

HASHTAGS NA PUBLICIDADE: DO USO CONSENTIDO AO HIJACKING. FRONTEIRAS ENTRE PRÁTICAS ILÍCITAS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

MARIA DE LURDES VARGAS*

ABSTRACT: If the birth of the hashtag is linked to individual communication, hashtags soon became a powerful tool for corporate or institutional communication. By using hashtags, a company can promote its brand more efficiently, encouraging consumers engagement; likewise, event organizers use hashtags as a privileged tool, stimulating dialogue with fans. Quite often, non-sponsors of an event want to be associated with it, giving rise to hashtags with explicit or veiled references to the event, outside its organization; *hijacking*, the use of hashtags of a brand or event for purposes other than those for which they were created, such as discussing various contents or expressing negative feelings towards the brand or event, also emerges. Analysis of unwanted/authorized uses of hashtags resulted in the identification of practices of misleading advertising, unfair competition, trademark infringement and personality rights infringement, but also two large groups of lawful practices. In general, it is lawful to use hashtags with unauthorized reference to events, companies or other entities for social criticism or satire and equally lawful user-generated content that associate non-sponsors with certain events or brands. They are within the boundaries of freedom of speech.

PALAVRAS-CHAVE: Publicidade, liberdade de expressão, *hashtags*, *hijacking*, direitos de personalidade, direito ao bom nome e reputação, marcas, concorrência desleal, marketing oportunista, práticas comerciais desleais.

KEYWORDS: Advertising, ambush marketing, freedom of speech, *hashtags*, *hijacking*, personality rights, right to reputation, trademarks, unfair competition, unfair commercial practices.

SUMÁRIO

1. O que são e como funcionam os *hashtags*. O uso promocional dos *hashtags*. 2. Usar *hashtags* criados por outrem. Em especial, a apropriação de *hashtags* (*hijacking*). 3. Práticas comerciais desleais. 3.1. À luz do Código da Publicidade e do Regime das Práticas Comerciais Desleais. 3.2. À luz do Código de Conduta da ARP. 4. Concorrência desleal. 5. Uso ilícito de marca. 6. A sobreposição de regimes. 7. Violação de direitos de personalidade e liberdade de expressão. 7.1. Factos verdadeiros vs. factos falsos. 7.2. O interesse legítimo na divulgação de factos verdadeiros ou verídicos e a liberdade de expressão. 7.3. Opiniões pessoais, críticas agressivas e liberdade de expressão. 8. Nota final

1. O QUE SÃO E COMO FUNCIONAM OS HASHTAGS. O USO PROMOCIONAL DOS HASHTAGS

Na actualidade, os *media sociais* são um veículo de comunicação incontornável. Enquanto as formas tradicionais de comunicação operam num sistema monológico de transmissão (um emissor para vários receptores), os *media sociais* operam num sistema dialógico (muitos emissores para vários receptores). Na expressão *media sociais* estão contidos diversos meios: redes sociais, blogues, micro-blogues, redes de negócio, redes sociais de empresa, fóruns sociais, partilha de fotos e vídeos, etc.¹. O uso de *hashtags* nas redes sociais tornou-se imprescindível. Os *hashtags* são palavras ou conjuntos de palavras, precedidos do símbolo "#", que permitem relacionar entre si as várias mensagens (*posts*) que abordam a mesma temática. Servem assim de classificadores do texto que acompanham; constituem metadados – dados que se referem a outros dados –, com funções muito semelhantes às de uma hiperligação². Porém, verdadeiramente, funcionam como formas de

* Universidade Lusófona, CEAD Francisco Suárez

¹ Cf. Robert Sherwin (2016). "#HaveWeReallyThoughtThisThrough: Why granting trademark protection to hashtags is unnecessary, duplicative, and downright dangerous". *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 29, n. 2, p. 459.

² Explicações em Stephen McKelvey, John Grady (2017). "#JoinTheConversation: The Evolving Legal Landscape of Using Hashtags in Sport". *Journal of Legal Aspects of Sport*, n. 27, p. 91; Robert Sherwin (2016). "#HaveWeReallyThoughtThisThrough...", pp. 457-458.

interacção entre os vários intervenientes nas redes sociais, ou seja, uma forma de meta-diálogo. O conceito de *hashtag* surgiu com o intuito de reunir todas as mensagens relativas a um determinado tópico numa página web numa certa rede social. O primeiro uso conhecido de *hashtag* surgiu no IRC, Internet Relay Chat, nos anos 80 do século passado. Os utilizadores do IRC começaram a usar o símbolo “#” (*pound*, também conhecido por *hash*) para categorizar conteúdos dentro dos grupos³. Posteriormente, em 2007, Chris Messina utilizou pela primeira vez a *hashtag* no Twitter, escrevendo: *How do you feel about using # (pound) for groups. As in #barcamp (msg)?*. Pouco depois deste *tweet* de Messina, um *blogger*, Stowe Boyd, inseriu no seu blog “*Hashtags = Twitter Groupings*”, introduzindo o termo “*hashtag*”, indicando que seria um meio eficiente de *partilhar uma qualquer experiência, envolvendo todos aqueles que usam a etiqueta (tag)*. A partir daí, o uso de *hashtags* entre os utilizadores do Twitter tornou-se crescente e expandiu-se para outras redes sociais: Facebook, Instagram, Pinterest, Flickr e Google+⁴. Mas se o nascimento dos *hashtags* se liga à comunicação individual dos indivíduos, rapidamente o *hashtag* se tornou um poderoso instrumento de comunicação empresarial ou institucional: empresas e outras organizações passaram a usar o *hashtag* para promover marcas, produtos ou serviços. Usando um *hashtag*, uma empresa pode divulgar a sua marca de forma mais eficiente, visto que incentiva a interactividade com outros utilizadores das redes sociais, os próprios consumidores, os quais, usando esse mesmo *hashtag* nas suas mensagens, serão parte activa na promoção da marca. No âmbito da comunicação comercial, podemos identificar quatro categorias principais de *hashtags*:

(i) *hashtags* cujas expressões precedidas de “#” coincidem com marcas registadas, sendo usados em campanhas e outras actividades promocionais das empresas; (ii) *hashtags* correspondentes a slogans ou outras mensagens publicitárias, pré-existentes ou especialmente criados para *hashtags*; (iii) *hashtags* gerados pelos próprios utilizadores-consumidores, com finalidades muito diversas, entre as quais se insere a participação dos consumidores em campanhas organizadas pelas marcas, permitindo-lhes comentar positiva ou negativamente um produto ou serviço; (iv) *hashtags* relativos a eventos,

sendo gerados pelos próprios organizadores ou promotores dos eventos⁵. Destaque-se a última categoria. A determinada altura, instituições organizadoras de eventos – com especial destaque para os organizadores de eventos desportivos – passaram a usar os *hashtags* como um instrumento privilegiado de promoção dos seus eventos, estimulando o diálogo com os fãs. Nos jogos olímpicos, nos campeonatos do mundo de futebol e nos campeonatos europeus de futebol passaram a ser gerados *hashtags* especiais alusivos aos eventos, massivamente usados pelos fãs dos eventos e das equipas em competição, criando uma dinâmica comunicacional importantíssima. E, claro, além dos próprios organizadores dos eventos, os patrocinadores oficiais dos eventos também criam campanhas publicitárias e de relações públicas assentes na criação e uso de *hashtags*, de modo a activar e alavancar a força promocional dos seus patrocínios⁶. Porém, nem sempre os criadores dos *hashtags* associados a um evento são os seus próprios organizadores ou entidades por estes autorizadas. Muito frequentemente, empresas que não são patrocinadoras do evento, nem ao mesmo ligadas oficialmente, querem associar-se ao evento, participar na sua força geradora promocional ou simplesmente juntar-se aos seus consumidores na celebração do evento. Surgem então *hashtags* com referências explícitas ou veladas aos eventos gerados à margem da organização dos mesmos. Algumas destas práticas poderão ser qualificadas como *ambush marketing* ou, dito de outro modo, *marketing oportunista*: prática promocional através da qual uma empresa procura que o público a associe a um evento ou a uma entidade sem que tenha a qualidade de patrocinador oficial ou de outro modo esteja autorizada pelo organizador do evento ou pela entidade em causa⁷.

2. USAR HASHTAGS CRIADOS POR OUTREM. EM ESPECIAL, A APROPRIAÇÃO DE HASHTAGS (HIJACKING)

Um *hashtag* criado por uma empresa ou organização para promover uma marca, produto, serviço ou evento também pode ser usado por outros utilizadores das redes sociais fora do âmbito para o qual foram criados, para se referirem a outros assuntos ou mesmo criticarem as acções da empresa ou organização que criou o *hashtag*. Na verdade, o uso não autorizado e não

³ Robert Sherwin (2016). “#HaveWeReallyThoughtThisThrough...”, p. 462.

