



**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**MESTRADO EM CIÊNCIAS-JURÍDICAS**

**A PUBLICIDADE COMPARATIVA EM PORTUGAL E NO BRASIL**

**VINÍCIUS LOPES MAYER**

**LISBOA**

**2020**

**VINÍCIUS LOPES MAYER**

**A PUBLICIDADE COMPARATIVA EM PORTUGAL E NO BRASIL**

Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito para obtenção de título de mestre.

Orientador: Professor Doutor Luiz Manuel Teles de Menezes Leitão.

**Lisboa**

**2020**

*Aos meus pais, Tânia e Jorge, por me  
proporcionarem esta experiência de vida  
única e por todo o apoio.*

## **AGRADECIMENTOS**

O trabalho elaborado para a conclusão de um curso de mestrado não poderá chegar a um resultado satisfatório sem a colaboração de algumas pessoas.

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador, senhor professor doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, por aceitar tal tarefa nesta difícil empreitada que é a confecção de uma dissertação.

Igualmente, agradeço a todos os amigos que fiz no tempo em que residi em Portugal, sem dúvida um período de muito crescimento acadêmico, profissional e pessoal, o qual foi abrilhantado pela presença de tão ilustres pessoas. Da mesma forma, agradeço aos amigos que estavam no Brasil, mas que durante todo o tempo se fizeram presentes em espírito.

Não poderia deixar de lembrar dos funcionários da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foram muitos dias, muitas horas que lá passei, as quais foram abrandadas pela presença e prestatividade de todos.

Por fim, agradeço à Deus e a minha família, que sempre me apoiou e tornou este sonho possível.

Muito obrigado.

## **PUBLICIDADE COMPARATIVA**

### ***COMPARATIVE ADVERTISING***

**Vinícius Lopes Mayer<sup>1</sup>**

#### **RESUMO:**

Tratamos acerca de uma análise da publicidade comparativa tanto em Portugal, quanto no Brasil. Para isso, analisamos os fatores sociais, econômicos, históricos e culturais da publicidade, entendendo como este instrumento de comunicação se desenvolveu através dos anos, culminando no poderoso veículo de divulgação que é hoje. Ademais, examinamos a publicidade comparativa e seus estágios evolucionários, passando de um modelo de ilicitude, onde era considerada como concorrência desleal, para a licitude baseada na livre concorrência e nos direitos do consumidor. Analisamos a publicidade comparativa na ótica dos concorrentes que atuam no mercado e, também, do consumidor, parte vulnerável na relação jurídica e publicitária que se estabelece. Bem como levamos à cabo uma investigação nas legislações de ambos os países com o intuito de verificarmos as semelhanças e diferenças existentes nos regimes jurídicos luso e tupiniquim bem como nos debruçamos sobre a principiologia aplicada. Para chegarmos à finalidade buscada partimos de uma análise da publicidade em geral, para, após, adentrarmos na publicidade comparativa, seus conceitos e requisitos de licitude em Portugal e no Brasil. Para tanto, utilizamo-nos de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Ao final, pudemos notar a necessária evolução legislativa brasileira acerca da publicidade comparativa, enquanto que o Código da Publicidade português, que no atinente à matéria é transposto da Diretiva Comunitária 97/55/CE, atual Diretiva 2006/114/CE, regulamenta satisfatoriamente a matéria, não deixando margens para interpretação. Por fim, o regime jurídico brasileiro em muito se assemelha ao português, pois diante da falta de legislação o poder judiciário se utilizou do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária para definir as balizas de licitude do tema, o qual encontra correspondência integral no Código da Publicidade português.

