileiro demonstra que os sistemas de autodisciplina se encontram atualmente em condições privilegiadas para promover a igualdade de género na comunicação comercial, apresentando como principal vantagem a flexibilidade na abordagem de situações em constante mutação e dotadas de uma complexidade crescente. Enquanto a dignidade das mulheres não for amplamente acautelada pelos mecanismos sancionatórios tradicionais, vai continuar a caber ao mercado um papel determinante, através da reação espontânea manifestada em ambiente digital, sempre que a mensagem seja contrária à consciência ética da comunidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do consumo**. Coimbra: Almedina, 2005.

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

AMORIM, Ana Clara Azevedo de. Comunicação comercial e direitos dos consumidores: desafios da sociedade da informação. In: **Revista de Direito Intelectual**, Lisboa, Ed. APDI, n.º 1, p. 165-189, 2015.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de. **Manual de direito da publicidade**. 2. ed. Lisboa: Petrony, 2023.

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

BAUERMANN, Sandra. Estudo comparativo da publicidade enganosa no Brasil e em Portugal. In: **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**, Coimbra, Ed. APDC, n.º 48, p. 11-39, dezembro de 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. v. I, 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CONTE, Giuseppe. Codici etici e attività d'impresa nel nouvo spazio globale di mercato. In: **Contratto e Impresa**, Bologna / Pisa, Ed. Pacini, v. 22, fascicolo 1, p. 108-140, jan.-fev. 2006.

CUESTA RUTE, José María de la. Observaciones sobre la ley general de publicidad. In: **Revista Jurídica de Catalunya**, Barcelona, Ed. Ilustre Collegi de l'Advocacia de Barcelona, n.º 4, p. 51-104, 1989.

DAVID, Lucas. **Schweizerisches wettbewerbsrecht**. 3. ed. Berna: Stämpfli, 1997.

DIAS, Lucia. **Publicidade e direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad. In: **Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor**, Madrid, Ed. Marcial Pons, n.º 2, p. 369-391, 1975.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do consumidor**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GERALDES, Ana Luísa. **O direito da publicidade**. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1999.

GÓMEZ SEGADE, José António. Sistemas de autorregulación publicitaria. In: **Jornadas de derecho de la publicidad**. Madrid: Instituto Nacional de Publicidad, 1980. p. 155-191.

HENNING-BODEWIG, Frauke. Werbung mit der Realität: oder wettbewerbswidrige Schockwerbung? In: **Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht**, München, Ed. Erschienen; Frankfurt, Ed. Beck, ano 98, n.º 12, p. 950-953, dez. 1993.

KITCHEN, Philip. **The future of marketing: critical 21st century perspectives**. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2003.

MACHADO, Jónatas. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. (Coleção *Studia Iuridica*, 65).

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia; HERRERO SUÁREZ, Carmen; MARTÍN GARCÍA, Lirio; HERNÁNDEZ-RICO, José. **Derecho de la publicidad**. Navarra: Aranzadi, 2015.

O'SHAUGHNESSY, John; O'SHAUGHNESSY, Nicholas. **The marketing power of emotion**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

PATIÑO ALVES, Beatriz. **La autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español**. Barcelona: Bosch, 2007.

TATO PLAZA, Anxo. Violencia de género y publicidad. In: **Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor**, Madrid, Ed. Marcial Pons, n.º 25, p. 489-497, 2004.

VERÍSSIMO, Jorge. **A publicidade da Benetton**: um discurso sobre o real. Coimbra: Minerva, 2001.

Recebido em: 12-8-2023

Aprovado em: 21-9-2023