⁴ Delaram Yousefi (2017). “#Protected Hashtags, Trademarks, and the First Amendment”. *Touro Law Review*, vol. 33, n. 3, article 25, pp. 1346-1348; Robert Sherwin (2016). “#HaveWeReallyThoughtThisThrough...”, pp. 461-463.

⁵ Categorias integradas na tipologia adoptada por Stephen McKelvey, John Grady (2017). “#JoinTheConversation...”, pp. 92-94.

⁶ Stephen McKelvey, John Grady (2017). “#JoinTheConversation...”, p. 97.

⁷ Lurdes Vargas (2020). “O *ambush marketing (marketing oportunista)* visto pelo direito da publicidade”. *Direito do Desporto*, n.º 5 (Maio-Agosto), pp. 66 ss.

desejado de *hashtags* criados por empresas ou organizadores de eventos tornou-se tão comum como a própria criação de *hashtags* para fins promocionais. É evidente que os *hashtags* são criados por empresas e organizações com o objectivo imediato de serem usados pelos consumidores ou fãs, num diálogo com a empresa ou organização, servindo os seus fins promocionais. Quem cria um *hashtag* não pretende ser o seu utilizador exclusivo, pretende sempre um diálogo com outros utilizadores da rede. E quem cria um *hashtag* para fins promocionais pretende que os próprios consumidores e fãs se tornem protagonistas da campanha, produtores de conteúdos dessa campanha. É essa a especial força promocional de uma campanha nas redes sociais. E o *hashtag* é o seu instrumento privilegiado. Mas não é disso que se trata. Trata-se da apropriação por terceiros do *hashtag* de uma marca, de um evento ou de uma organização para fins próprios, desligados dos fins subjacentes à criação do *hashtag*: (i) campanhas promocionais de outras empresas ou organizações que procuram gerar nos consumidores uma associação entre o promotor da campanha (utilizador do *hashtag* alheio) e a marca ou evento aludido no *hashtag* (criador do *hashtag*) – também estas práticas podem ser qualificadas de *ambush marketing* ou *marketing oportunista*⁸; (ii) o uso sem finalidades promocionais de *hashtags* de uma marca, empresa ou evento, no âmbito de activismo, crítica ou sátira social, o qual, no limite, pode gerar um impacto negativo na imagem dessa marca, empresa ou evento⁹. Em qualquer das duas variantes, trata-se de um uso não desejado do *hashtag* alheio. Insere-se no fenómeno conhecido por *hijacking* na terminologia anglo-saxónica, que podemos traduzir como *sequestro* ou *apropriação*. No seu sentido mais restrito, apropriação de marca (*brand hijacking*) corresponde à prática de um indivíduo ou grupo de pessoas que tenta confundir, enganar ou defraudar os consumidores, fazendo-se passar por promotores (*marketers*) da marca. Num sentido mais amplo, apropriação de marca corresponde a um uso não autorizado de diversos elementos distintivos de uma marca. Neste sentido mais amplo, podem distinguir-se práticas intencionais, nas quais

consumidores e outros protagonistas se envolvem na modificação deliberada dos significados atribuídos a uma marca, para fins específicos – por exemplo: manifestar o descontentamento com a marca ou mesmo boicotar ou sabotar a marca, alterar a mensagem da marca ou a sua publicidade, usando a paródia e a sátira; e práticas não intencionais, nas quais consumidores ou outros intervenientes usam uma marca alheia sem a autorização dos seus titulares, espontaneamente, sem qualquer objectivo de intervir nos significados da marca¹⁰. Entre as diversas manifestações de apropriação de marca num sentido amplo, encontramos a apropriação de *hashtag* (*hashtag hijacking* ou *hashjacking*), comumente definido como *usar um hashtag de uma marca para fins diversos daqueles originariamente pretendidos pela empresa, tais como discutir conteúdos não relacionados ou expressar sentimentos negativos relativamente a uma marca conhecida*¹¹. E, claro, além de apropriação de *hashtags* de marcas, há apropriação de *hashtags* de elementos da imagem institucional de uma empresa ou organização, e de eventos. Quase em simultâneo com a criação de *hashtags* associados a um evento, os seus organizadores procuraram adoptar medidas para impedir o uso não autorizado dos seus *hashtags*. Ou seja, como se referiu, os *hashtags* foram e são lançados pelos promotores dos eventos com o objectivo de promover a conversação à volta do evento – envolvendo fãs e consumidores –, mas, por outro lado, esses promotores querem impedir todo o uso alheio desses *hashtags* contrário aos seus objectivos promocionais. Na verdade, essa tem sido uma preocupação generalizada dos criadores de *hashtags* com fins promocionais (e não apenas dos organizadores de eventos): impedir o seu uso indesejado por concorrentes, outras entidades ou pessoas singulares. No extremo das medidas que visam garantir um controlo do uso dos seus *hashtags*, empresas e outras entidades criadoras de *hashtags* procuram registar os seus *hashtags* como marcas registadas, garantindo um uso comercial exclusivo, o que será desnecessário se a expressão que segue o “#” já estiver registada como marca¹². Ainda mais além, organizadores de eventos desportivos internacionais estabelecem

⁸ Stephen McKelvey, John Grady (2017). “#JoinTheConversation...”, pp. 97 ss.

⁹ Delaram Yousefi (2017). “#Protected Hashtags...”, p. 1344

¹⁰ Alfonso Siano et al (2022). “Redefining brand hijacking from a non-collaborative brand co-creation perspective”. *Journal of Product & Brand Management*, vol. 31(1), pp. 110-126, *passim*. O artigo analisa em particular as práticas intencionais, adoptando uma classificação quadripartida das motivações: destrutivas, económicas, idealistas e construtivas.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Discutindo a legitimidade do registo de certas *hashtags* como marcas, mas também a oportunidade e vantagem desse registo, sobretudo quando a palavra ou expressão que integra o *hashtag*, depois do *tag*, já está registada como marca, ver Stephen McKelvey, John Grady (2017). “#JoinTheConversation...”, pp. 98 ss. Igualmente discutindo a legitimidade do registo de *hashtags* como marcas, sobretudo quando envolve uma apropriação de lemas, palavras de luta ou contestação criados por cidadãos e movimentos sociais, online, ver Stephanie Mahin, Victoria S. Ekstrand (2021). “Old Law, New Tech, and Citizen-Created Hashtags: #BlackLivesMatter and the Case for Provisional Hashtag Marks”. *Journalism & Mass Communication Quarterly*, vol. 98, 1, *passim*.

acordos com os países anfitriões dos eventos, dos quais resulta a aprovação de legislação que impede o uso de *hashtags* ligados ao evento por toda e qualquer entidade ou organização não autorizada – cuja legitimidade é muitíssimo discutível¹³.

3. PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

3.1. À LUZ DO CÓDIGO DA PUBLICIDADE E DO REGIME DAS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

O regime geral da publicidade contém mecanismos de defesa contra práticas ditas de publicidade falsa ou enganosa que podem abranger algumas modalidades de criação e/ou uso de *hashtags* que evocam uma ligação a uma marca, organização ou evento por quem não é patrocinador oficial ou não tem outra ligação autorizada à marca, organização ou evento. Nos termos do n.º 1 do art.º 10.º do Código da Publicidade (CP), *a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos*. Neste âmbito, o art.º 11.º, 1 do CP condena a publicidade enganosa, mas regula-a indirectamente, remetendo para a noção de publicidade enganosa constante do Regime das Práticas Comerciais Desleais, o DL n.º 57/2008, de 26-03 (DL PCD). Nos termos deste diploma, constitui publicidade enganosa aquela que *contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo* (art.º 7.º, 1 do DL PCD). E, entre os elementos enumerados, constam: (...) *utilização de qualquer afirmação ou símbolo indicativos de que o profissional, o bem ou o serviço beneficiam, directa ou indirectamente, de patrocínio ou de apoio* (al. c); e a natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações (...), o seu estatuto, ou as suas relações (...) (al. f). Por outro lado, *atendendo a todas as circunstâncias e características do caso concreto, é enganosa a prática comercial que envolva: a) Qualquer actividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa,*