---

<sup>1</sup> Advogado, graduado em direito pela Universidade Luterana do Brasil, pós-graduado em direito processual civil pela Universidade Franciscana, pós graduado em bioética pela Universidade de Lisboa, mestrando em direito e ciências jurídicas pela Universidade de Lisboa. Endereço eletrônico: [viniciuslmayer@gmail.com](mailto:viniciuslmayer@gmail.com)

**PALAVRAS-CHAVE:** publicidade. Publicidade comparativa. Código da Publicidade. Código de Defesa do Consumidor. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

**ABSTRACT:**

*An analysis of comparative advertising was made in this thesis, both in Portugal and in Brazil. For this, were analyzed the social, economic, historical and cultural factors of advertising, understanding how this communication tool has developed over the years, culminating in the powerful vehicle of dissemination that it is today. In addition, were examined the comparative advertising and its evolutionary stages, moving from an illegality model, where it was considered as unfair competition, to lawfulness based on free competition and consumer rights. The comparative advertising was analyzed from the perspective of competitors operating in the market and, also, the consumers, the vulnerable part of the legal and advertising relationship that is established. As well as we carry out an investigation in the legislation of both countries in order to verify the similarities and differences that exist in the Portuguese and Brazilian legal regimes as well as we look at the applied principle. In order to arrive at the intended purpose, we started with an analysis of advertising in general, and then, we entered into comparative advertising, its concepts and legal requirements in Portugal and Brazil. For this, bibliographic and jurisprudential research were used. In the end, we could see the necessary Brazilian legislative evolution regarding the comparative advertising, while the Portuguese Advertising Code, which in relation to the matter is based on Community Directive 97/55 / EC, currently Directive 2006/114 / EC, satisfactorily regulates the matter, leaving no room for interpretation.*

**KEY-WORDS:** advertising. Comparative advertising. Advertising Code. Consumer Protection Code. Brazilian Code of Advertising Self-Regulation.

## **ABREVIATURAS E SIGLAS**

AAAA – American Association of Advertising Agencies

ABA – Associação Brasileira de Anunciantes

ABAP – Associação Brasileira de Agências de Publicidade

ABERT – Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão

ANER – Associação Nacional dos Editores de Revista

ANJ – Associação Nacional de Jornais

CBAP – Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CE – Comunidade Europeia

CEE – Comunidade Econômica Europeia

CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

CP – Código da Publicidade

CPI – Código da Propriedade Industrial

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

EUA – Estados Unidos da América

FTC – Federal Trade Commission

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

LPI – Lei da Propriedade Industrial

ONG – Organização não governamental

SP – São Paulo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

EU – União Europeia

## SUMÁRIO

### Sumário

1. INTRODUÇÃO .....	11
2. PUBLICIDADE .....	14
2.1. DEFINIÇÃO DE PUBLICIDADE .....	23
2.2. PUBLICIDADE, PROPAGANDA, <i>MARKETING</i> E <i>MERCHANDISING</i> : AS DIFERENÇAS ENTRE OS INSTITUTOS .....	33
2.3. O HISTÓRICO DA PUBLICIDADE: DA ANTIGUIDADE AOS DIAS ATUAIS .....	46
3. PUBLICIDADE COMPARATIVA.....	52
3.1. DEFINIÇÃO DE PUBLICIDADE COMPARATIVA.....	56
3.2. A PUBLICIDADE COMPARATIVA NA EUROPA ANTES DA DIRETIVA 97/55/CE, QUE MODIFICOU A DIRETIVA 84/450/CEE.....	63
3.2.1. França .....	63
3.2.2. Itália.....	65
3.2.3. Alemanha .....	66
3.2.4. Espanha .....	67
3.2.5. Suíça .....	68
3.2.6. Reino Unido.....	69
3.3. REQUISITOS DE LICITUDE DA PUBLICIDADE COMPARATIVA .....	70
3.3.1. Portugal .....	71
3.3.2. Brasil.....	77
4. DAS ESPÉCIES DE PUBLICIDADE COMPARATIVA .....	95
4.1. PUBLICIDADE COMPARATIVA EXPLÍCITA.....	95
4.2. PUBLICIDADE COMPARATIVA IMPLÍCITA .....	96
5. DISTINÇÕES ENTRE PUBLICIDADE COMPARATIVA E ESPÉCIES PUBLICITÁRIAS AFINS .....	98
5.1. PUBLICIDADE COMPARATIVA X PUBLICIDADE DE TOM PESSOAL.....	98
5.2. PUBLICIDADE COMPARATIVA X PUBLICIDADE ADESIVA .....	101
5.3. PUBLICIDADE COMPARATIVA X PUBLICIDADE ALUSIVA .....	102
5.4. PUBLICIDADE COMPARATIVA X PUBLICIDADE DE TOM EXCLUDENTE.....	103
5.5. PUBLICIDADE COMPARATIVA X AUTO COMPARAÇÃO .....	107
5.6. PUBLICIDADE COMPARATIVA X PUBLICIDADE SUPERLATIVA .....	109
6. AS VANTAGENS E DESVANTAGENS QUE SE AFIGURAM NA PUBLICIDADE COMPARATIVA.....	113
7. A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE COMPARATIVA EM PORTUGAL .....	123