que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente (art.º 7.º, 2, a) do DL PCD). Quando, na sua actividade nas redes sociais, uma empresa ou outra organização usa *hashtags* com referências directas ou indirectas a uma marca, empresa ou outra organização, ou a um evento, os quais criarão, ou poderão criar, no público – ou seja, nos consumidores, actuais ou potenciais – a convicção errónea de que essa empresa ou organização está ligada a essa marca, essa organização ou esse evento, e essa acção tem potencial para influenciar o público nas suas decisões de consumo, tal acção constituirá uma violação do princípio da veracidade, na vertente publicidade enganosa. No ilícito publicidade enganosa poderão enquadrar-se tanto as campanhas publicitárias e outras acções promocionais nas redes sociais nas quais uma empresa ou outra organização use *hashtags* alusivos a um evento ou organização e crie, ou possa criar, no público ou nos consumidores, a convicção de ser o patrocinador ou parceiro desse evento ou organização, quando não o é, como campanhas publicitárias e outras acções promocionais nas quais uma empresa ou outra organização usa *hashtags* que sugerem um outro tipo de ligação aos produtos, serviços, marcas, designações comerciais ou outros sinais distintivos de uma entidade, quando essa ligação não existe. Serão enquadráveis não só o uso de *hashtags* com expressões directa e claramente alusivas a um evento, marca, produto, serviço ou entidade, como o uso de *hashtags* com alusões indirectas a um evento, marca, produto, serviço ou entidade, com alguma ambiguidade – como tantas vezes sucede numa tentativa de diminuir os riscos de sancionamento¹⁴. Tais acções consubstanciam a prática de uma contra-ordenação e podem determinar a aplicação de sanções acessórias correspondentes à suspensão, cessação ou proibição da publicidade, incluindo medidas cautelares (art.ºs 34.º ss. do CP), para além da eventual responsabilidade civil pelos danos causados. Porém, haverá mensagens inseridas nas redes sociais que, contendo *hashtags* que identifiquem organizações ou eventos de terceiros, aos quais não têm qualquer ligação oficial, mesmo que integradas em acções de marketing de uma empresa ou organização, ou seja, tendo natureza publicitária, ainda assim não possam preencher o requisito de induzir ou ser susceptível de induzir o consumidor em erro: neste grupo dever-se-ão incluir as mensagens de simples apoio a uma equipa, de incentivo à participação ou assistência a um evento, de regozijo pela participação

¹³ Uma leitura crítica desse tipo de legislação especial enquadrada nas estratégias de combate ao *marketing oportunista*, em Lurdes Vargas (2019). “Legitimidade e ilegitimidade do *marketing oportunista* e os novos direitos de associação aos eventos desportivos”. *Direito do Desporto*, n.º 3 (Setembro-Dezembro), pp. 37 ss, *passim*. Na doutrina estrangeira, analisando em especial as medidas restritivas do uso de *hashtags* no contexto dos Jogos Olímpicos, destaque para Stephen McKelvey, John Grady (2018). “#Congratulations but #SeeYouInCourt: Olympic Hashtag Restrictions Raise Concerns Over Trademark Rights and Free Speech”. *Harvard Journal of Sports & Entertainment Law*, vol. 9, pp. 101 ss, *passim*.

¹⁴ Stephen McKelvey, John Grady (2017). “#JoinTheConversation...”, p. 100.

de um país ou cidade na organização de um evento, de regozijo ou felicitação por uma posição alcançada num evento ou numa competição. A natureza comercial da mensagem¹⁵ e o aproveitamento da força promocional de um evento, equipa ou organização não conduz, por si, ao engano ou susceptibilidade de engano que é o pressuposto nuclear do ilícito de publicidade desleal enganosa. Tais mensagens de apoio, regozijo ou felicitação, que se encontram dentro da margem de licitude do *ambush marketing* ou *marketing oportunista*, são muito comuns nas campanhas de marketing institucional em contextos de realização de eventos desportivos. Quanto às particularidades do regime sancionatório, de assinalar que, em matéria de publicidade enganosa, o Código da Publicidade aplica-se exclusivamente às campanhas dirigidas a não consumidores, ou seja, profissionais (art.º 43.º do CP). Tratando-se de campanhas ou acções dirigidas a consumidores (será, em regra, o caso das acções desenvolvidas nas redes sociais), aplica-se directamente o DL PCD, nomeadamente o já referido artigo 7.º, mas com as sanções próprias do seu regime contra-ordenacional (art.ºs 19.º e ss. DL PCD). De destacar que no âmbito DL PCD, sem prejuízo do recurso aos meios administrativos, qualquer pessoa com interesse legítimo em opor-se a tais práticas – v.g. a entidade invocada no *hashtag* e/ou os seus verdadeiros patrocinadores – pode ainda intentar uma acção inibitória nos termos da Lei de Defesa do Consumidor, Lei n.º 24/96, de 31-07 (LDC) (art.º 16.º do DL PCD). Actualmente, a Direcção-Geral do Consumidor (DGC) é a entidade administrativa competente para decidir e aplicar as coimas e sanções acessórias em matéria de publicidade, tanto por aplicação do CP, como por aplicação do DL PCD (art.º 12.º, 2, f) do DL n.º 11/2014, de 22 de Janeiro; art.ºs 19.º, 3 e 21.º, 5 e 7 do DL PCD).

3.2. À LUZ DO CÓDIGO DE CONDUTA DA ARP

Além dos instrumentos legais enunciados, no combate ao uso oportunista de *hashtags* há que contar com instrumentos de auto-regulação, tais como os códigos de conduta e os respectivos mecanismos de decisão/aplicação. Estes instrumentos podem ser bastante mais eficazes do que os instrumentos legislativos, aplicados judicial ou administrativamente, visto que beneficiam de uma maior rapidez de decisão e aplicação e de uma eficácia persuasiva

superior. O que é determinante, tratando-se de campanhas publicitárias e de outras acções de marketing, as quais, por natureza, são efémeras. Em Portugal, a ARP – Auto Regulação Publicitária, entidade sem fins lucrativos que associa empresas anunciantes, meios de comunicação e agências publicitárias, implementa um sistema de auto-regulação em defesa das boas práticas na actividade publicitária. O sistema alicerça-se em códigos de conduta, sendo o principal o *Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e outras formas de Comunicação Comercial* (CC ARP)¹⁶. O código tem por objecto toda a *comunicação comercial* (art.º 1.º), a qual abrange a *Publicidade bem como outras técnicas, tais como promoções, patrocínios e marketing directo e deve ser interpretada de forma lata de modo a poder designar toda a comunicação produzida directamente, por ou em representação de um operador de mercado, que pretenda essencialmente promover Produtos ou influenciar o comportamento dos Consumidores* (art.º 2.º, b CC ARP). O CC ARP é aplicado pelo Júri de Ética e pela Comissão de Apelo da ARP, sendo as suas decisões vinculativas para sócios da ARP, membros associados de associações filiadas na ARP e outras entidades que, não sendo membros, submetam questões à sua apreciação (art.º 30.º, 3 CC ARP). Do CC ARP resulta um conjunto de princípios e normas dos quais se pode extrair uma protecção contra o uso oportunista de *hashtags*. Assim, desde logo, constitui um princípio fundamental: *toda a Comunicação Comercial deve ser legal, decente, honesta e verdadeira* (art.º 4.º, 1). A comunicação comercial deve ser verdadeira e não enganosa (art.º 9.º, 1) e *deve proscrever qualquer declaração, alegação ou tratamento auditivo ou visual que seja de natureza a, directa ou indirectamente, mediante omissões, ambiguidades ou exageros, induzir, ou ser susceptível de induzir, em erro o Consumidor, designadamente no que respeita a: (...) reconhecimento ou homologação oficial, recompensas, tais como a atribuição de medalhas, prémios, diplomas e distinções de natureza similar* (art.º 9.º, 2, f). Mais concretamente, a *Comunicação Comercial não deve representar uma pessoa nem a ela se referir, independentemente de esta se encontrar no exercício de actividades públicas ou privadas, sem a sua prévia autorização* (art.º 18.º, 1); a *Comunicação Comercial não deve, salvo prévia autorização, descrever ou referir-se aos bens pessoais de quaisquer pessoas de modo a insinuar a ideia*

¹⁵ No contexto do direito publicitário norte-americano, mencionando a dificuldade de identificar a natureza comercial de uma mensagem, perante conteúdos gerados por consumidores, eventualmente promovidos ou incentivados por uma empresa anunciante, ver *ibidem*, pp. 101-102.

¹⁶ https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Cod.-Conduta_ARP.pdf

de que, pela pessoa ou Entidade em questão, foi feita uma recomendação do Produto (n.º 2 do mesmo artigo). E, mais adiante, no artigo seguinte: A Comunicação Comercial não deve, em caso algum, retirar indevidamente proveito da reputação ligada ao nome, marcas ou a qualquer outro elemento de propriedade intelectual relativo a uma outra Entidade, pessoa ou instituição, nem tirar proveito da notoriedade obtida por outras campanhas de marketing, sem ter obtido a sua prévia autorização (art.º 19.º, 2 CC ARP). E no art.º B2 do CC ARP, respeitante ao Embuste do Objecto de Patrocínio: Nenhuma parte deve procurar dar a entender que patrocina um qualquer acontecimento ou a transmissão ou comunicação do mesmo nos Meios, seja ele patrocinado ou não, se não for, de facto, Patrocinador de um bem ou dessa transmissão ou comunicação. Nestas disposições poder-se-ão enquadrar as campanhas publicitárias e outras actividades promocionais nas redes sociais nas quais, usando *hashtags*, uma empresa se refere, directa ou indirectamente, a uma pessoa ou entidade, sem a sua autorização, insinuando uma relação de patrocínio, apoio ou recomendação ou, de outro modo, procurando aproveitar a força promocional de outra empresa, instituição ou pessoa. Até ao momento, não se conhece nenhum caso de apropriação de *hashtags* discutido nos tribunais portugueses ou sancionado pela DGC. Mas é conhecida uma decisão do Júri de Ética da ARP relativa a uma campanha publicitária da EPAL que envolveu, entre outros suportes, as redes Youtube e Facebook, e o uso de *hashtags* eventualmente alusivos ao Campeonato do Mundo de Futebol de 2018: #forcaportugal e #russiaworldcup¹⁷. A queixosa, SCC – Sociedade Central de Cervejas e Bebidas, SA (SCC), patrocinadora oficial da Selecção Nacional de Futebol, afirmou ser indiscutível a intenção da EPAL de se associar à Selecção Nacional e à sua participação no Campeonato do Mundo, quando não era patrocinadora oficial da Selecção. A EPAL contestou, assumindo que a sua campanha tinha como pressuposto a participação portuguesa na final do Campeonato do Mundo, mas recusando que daí decorresse qualquer associação com a Selecção Nacional de Futebol e que pretendesse dar a entender ser sua patrocinadora oficial. O Júri de Ética decidiu pela improcedência da queixa da SCC, por entender não existir qualquer prática enganosa, à luz do DL PCD ou do CC ARP. Admitindo tratar-se de uma prática de *ambush marketing*, por estar a EPAL a associar-se ao momento de um evento que não patrocina, aproveitando a sua realização para promover a venda de bens que comercializa, mas não induzindo em erro os consumidores quanto à sua qualidade de patrocinador (à

luz do critério do consumidor médio), o júri entendeu que tal prática não seria enganosa e ilegal. Não haveria um uso de *sinais distintivos de concorrentes ou geradores de confusão por si* (quanto à qualidade de patrocinador). A decisão não discute as particularidades da criação e uso de *hashtags*, integrando-os na ampla noção de *claims* publicitários, assim sujeitos à disciplina jurídica da publicidade. Ela é, porém, bastante ilustrativa do que atrás se disse sobre o uso promocional de *hashtags* com referências não autorizadas a eventos organizados e/ou patrocinados por terceiros e as fronteiras da publicidade enganosa. A decisão reconhece que a EPAL aproveitou a força promocional de um evento que não patrocinou, enquadrando a acção no conceito de *ambush marketing*, mas afasta a sua ilicitude por não ser geradora de confusão nos consumidores, logo, não enganosa. Daí se extraindo que, para o Júri de Ética da ARP, face ao regime legal da publicidade português e ao CC ARP, práticas de mero apoio, regozijo ou felicitação, mesmo que explorem a força promocional de eventos ou organizações que não patrocinem ou apoiem, são lícitas. A fronteira a não ultrapassar é a susceptibilidade de induzir em erro o consumidor.

4. CONCORRÊNCIA DESLEAL

Algumas das práticas de uso de *hashtags* alheios ou de criação e uso de *hashtags* que invoquem eventos ou marcas de terceiros também são potencialmente enquadráveis no ilícito de concorrência desleal, nos termos do art.º 311.º do Código da Propriedade Industrial (CPI). Constituirá concorrência desleal *todo o acto de concorrência contrário às normas e usos honesto de qualquer ramo de actividade económica* (art.º 311.º, 1 CPI). E na lista não exaustiva de actos concretamente proibidos, qualificados como de concorrência desleal constam: *Os actos susceptíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue (al. a); As invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios (al. c)*. Na alínea c) poder-se-ão enquadrar casos de mensagens com *hashtags* nos quais uma empresa invoca o nome, marca, outros sinais distintivos ou imagem de outra empresa ou organização, sem a sua autorização, com finalidades promocionais de beneficiar dessa ligação – seja num *hashtag* por si criado, seja usando um *hashtag* criado pela entidade invocada. De notar que tais práticas, nas quais se demonstre existir uma finalidade de aproveitamento do nome ou da imagem da

¹⁷ Decisão do JE da ARP, de 9 de Julho de 2018. Processo n.º 11/2018. SCC – Sociedade Central de Cervejas e Bebidas, SA v. EPAL – Empresa Portuguesa das Águas Livres, SA.

outra empresa ou organização, ou seja, um fim oportunista ou parasita, serão tratadas como concorrência desleal ainda que das mesmas não resulte confusão – no público, nos consumidores – entre o utilizador do *hashtag*, seus produtos, serviços ou marcas e a empresa ou organização invocada, seus produtos, serviços ou marcas – ao contrário do que exige o enquadramento na alínea a) e exige o enquadramento no ilícito de prática comercial enganosa, como se viu mais atrás. Assim sendo, as práticas publicitárias de uso de *hashtags* alheios ou de invocação do nome, marca, sinais distintivos ou imagem alheios em *hashtags* próprios podem ser sancionadas, independentemente do efeito que causem ou possam causar aos consumidores, por se tratar de práticas oportunistas ou parasitas, contrárias às normas e usos honestos da actividade económica. Porém, para que assim seja, essas práticas terão de constituir actos de concorrência. A concorrência desleal é um estado relacional, pressupõe uma relação de concorrência no mercado, um sujeito activo e um sujeito passivo, um agente e um concorrente afectado pelo acto¹⁸. Para que esta relação se verifique, a doutrina maioritária entende que entre os intervenientes deve existir afinidade de produtos ou serviços comercializados ou de actividades¹⁹ ou, pelo menos, que os intervenientes estejam inseridos no mesmo sector de mercado, disputando a mesma clientela²⁰. Aqui poderão surgir algumas dificuldades. A empresa ou organização oportunisticamente invocada num *hashtag* poderá não actuar exactamente no mesmo sector de mercado daquele que a invoca. O utilizador do *hashtag* pode não pretender captar a sua clientela; simplesmente, interessa-lhe invocar uma relação com essa empresa ou organização – por exemplo, insinuar ser seu patrocinador –, para usufruir da sua força promocional. Adoptando um critério flexível de posicionamento no mercado, poderemos entender que as empresas que querem aproveitar a força promocional de um certo evento ou organização, invocando-os em *hashtags*, e as entidades invocadas ou organizadoras dos eventos invocados são concorrentes entre si, pois disputam a atenção do mesmo público consumidor, mesmo que não inseridas no mesmo sector

de mercado e mesmo que não disputem a mesma clientela num sentido restrito²¹. Por outro lado, o uso de um *hashtag* que insinue uma ligação inexistente a um evento ou organização, com o intuito de beneficiar da sua reputação, não afectará apenas a entidade invocada ou o organizador do evento invocado. Indirectamente, podem ser prejudicados os patrocinadores oficiais do evento ou organização. Estes mais facilmente poderão ser qualificados como concorrentes das empresas utilizadoras abusivas de *hashtags*. As práticas de concorrência desleal constituem uma contra-ordenação, nos termos do art.º 330.º CPI, tendo quaisquer interessados legitimidade para promover o procedimento mediante queixa. De salientar que o dolo (dolo genérico) constitui um pressuposto da punibilidade da concorrência desleal como contra-ordenação (visto que a punibilidade por negligência não está expressamente prevista). Sem prejuízo do procedimento contra-ordenacional, as empresas ou organizações lesadas podem intentar uma acção judicial inibitória, com vista a conseguir a cessação da prática de concorrência desleal, e obter uma indemnização pelos danos que lhe forem causados, nos termos gerais da responsabilidade extracontratual.