7.1. CÓDIGO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, DIRETIVAS COMUNITÁRIAS E O CÓDIGO DA PUBLICIDADE .....	124
7.2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PUBLICIDADE NO CÓDIGO DA PUBLICIDADE PORTUGUÊS....	128
7.2.1. Princípio da licitude .....	129
7.2.2. Princípio da identificabilidade .....	130
7.2.3. Princípio da veracidade .....	133
7.2.4. Princípio do respeito pelos direitos do consumidor .....	134
8. DA IMPORTÂNCIA DA HARMONIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ACERCA DA PUBLICIDADE COMPARATIVA NA UNIÃO EUROPEIA .....	135
9. A PUBLICIDADE COMPARATIVA NO BRASIL .....	138
9.1. A (FALTA DE) LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DA PUBLICIDADE .....	138
9.2. O SISTEMA BRASILEIRO DE REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE .....	140
9.2.1. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária .....	146
9.2.2. O Código de Defesa do Consumidor .....	154
9.2.3. A Lei n.º 9.279/96 – Lei de Propriedade Industrial .....	177
9.3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PUBLICIDADE NO BRASIL .....	182
9.3.1. Princípio da identificação da publicidade .....	183
9.3.2. Princípio da vinculação contratual da publicidade .....	186
9.3.3. Princípio da veracidade da publicidade .....	187
9.3.4. Princípio da inversão do ônus da prova .....	190
9.3.5. Princípio da correção do desvio publicitário .....	191
9.3.6. Princípio da fundamentação da mensagem publicitária.....	193
9.3.7. Princípio da informação .....	193
10. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PUBLICIDADE COMPARATIVA .....	197
10.1. PRINCÍPIO DA FINALIDADE DA COMPARAÇÃO .....	198
10.2. PRINCÍPIO DA OBJETIVIDADE DA COMPARAÇÃO.....	199
10.3. PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO.....	200
10.4. PRINCÍPIO DA PERTINÊNCIA.....	201
10.5. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À CONFUSÃO.....	203
10.6. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DENEGRIZAÇÃO.....	204
11. A PUBLICIDADE COMPARATIVA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL: O ENTENDIMENTO ADOTADO PELO STJ.....	205
12. AS ESPÉCIES PUBLICITÁRIAS PROIBIDAS NO BRASIL .....	218
12.1. PUBLICIDADE ENGANOSA .....	219
12.2. PUBLICIDADE ABUSIVA.....	223

12.3. PUBLICIDADE NÃO IDENTIFICADA.....	225
13. A UTILIZAÇÃO PUBLICITÁRIA DE TESTES COMPARATIVOS.....	228
14. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA PUBLICIDADE .....	235
15. AS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENCONTRADAS ENTRE OS REGIMES LUSO E TIPINIQUIM DA PUBLICIDADE COMPARATIVA.....	247
16. A NECESSÁRIA EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO TRATO DA PUBLICIDADE COMPARATIVA .....	258
17. ESTADOS UNIDOS: UTILIZAÇÃO EM LARGA ESCALA DA PUBLICIDADE COMPARATIVA.....	263
18. CONCLUSÃO .....	267
REFERÊNCIAS.....	272

## 1. INTRODUÇÃO

A publicidade está presente na vida cotidiana desde os tempos antigos, tendo se agigantado a sua importância na sociedade com o passar dos anos e a evolução da cultura e da tecnologia. Foi, porém, somente a partir da revolução industrial que passou a ganhar os contornos e a importância que possui nos dias atuais.

A atividade publicitária movimentava milhões de dólares todos os anos mundo à fora sendo um mercado extremamente competitivo e predatório. Desta maneira, ganhando cada vez mais relevo, restou imprescindível que a mesma fosse regulamentada no intuito de proteger os demais concorrentes atuantes no mercado e, também, os consumidores que são expostos a ela.