5. USO ILÍCITO DE MARCA

O uso de *hashtags* criados por terceiros ou de *hashtags* próprios que invoquem marcas de terceiros também pode ser sancionado no âmbito do regime das marcas. Não será necessário que o próprio *hashtag* seja registado como marca para que as palavras ou expressões que o integram possam gozar de protecção que o exclusivo de marca oferece. Basta que essas palavras ou expressões, sem “#”, componham uma marca registada. Assim, se uma empresa criar um *hashtag* que contenha palavras ou expressões semelhantes a uma marca registada e o usar nas redes sociais, em conteúdos publicitários ou promocionais, para promover produtos ou serviços idênticos ou afins aos da marca registada, esse uso será ilícito, desde que daí resulte um

¹⁸ Assim, na maioria da doutrina, nomeadamente: António Campinos, Luís Couto Gonçalves, Coord. (2015). *Código da Propriedade Industrial Anotado* (2.ª edição), Coimbra: Almedina, anotação ao art.º 311.º; Carlos Olavo (2005). *Propriedade Industrial* (2.ª ed.), Coimbra: Almedina, pp. 260-261; Jorge Patrício Paúl (2005). “Concorrência desleal e direito do Consumidor”. *ROA*, ano 65, vol. I, n.º 2 (Junho); Luís Couto Gonçalves (2022). *Manual de Direito Industrial* (9.ª edição), Coimbra: Almedina, p. 406; Pedro Sousa e Silva (2019). *Direito Industrial* (2.ª ed.), Coimbra: Almedina, pp. 444 ss.; Contra, sustentando a superação do modelo corporativo de tutela da lealdade da concorrência e a sua substituição por um modelo social ou integrado, deixando o acto de concorrência desleal de depender da existência de uma relação de concorrência, exigindo apenas que haja uma intervenção no mercado, ver Ana Amorim (2017). *A Tutela da Lealdade nas Relações de Mercado – A Propósito do Ilícito Publicitário*, Coimbra: Almedina, pp. 23-83, 354 ss.

¹⁹ Pedro Sousa e Silva (2019). *Direito Industrial*, pp. 441-442.

²⁰ Assim, Carlos Olavo (2005). *Propriedade Industrial*, pp. 261-262. Luís Couto Gonçalves também adota este critério, mas entende que o mesmo deve ser aplicado de modo flexível e que em determinados casos poderá identificar-se uma relação de concorrência apesar de os intervenientes não se inserirem no mesmo sector de mercado – Luís Couto Gonçalves (2022). *Manual...*, pp. 407-408.

²¹ No sentido de existir concorrência, apesar de não estar em disputa a conquista directa da mesma clientela, mas antes disputa de fornecedores, distribuidores, vendedores ou mesmo dos trabalhadores, Jorge Patrício Paúl (2005). “Concorrência desleal...”, capítulo 2 a).

risco de confusão ou associação nos consumidores (art.º 249.º, 1, b) e 2, e) CPI). Aqui se incluirão os típicos casos de uso de *hashtags* que pretende aproveitar a força promocional de marca alheia.

Porém, para a verificação deste ilícito será também essencial que a colagem à marca alheia envolva um risco de engano nos consumidores: que confundam ou possam confundir os produtos ou serviços anunciados quanto à sua origem; que entendam, ou haja o risco de que entendam, existir uma ligação entre a marca registada e o criador/utilizador do *hashtag*. Sem tal risco de confusão ou associação o uso do *hashtag* será lícito quando a redacção deste é meramente semelhante (não idêntica) às expressões que constituem a marca registada de produtos ou serviços idênticos ou afins, ou mesmo quando a sua redacção é idêntica às expressões que constituem uma marca registada de produtos ou serviços não idênticos, mas afins. Imaginemos agora um *hashtag* que coincide exactamente com as palavras ou expressões de uma marca registada, com excepção do próprio “#”, que seja usado na promoção de produtos idênticos aos produtos ou serviços abrangidos pelo registo de uma marca de terceiro. Neste caso, verificar-se-á um uso ilícito de marca independentemente do risco de confusão ou associação por parte dos consumidores, desde que outras funções da marca, nomeadamente as de investimento, garantia de qualidade ou publicitária, sejam afectadas (art.º 249.º, 1, a) CPI)²². A inserção de “#” precedendo uma palavra ou expressão não afastará a eventual identidade desses sinais com uma marca registada composta pela mesma palavra ou expressão sem *hasht*^{23 24}. O que é indispensável, em qualquer destas configurações de uso ilícito de marca, é que o *hashtag* seja usado no âmbito de uma actividade económica. Se uma determinada organização ou pessoa singular usar um *hashtag* coincidente com ou semelhante a uma marca alheia, sem a autorização do seu titular, mas o faça sem finalidade económica – por exemplo, a título de activismo social ou sátira, ou simplesmente por diversão –, esse uso não pode ser impedido no âmbito do regime de protecção da marca²⁵. Na doutrina norte-americana, rica em apreciação de casos desta natureza à luz do Lanham Act, tem também sido sublinhado que mensagens puramente congratulatórias

que envolvam um evento, ainda que protagonizadas por empresas no âmbito de campanhas de promoção institucional, estão mais focadas em orgulho cívico e em desencadear a conversa à volta de um evento e/ou equipa do que no aproveitamento da marca de outrem. Quando a designação de um evento coincidente com uma marca registada é mencionada num *tweet* ou outra mensagem dessa natureza, sem autorização do titular da marca, essa menção poderá ser considerada uma mera descrição factual do evento e, assim, não constituir um uso ilícito de marca alheia²⁶. Parece-me que esta conclusão é inteiramente válida face ao regime português de protecção da marca, pois um uso meramente descritivo, ainda que feito no contexto de uma actividade de promoção institucional (logo, de natureza económica), não afecta nenhuma das várias funções da marca que fundamentam o seu exclusivo (cf. art.º 249.º CPI)²⁷.

6. A SOBREPOSIÇÃO DE REGIMES

Do que até agora foi analisado resulta que haverá necessariamente zonas de sobreposição no enquadramento de práticas de uso de *hashtags* com fins promocionais e oportunistas. Algumas práticas podem constituir em simultâneo, por exemplo: prática comercial desleal, na modalidade de prática comercial enganosa, ao abrigo do DL PCD, e ilícito de concorrência desleal, nos termos do art.º 311.º, 1, a) CPI; prática comercial enganosa e uso ilícito de marca alheia, na modalidade de sinal semelhante a marca alheia; ilícito de concorrência desleal e uso ilícito de marca alheia. Estes são problemas complexos, para os quais não há uma resposta única e totalmente pacífica.

Uma parte significativa da doutrina entende que a violação de direitos de propriedade industrial exclusivos – caso do uso ilícito de marca – afastará a aplicação do regime da concorrência desleal, reconhecendo uma relação de subsidiariedade entre esses dois conjuntos normativos. Considera-se que, na parte em que os dois regimes se sobrepõem, a protecção oferecida pelo direito exclusivo da marca preenche todo o campo de valores/interesses protegidos pela concorrência desleal,

²² Cf. Acórdão L'Oréal. Acórdão do TJUE, de 18 de Junho de 2009. Processo C-487/07. *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC e Laboratoire Garnier & Cie v. Bellure NV, Malaika Investments Ltd e Starion International Ltd*. Parágrafo 58. Também neste sentido, no contexto do direito norte-americano, Robert Sherwin (2016). “#HaveWeReallyThoughtThisThrough...”, pp. 483 ss.

²³ Neste sentido, no contexto do direito norte-americano, Robert Sherwin (2016). “#HaveWeReallyThoughtThisThrough...”, pp. 475 ss.

²⁴ Refira-se ainda outra configuração possível de uso ilícito de marca alheia. Tratando-se de um *hashtag* contendo palavras ou expressões idênticas ou semelhantes a uma marca de prestígio, nacional ou europeia, registada ou não registada, o uso do *hashtag* poderá também qualificar-se como ilícito, apesar da falta de risco de confusão ou associação dos consumidores, demonstrando-se o aproveitamento indevido ou o prejuízo da marca (art. 249.º, 1, c) CPI).

²⁵ Assim também no direito norte-americano – Robert Sherwin (2016). “#HaveWeReallyThoughtThisThrough...”, p. 489; Delaram Yousefi (2017). “#Protected Hashtags...”, p. 1372.

²⁶ Stephen McKelvey, John Grady (2018). “# Congratulations but...”, p. 124.

²⁷ Assim foi, aliás, interpretado o art.º 5(1) (a) da Directiva 89/104/EEC, de 21 de Dezembro de 1988 – Acórdão L'Oréal, parágrafos 61; Acórdão Höllerhoff. Acórdão do TJUE, de 14 de Maio de 2002. Processo C-2/00. Parágrafo 16.

representando um *estádio reforçado de protecção*²⁸. Subscrevo este entendimento. Menos pacífica é a solução para a sobreposição entre ilícito de prática comercial desleal (enganosa) e concorrência desleal. Inclino-me para considerar que, em tal caso, o regime das práticas comerciais desleais deverá afastar o regime da concorrência desleal. O regime das práticas comerciais desleais é um regime especial de concorrência desleal. O legislador comunitário pretendeu instituir uma disciplina dos actos que, prejudicando indirectamente os interesses dos concorrentes, prejudicam directamente os consumidores (considerando 6 da Directiva 2005/29/CE), *garantindo concorrência leal no domínio por ela coordenado (considerando 8)*^{29,30}. Tendo presente uma relação de especialidade entre os dois regimes, ou pelo menos de subsidiariedade, considero que nos casos de sobreposição deverá aplicar-se o regime do DL PCD, afastando-se o regime da concorrência desleal do CPI³¹. Já quando um uso promocional e oportunista de *hashtag* enquadrável como prática comercial enganosa também constituir um uso ilícito de marca alheia, a meu ver, em regra, deverão aplicar-se cumulativamente os dois regimes, o do DL PCD e o do CPI. O exclusivo da marca oferece uma protecção substancialmente superior dos interesses dos titulares das marcas, relativamente ao regime do DL PCD; e os interesses dos consumidores, núcleo da protecção do DL PCD, apenas são directamente acautelados neste regime.

7. VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE PERSONALIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Para além do expectável enquadramento das práticas de uso indesejado de *hashtags* em contexto publicitário nos regimes das práticas comerciais desleais, da concorrência desleal e da protecção da marca, tais práticas

suscitam também questões de eventual violação de direitos de personalidade. Imaginemos os seguintes cenários: (a) Uma empresa da restauração lança uma campanha no Twitter que pretende estimular os seus consumidores a partilharem as suas experiências como utilizadores da sua rede de restaurantes. A campanha motiva a intervenção espontânea de vários utilizadores da rede que criticam de forma contundente e mesmo agressiva a qualidade dos alimentos servidos nessa cadeia de restauração; (b) Determinada empresa lança uma campanha no Twitter, pretendendo divulgar o seu papel de patrocinador de um evento desportivo internacional e alavancar o seu potencial promocional, criando um *hashtag* que estimula o diálogo com os consumidores e fãs do evento. A campanha desperta a atenção de activistas e grupos de activistas que passam a usar esse *hashtag* para criticar fortemente as políticas de discriminação LGBT do país onde se realiza o evento e a passividade ou conluio dos patrocinadores do evento, entre os quais a empresa que lançou o *hashtag*; (c) Uma instituição bancária lança uma campanha promocional no Twitter assente numa sessão contínua de perguntas e respostas sobre a actividade e os produtos da instituição (executivos da instituição deveriam responder às questões colocadas pelos consumidores). É criado um *hashtag* como ferramenta de comunicação da campanha. O *hashtag* é aproveitado pelos utilizadores da rede para criticarem as políticas sociais e financeiras da instituição, acusando-a de práticas de exploração agressiva e rapina dos seus clientes. Estes cenários não são fictícios. São descrições sintéticas de campanhas institucionais lançadas por multinacionais, as duas primeiras pela McDonald's e a última pelo banco JP Morgan Chase³². Se considerarmos situações desta natureza no contexto do nosso ordenamento jurídico, podemos equacionar o enquadramento destes casos à luz do regime de protecção dos direitos de personalidade e dos seus limites. O direito ao bom nome e reputação é um direito com consagração

28 Assim, José de Oliveira Ascensão (2002). *Concorrência Desleal*, Coimbra: Almedina, pp. 348-353; Pedro Sousa e Silva (2019). *Direito Industrial*, pp. 437-439. Contra, entendendo que são institutos autónomos, havendo lugar à sua aplicação cumulativa, ver Luís Couto Gonçalves (2022), *Manual...*, p. 413.

29 No próprio art.º 1.º da Directiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, se enuncia, em primeiro lugar, o objectivo de *contribuir para o funcionamento correcto do mercado interno*.

30 Debruçando-se sobre este traço do regime das práticas comerciais desleais e as suas relações com o regime da concorrência desleal, mas não se pronunciando sobre a solução para as zonas de sobreposição/concurso de aplicação dos dois regimes, ver Adelaide Menezes Leitão (2001). "Práticas comerciais desleais como impedimento à outorga de direitos industriais?". In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Coimbra: Almedina, *passim* e especialmente pp. 550-552, 558-559.

31 Neste sentido, quanto à demarcação entre o regime da publicidade enganosa do Código da Publicidade (à data do escrito, o único) e o regime da concorrência desleal do CPI 2003, José de Oliveira Ascensão (2007). "Concorrência Desleal: as grandes opções". In *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. I, Coimbra: Coimbra ed., p. 120. Contra, entendendo que não há verdadeira sobreposição, pois o regime das práticas comerciais desleais tem por único fim a defesa dos consumidores, ao contrário da concorrência desleal, cujo interesse prosseguido é a defesa dos concorrentes, devendo escolher-se a tutela a invocar em função da qualidade do lesado (consumidor ou concorrente), Pedro Sousa e Silva (2019). *Direito Industrial*, pp. 436-437. Entendendo que em caso de sobreposição deverão aplicar-se cumulativamente os dois regimes, com procedimentos contra-ordenacionais distintos e eventuais consequências diversas, ver Assunção Cristas (2007). "Concorrência desleal e protecção do consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE". In *Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra: Almedina, p. 159.

32 Vd. Nathan Gilkerson, Kate T. Berg (2018). "Social media, hashtag hijacking, and the evolution of an activist group strategy". In *Social Media and Crisis Communication* (Eds. Lucinda Austin & Yan Jin), New York: Routledge, pp. 141 ss.

constitucional (art.º 26.º, 1 CRP), alicerçado na protecção da dignidade da pessoa humana (art.º 1.º CRP). O bom nome e a reputação correspondem à honra social (ou seja, a representação que os outros têm de certa pessoa, por contraposição à honra pessoal, a representação que cada pessoa tem de si própria). O direito valoriza e eleva a direito fundamental a honra social. O também designado direito à honra e ao bom nome é igualmente enquadrável na cláusula geral de tutela civil dos direitos de personalidade que não são objecto de disposição especial, o art.º 70.º, 1 CC. A violação desse direito de personalidade dará lugar a responsabilidade civil pelos eventuais danos causados ao titular do direito e também à aplicação de medidas preventivas ou repressivas (art.ºs. 70.º, 2, e 484.º CC). Embora alicerçado nas características da pessoa humana, o direito ao bom nome e reputação é compatível com a natureza das pessoas colectivas, entre estas as sociedades, gozando elas a mesma protecção nesta matéria (art.º 12.º, 2 CRP), como aliás reconhecido no regime da responsabilidade civil extracontratual (art.º 484.º CC).

7.1. FACTOS VERDADEIROS VS. FACTOS FALSOS

No passado, a doutrina e a jurisprudência nacionais entendiam que a ofensa ao bom nome e à reputação de outrem constituía um ilícito, independentemente de os factos afirmados ou difundidos serem verdadeiros ou falsos e sem distinguir entre afirmação ou difusão de factos e afirmação ou difusão de opiniões ou juízos de valor³³. A ausência da primeira distinção permitia que a denúncia, sobretudo pública, de factos verdadeiros imputados a alguém fosse censurada, consagrando-se, afinal, o *direito a uma falsa reputação e bom nome*³⁴. Actualmente, uma parte significativa da doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), esta assumidamente por influência da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), entendem que é necessário distinguir. A afirmação ou difusão de factos verdadeiros que ofendam o bom nome ou reputação de outrem é lícita (*exceptio veritatis*), desde que haja um interesse legítimo para essa comunicação³⁵. E mesmo a afirmação ou divulgação de factos falsos pode ser lícita, quando aquele que os profere ou divulga está, de boa fé, convicto da sua verdade (prova da veracidade). De *boa fé* significa que procurou averiguar a verdade com a

diligência que as circunstâncias do caso concreto (incluindo a sua condição ou profissão) impunham – ou seja, verifica-se uma ignorância desculpável da falsidade do facto³⁶. A verificação cumulativa de tais pressupostos (factos verdadeiros ou verídicos e interesse legítimo na sua divulgação) constitui causa de exclusão da ilicitude da ofensa à honra e ao bom nome, afastando não só a responsabilidade civil do lesante, como a aplicação de medidas preventivas ou repressivas da ofensa. Tais critérios de exclusão da ilicitude em matéria civil constituem uma aproximação ao direito penal, aos pressupostos do crime de difamação e às suas específicas causas de justificação (art.º 180.º C. Penal). Aplicando este regime ao uso não autorizado de *hashtags* alheios ou de *hashtags* que se refiram a pessoa diferente do seu criador, podemos concluir que empresas ou instituições a quem sejam imputados factos falsos, no âmbito do uso indesejado dos seus *hashtags* ou do uso de novos *hashtags* que aludam a essas empresas ou instituições, poderão invocar o regime dos direitos de personalidade e obter medidas para prevenir ou reprimir a ofensa (por exemplo, ordem de cancelamento do uso do *hashtag* em causa e/ou retractação pública), assim como o ressarcimento dos danos causados.