Em momento anterior ao atualmente vivido, em uma organização tradicional de economia artesanal, a publicidade com tons persuasivos era inútil na medida em que não existia uma demanda excessiva. O produtor trabalhava, basicamente, a base de encomendas diretas, existindo sempre um contato pessoal entre o produtor/fornecedor e o consumidor/comprador.

Juntamente com as novas tecnologias e a passagem para uma economia industrial, o êxodo rural contribuiu para a superpopulação das cidades e o conseqüente aumento no consumo, que, mesmo diante deste aumento, não foi suficiente para escoar as produções em massa das fábricas, as quais, devido ao forte processo de industrialização, possuíam novos maquinários e implementos, os quais acabavam por aumentar a produção e elevá-la a um nível muito acima do que a demanda efetivamente exigia.

Nestes termos, a publicidade foi-se alterando, até chegar a um viés mais persuasivo, como conhecemos hoje, passando a profissionalizar-se cada vez mais e autonomizar-se como um ramo extremamente lucrativo. Juntamente com este elevado grau de importância, a matéria chamou a atenção de sociólogos, psiquiatras e juristas ao redor do mundo, onde, cada qual dentro do seu nicho de atuação, tentava entender melhor a expansão do fenômeno da publicidade e seus impactos na sociedade.

Conjuntamente à esta rápida, forte e inesperada expansão publicitária, surgiram, também, as primeiras publicidades enganosas e abusivas, às quais maculavam os princípios dos usos e costumes honestos, tão importantes no mercado.

Não se estava preparado para a explosão publicitária e consequente aumento do consumo das massas, neste diapasão, nos mais diversos países ao redor do globo terrestre fez-se necessário, de forma rápida e eficaz, que fosse regulamentado o setor publicitário, protegendo, assim, o mercado e todos aqueles que fazem parte dele das publicidades enganosas, abusivas, ou que de outra forma fossem prejudiciais.

O ramo publicitário, ao passo em que se profissionalizou, encontrou novas formas de apresentar os produtos e serviços anunciados, atraindo um maior público, vendendo em maiores quantidades o que anunciava e, conseqüentemente, gerando mais lucro. Uma destas formas, da qual trataremos em especial, é a publicidade chamada de comparativa, a qual ao mesmo tempo que demonstra as qualidades das prestações anunciadas, consegue revelar os defeitos ou inferioridades dos concorrentes. Ou seja, o ganho para o anunciante é “duplicado” e a linha para não denegrir a imagem do concorrente com o qual se efetuam as comparações acaba por ser, algumas vezes, tênue.

Esta espécie publicitária possui o condão de, por intermédio das comparações que realiza, causar os mais diversos danos ao mercado de consumo quando feita de forma a desobedecer a padrões éticos, morais e legais. Não é outro o motivo pelo qual ao redor dela houve tanta polêmica desde que começou a ser utilizada, passando, inicialmente, de um modelo paleoliberal ao profissional e, então, por fim, ao modelo social.

Em seus primórdios, a publicidade comparativa era vista com maus olhos pelos legisladores, bem como pelos fornecedores de bens e serviços atuantes no mercado, sendo, por isso, tratada como uma espécie de concorrência desleal. Com o transcorrer dos anos, houve uma evolução social, cultural, jurídica e legislativa da publicidade, onde passou-se a entender que a comparação poderia ser uma forma de fomento à concorrência leal e de defesa do consumidor, haja vista a grande capacidade informativa que lhe é inerente.

Foi neste momento, a partir de um efetivo desenvolvimento das teorias acerca dos direitos do consumidor, de modo paulatino, que a ideia que interligava a publicidade comparativa com a concorrência desleal foi sendo deixada para trás para que a referida modalidade fosse relacionada a defesa do consumidor.

Diante deste cenário, o presente estudo se propõe a analisar como se deu esta evolução histórica, legislativa e social nomeadamente em Portugal e no Brasil, passando por uma análise das legislações existentes no âmbito de ambos os países, bem como, das Diretivas Comunitárias acerca do tema.