7.2. O INTERESSE LEGÍTIMO NA DIVULGAÇÃO DE FACTOS VERDADEIROS OU VERÍDICOS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Sempre que os factos imputados sejam verdadeiros ou verídicos (falsos, mas considerados verdadeiros por motivo atendível), essa verdade ou veracidade pode, mas não é suficiente para, excluir a ilicitude das declarações. É ainda necessário que haja um interesse legítimo na divulgação. E aqui se colocam os verdadeiros problemas em matéria de uso de *hashtags* com finalidade de activismo social, crítica pessoal ou sátira. Recordemos dois dos tweets que instrumentalizaram o *hashtag* “#McDStories”: *O meu irmão encontrou uma unha falsa nas suas batatas fritas; estas #McDStories não envelhecem, tal como uma caixa de 10 McNuggets de frango deixadas ao sol durante uma semana*. Simulando uma aplicação do nosso regime

³³ Assim, Pires de Lima, Antunes Varela (1987). *Código Civil Anotado*, vol. 1 (4.ª edição), Coimbra: Coimbra Ed., anotação ao art.º 484.º; João Antunes Varela (2000). *Das Obrigações em Geral*, vol. 1, Coimbra, Almedina, pp. 548-549.

³⁴ Francisco Teixeira da Mota (2017). “Liberdade de expressão – a jurisprudência do TEDH e os tribunais portugueses”. *Julgar*, n.º 32, p. 185.

³⁵ Assim, com variações, Mário Júlio de Almeida Costa (2009). *Direito das Obrigações* (12.ª edição, reimpressão de 2020), Coimbra: Almedina, p. 564; Luís Menezes Leitão (2018). *Direito das Obrigações*, vol. 1 (15.ª edição), Coimbra: Almedina, pp. 298-299; Elsa Vaz Sequeira (2020). *Teoria Geral do Direito Civil. Princípios Fundamentais e Sujeitos*, Lisboa: UCP, p. 49.

³⁶ Assim, Elsa Vaz Sequeira (2020). *Teoria Geral do Direito Civil...*, p. 49.

de protecção do direito ao bom nome e reputação, se os autores destes tweets demonstrarem a sua verdade ou, pelo menos, veracidade, serão essas acções lícitas? Ou faltará um interesse legítimo na divulgação de tais factos? O interesse legítimo na divulgação de determinados factos negativos sobre determinada pessoa não se reconduz ao interesse público, pode ser público ou privado³⁷.

Na verdade, no núcleo dos interesses civil e penalmente atendíveis para divulgar factos verdadeiros ou verídicos sobre uma determinada empresa, instituição ou outra pessoa encontra-se o exercício da liberdade de expressão, nas suas diversas vertentes: liberdade de opinião, liberdade de se informar e liberdade de informar. Diante a comunicação pública de factos que podem lesar a boa reputação de outrem emerge um conflito entre dois direitos fundamentais: o direito ao bom nome e reputação e o direito à liberdade de expressão. No passado, a doutrina nacional³⁸ e a jurisprudência do STJ³⁹ entendiam que nesse conflito o direito ao bom nome e reputação deveria tendencialmente prevalecer, privilegiando-se aquele que constitui um direito de personalidade e deriva da dignidade da pessoa humana. Hoje, o panorama é outro. A Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) consagra, no seu artigo 10.º, 1, uma protecção amplíssima da liberdade de expressão: *Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. Dispõe-se ainda que: o exercício*

dessa liberdade, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas na lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática para (...) a protecção da honra ou dos direitos de outrem (...) (n.º 2 do artigo 10.º). Interpretando o dispositivo, entende o TEDH que *a centralidade da liberdade de expressão e de imprensa, como elementos constitutivos de uma sociedade democrática, obriga a que todas as restrições às mesmas devam ser objecto de uma interpretação restritiva e a sua necessidade estabelecida de modo convincente*⁴⁰. Ou seja, perante cada caso concreto, deverão ser ponderados liberdade de expressão e direito ao bom nome e reputação em conflito. Mas só em circunstâncias excepcionais a liberdade de expressão deverá ceder. Esta orientação veio a ser recebida na doutrina nacional⁴¹ e actualmente prevalece na jurisprudência do STJ⁴². Ora, a liberdade de expressão na sua vertente de informar tanto pode ser exercida pela imprensa, pelos jornalistas e órgãos de informação, como pelos particulares através dos meios que estão ao seu alcance, nomeadamente nas redes sociais.

Numa sociedade democrática, o cidadão comum é parte importante na dinâmica de informar, denunciar e alertar. Por regra, nessa actuação de informar, denunciar e alertar podemos identificar um interesse público ou do público: o interesse dos demais cidadãos em conhecer factos relevantes para a sua vida em sociedade, tais como práticas no exercício de cargos públicos ou práticas das empresas na condução dos seus negócios, na produção de produtos e na prestação de serviços. Mas também podemos identificar interesses privados em informar atendíveis: por exemplo, o interesse de um empresário, profissional, consumidor ou cidadão comum em

³⁷ *Ibidem*, p. 49; Elsa Vaz Sequeira, Carolina Correia (2019). "Comentário ao art.º 484.º". In *Comentário do Código Civil. Direito das Obrigações* (Coord. L. Carvalho Fernandes, J. C. Brandão Proença), Lisboa: UCP, p. 287.

³⁸ Por todos, Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (1980). *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra ed., anotação ao art.º 37.º.

³⁹ Cf., por exemplo, Ac. STJ, de 14-10-2002. Processo 03A2249 (Alves Velho). Nesta decisão sustentou-se a prevalência, por regra, do direito ao bom nome e reputação sobre a liberdade de expressão.

⁴⁰ Jónatas Machado (2009). "Liberdade de expressão, interesse público e figuras públicas e equiparadas". *BFDUC*, vol. LXXXV, p. 81.

⁴¹ Assim, Jónatas Machado (2009). "Liberdade de expressão...", *passim*, em particular, p. 94; Jónatas Machado (2014). "A Glória, a Honra e o Poder – Observações sobre a liberdade de imprensa em democracia". *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 143, n. 3984 (Janeiro-Fevereiro), *passim*, com destaque para as conclusões a p. 189; aparentemente, mais moderada, entendendo que a restrição à tutela da honra e do bom nome depende de um *interesse público e legítimo*, e não de qualquer outro interesse legítimo, ver Elsa Vaz Sequeira (2020). *Teoria Geral...*, p. 51. Contra, criticando a actual orientação do STJ, ver Filipe de Albuquerque Matos (2019). "Algumas Questões em Torno do Ilícito por Ofensa ao Crédito e ao Bom Nome. O Artigo 484.º do Código Civil Português". In *Atas das II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil* (Coord. Mafalda Miranda Barbosa, Nelson Rosenvald, Francisco Muniz), Coimbra: UFDUC, pp. 84 ss.

⁴² Cf. Ac. STJ, de 31-01-2017. Processo 1454/09.5TVLSB.L1.S1 (Roque Nogueira); Ac. STJ, de 10-12-2019. Processo 16687/16.0T8PRTL1.S1 (Sacarrão Martins). Orientação reflectida na jurisprudência das instâncias inferiores – cf. Ac. TRL, de 9-10-2019. Processo 4161/16.9T9LSB-3 (Lee Ferreira).

dar a conhecer factos que explicam ou justificam um comportamento seu ou fundamentam uma sua determinada opinião. Mas é evidente que os interesses públicos têm maior importância e, perante estes, deverá haver uma maior margem de tolerância para imputações *prima facie* difamatórias⁴³. Nos dois exemplos de #McDStories referidos, se os factos mencionados nos *hashtags* fossem verdadeiros, naturalmente, seria legítimo que os consumidores que os tivessem presenciado, ou deles tivessem tido conhecimento, quisessem alertar a comunidade, denunciando as práticas da empresa em causa, sendo indiferente que o fizessem usando *hashtags* por si criados ou usando um *hashtag* criado pela McDonalds, no âmbito de uma sua campanha publicitária.

7.3. OPINIÕES PESSOAIS, CRÍTICAS AGRESSIVAS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

E se não estiverem em causa afirmações de factos, mas críticas que exprimam opiniões pessoais, eventualmente agressivas? Serão tais práticas admissíveis? Em que medida, com que limites? De acordo com a jurisprudência do TEDH⁴⁴ e com a mais recente jurisprudência do STJ⁴⁵, os juízos de valor e as opiniões, ao contrário das afirmações de factos, não são falsos ou verdadeiros, não têm de ser demonstrados. A legitimidade dos juízos de valor e das opiniões, quando ofensivos do bom nome e reputação de outrem, depende de se basearem numa *base de facto suficiente* e de serem motivadas por um interesse legítimo.

Afirmações que contribuam para um debate público são de interesse legítimo geral⁴⁶. Os juízos de valor negativos, ainda que recorrendo a uma *linguagem forte, dura, veemente, provocatória, polémica, metafórica, irónica, sarcástica, imoderada e desagradável, e ainda que proferidos com intenção denunciatória* (“*naming and shaming*”)⁴⁷, devem ser admitidas numa sociedade pluralista e democrática. O interesse legítimo na crítica será naturalmente mais intenso na crítica de figuras públicas. Figuras públicas serão as pessoas individuais com protagonismo político, social, cultural ou desportivo. Serão, inclusive, figuras públicas aqueles que *intervêm publicamente para influenciar um debate de interesse público, fazendo com que a dimensão da sua vida pública conexcionada com esse debate as sujeite a um interesse público de informação, que lhes garante a possibilidade de aceder aos órgãos de comunicação social*^{48 49}. Estas considerações valem para os juízos de valor e críticas emitidos pelos jornalistas e órgãos de comunicação, ao abrigo da liberdade de imprensa, mas são igualmente válidas quanto às críticas e opiniões emitidas pelos cidadãos comuns, seja qual for o meio de comunicação escolhido para as veicular, ao abrigo da liberdade de opinião⁵⁰. Assim, face ao direito português, o uso não autorizado e não desejado de *hashtags* de empresas por activistas, consumidores e cidadãos comuns, para fins de crítica ou sátira política, social ou económica dessas mesmas empresas que geraram os *hashtags* será, em regra, lícito. Tanto mais que o alvo das críticas ou sátiras serão figuras públicas ou entidades às mesmas equiparadas.

⁴³ Jónatas Machado (2009). “Liberdade de expressão, interesse público...”, p. 86.

⁴⁴ Ac. TEDH, de 24-09-2019. *Antunes Emídio e Soares Gomes da Cruz v. Portugal*, p. 7 (do PDF da versão oficial inglesa).

⁴⁵ Ac. STJ, de 31-01-2017 (Roque Nogueira), cit., salientando que a liberdade de opinião, na formulação do n.º 1 do art.º 10.º da CEDH, é o primeiro dos elementos constitutivos da liberdade de expressão e que a exigência da prova da verdade de uma opinião é impossível de cumprir e infringe a própria liberdade de expressão.

⁴⁶ Ac. TEDH, de 24-09-2019, cit., p. 10.

⁴⁷ Jónatas Machado (2014). “A Glória, a Honra e o Poder...”, p. 179.

⁴⁸ Ac. STJ, de 31-01-2017 (Roque Nogueira).

⁴⁹ Mesmo que se entenda que as pessoas colectivas não são exactamente figuras públicas, serão equiparáveis a figuras públicas as pessoas colectivas de maior protagonismo social, nomeadamente pessoas colectivas privadas de grande dimensão política, social, cultural, económica, financeira, ou desportiva (...), nomeadamente por afectarem os particulares na sua qualidade de cidadãos, trabalhadores, clientes, investidores, consumidores ou contribuintes – Jónatas Machado (2009). “Liberdade de expressão, interesse público...”, pp. 96-97.

⁵⁰ Cf. Ac. STJ, de 31-01-2017 (Roque Nogueira); Ac. STJ, de 10-12-2019 (Sacarrão Martins).

As empresas que lançam campanhas publicitárias alicerçadas no uso de *hashtags* pretendem capitalizar em ganhos económicos a sua interacção com os internautas-consumidores. Mas, abrindo espaço a esse diálogo, arriscam. O desenrolar do diálogo pode ser muito diferente do projectado. Pode, afinal, vir a revelar-se danoso para a sua imagem pública e mesmo fonte de quebra nos negócios e de real prejuízo económico. Porém, *If you don't like the heat, get out of the kitchen*⁵¹.

8. NOTA FINAL

Esta análise de práticas de uso não autorizado de *hashtags* resultou na identificação de acções ilícitas, enquadradas na publicidade enganosa, na concorrência desleal, na violação do uso exclusivo da marca e na violação de direitos de personalidade, mas também resulta na identificação de grandes grupos de práticas lícitas. Quando organizações não governamentais, consumidores ou simples cidadãos usam *hashtags* de empresas ou outras organizações, ou criam novos *hashtags* que para elas remetam, emitindo comentários ofensivos do seu bom nome ou reputação, imputando-lhes factos falsos, tais práticas podem ser paralisadas ou sancionadas como violações de direitos de personalidade. Mas o uso não autorizado de *hashtags* alheios, ou mesmo a criação de novos *hashtags* com referência não autorizada a eventos, empresas ou outras entidades, com fins de crítica ou sátira social, se não ofendem o bom nome ou reputação dos visados, ou se ofendem, mas forem imputados factos verdadeiros ou verídicos ao ofendido ou forem emitidos meros juízos de valor, serão, em regra, lícitos (1). Tais práticas constituem um exercício de liberdade de expressão, um direito fundamental, cuja limitação por lei ordinária deve ser excepcional. Com tais contornos, neste conflito com o direito à honra e boa reputação, o exercício da liberdade de expressão em regra deverá prevalecer. Certas práticas de uso promocional não autorizado de *hashtags* alheios, ou mesmo de criação de novos *hashtags* com associação a eventos ou marcas de terceiros, podem ser tratadas como *marketing oportunista* e serem sancionadas como práticas comerciais desleais, concorrência desleal ou usos ilícitos de uma marca. Mas não será o caso do replicar dessas mensagens nas páginas de fãs ou consumidores (2), nem dos posts criados pelos próprios fãs ou consumidores que incluem *hashtags* que associam uma marca não patrocinadora a um evento (*user-generated content*) (3)⁵².

Relativamente a estes dois últimos casos, poderíamos considerar estar perante um vazio sancionatório, uma lacuna, práticas em bom rigor abusivas que carecem de uma resposta do direito para serem travadas. Será? Tais práticas (2) e (3), mesmo que eventualmente perturbadoras das mensagens e campanhas promocionais dos organizadores de eventos ou das marcas a que os *hashtags* saludem, consubstanciam igualmente um exercício de liberdade de expressão. Se essas práticas perturbam campanhas publicitárias de empresas criadoras dos *hashtags*, poderíamos considerar que, lateralmente, são perturbadoras do exercício da liberdade de empresa (art.º 61.º, 1 CRP), do qual a publicidade é uma expressão. Porém, não se trata de uma verdadeira violação da liberdade de empresa. As empresas cujos *hashtags* são indesejadamente usados não são impedidas de desenvolver as suas campanhas publicitárias – continuam a fazê-lo livremente. Simplesmente, a eficácia dessas campanhas diminui e também o respectivo retorno económico. Esse é um risco relativamente ao qual o direito não oferece protecção, nem faz sentido que ofereça. A actividade publicitária é sempre um exercício de comunicação, envolve um emissor, um meio e vários receptores. O emissor arrisca sempre que os receptores (os consumidores, as outras empresas, o público em geral) entrem em diálogo. Ainda para mais, tratando-se de campanhas desenvolvidas nas redes sociais, um meio de comunicação por natureza dialógico. O direito interfere, e deve interferir, condicionando as ingerências de terceiros na actividade empresarial e promocional de uma empresa ou de outra entidade quando são prejudicados determinados bens jurídicos atendíveis, tais como direitos pessoais ou patrimoniais absolutos, a verdade das comunicações comerciais, a protecção dos consumidores e o seu acesso a informação verdadeira, a lealdade das relações entre empresas – como vimos ao longo deste artigo. Mas, em regra, o direito não protege interesses patrimoniais puros. Não fará sentido, nem será admissível, criar normas que, visando simplesmente proteger interesses patrimoniais de natureza promocional de organizadores de eventos ou de patrocinadores, limitem a liberdade de expressão dos consumidores e de outras pessoas singulares, simples usuários das redes sociais – a sua liberdade de dialogar com as empresas que com eles procuram fazer lucro. Os *hashtags* podem e devem ter uma função de *democratização do discurso* sobre os eventos e sobre as marcas, permitindo a todos que se juntem numa conversa mais ampla sobre os mesmos^{53 54}.

⁵¹ Frase atribuída a Harry Truman, e citada por Francisco Teixeira da Mota, a propósito da inevitabilidade de as figuras públicas estarem mais expostas à crítica – Francisco Teixeira da Mota (2017). “Liberdade de expressão...”, p. 184.

⁵² Assim, Stephen McKelvey, John Grady (2017). “#JoinTheConversation...”, p.100.

⁵³ Neste sentido, Stephen McKelvey, John Grady (2017). “#JoinTheConversation...”, p. 103.

⁵⁴ De salientar que, quando uma marca ou a imagem de uma empresa ou de um evento são afectados por um uso indesejado de *hashtags*, nomeadamente por *hashjacking*, a empresa ou o organizador do evento também tem ao seu alcance estratégias de marketing para: (i) reduzir os danos reputacionais (estratégias defensivas); (ii) usar os inputs gerados pelas práticas indesejadas num reposicionamento da marca ou da imagem da organização ou do evento (estratégias proactivas) – Alfonso Siano et al (2022). “Redefining brand hijacking...”, *passim*.