Para a realização de uma investigação mais apurada voltaremos no tempo e analisaremos o desenvolvimento histórico e a importância que a publicidade adquiriu para a sociedade. Após, se mostra necessário um exame conceitual e terminológico-semântico da publicidade em termos gerais para distingui-la de figuras afins no intuito de evitar imprecisões técnicas, e, então, adentrarmos especificamente na publicidade comparativa, suas definições e nuances.

A referida modalidade publicitária, para que seja considerada lícita deverá estar dentro de um círculo de retidão e liceidade que é muito bem demarcado pelo Código da Publicidade português desde que o mesmo incorporou as Diretivas Comunitárias sobre o tema. Infelizmente, não é tão bem demarcado assim em solo brasileiro, onde coube ao Superior Tribunal de Justiça, em decisão paradigmática, traçar seu círculo de licitude.

Desta forma, objetivamos perquirir acerca da legislação voltada à publicidade comparativa existente em Portugal, principalmente o Código da Publicidade, e a legislação e autorregulação existente no Brasil, nomeadamente o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a Lei de Propriedade Industrial e o Código de Defesa do Consumidor, comparando ambos os regimes jurídicos, no afã de perceber as semelhanças e diferenças existentes entre eles.

Bem como, feito isso, nos será possível diligenciar acerca do tratamento dado à matéria por países altamente desenvolvidos, como são os membros da União Europeia, que adotam regramento advindo das Diretivas Comunitárias acerca da publicidade comparativa, como ocorre em Portugal, e um país ainda em franco desenvolvimento, como é o Brasil.

Buscamos, também, que nos reste claro se o regramento brasileiro é retrógrado em relação ao adotado em Portugal para, desta forma, observarmos quais os pontos em que é possível a evolução brasileira.

## 2. PUBLICIDADE

A publicidade está presente no mundo desde a antiguidade, entretanto, não da forma como a conhecemos hoje.

Foi a partir da Revolução Industrial e do conseqüente desenvolvimento do mercado que a publicidade ganhou os tons persuasivos<sup>2</sup> que lhe são inerentes nos dias atuais.

Com o advento da Revolução Industrial a publicidade passou a ser utilizada de maneira diferente do habitual à época. Antes, seu intuito era primordialmente informar sobre a existência de um determinado produto ou serviço e onde o consumidor poderia encontra-lo. Pós revolução industrial o propósito primeiro da publicidade foi de convencer os potenciais compradores a se tornarem consumidores de fato de um determinado produto ou serviço. Isso aconteceu em decorrência da produção em massa, muito maior do que a demanda, que passou a existir na sociedade.

Foi neste momento que a publicidade passou a ter escancarada a sua finalidade persuasiva. Isso porque a produção industrial, antes feita para atender a demanda, passou a ser feita em massa. Por esta razão criou-se a necessidade de convencer a população a consumir a grande quantidade produzida pela indústria, muito superior ao que realmente era necessário ao mercado de consumo existente naqueles dias.

---

<sup>2</sup> PEREZ, Clotilde; BARBOSA, Ivan Santo. **Hiperpublicidade**: fundamentos e interfaces. V.1. São Paulo: Thomson Learning, 2008, p. 3.

Como se verá no momento adequado, a publicidade faz parte dos meios de comunicação do *marketing*, sendo, dentre eles, com certeza, o que mais se avulta<sup>3</sup>. É ela que mantém a sociedade consumista na qual vivemos hoje.

Então, temos que com as novas tecnologias empregadas na produção industrial e empresarial, deixou-se de produzir conforme a demanda e passou-se a produzir em massa. Isso significa dizer que a produção industrial era significativamente maior do que a demanda do público consumidor, tanto na quantidade de produtos e serviços já existentes quanto na criação de novos produtos e serviços.

Sendo assim, as indústrias e as empresas necessitavam de uma forma para escoar a produção vultuosa que agora possuíam e é neste momento que passa a ocorrer uma grande mudança no panorama da publicidade.

O ato de comprar, nessa sociedade consumista baseada em uma demanda alta enseja que os meios de propaganda sejam deveras desenvolvidos a fim de “convencer” ou incentivar o consumidor a adquirir o novo produto, mesmo que não precise dele.<sup>4</sup>

Em momento anterior à Revolução Industrial, a publicidade tinha uma função eminentemente informativa. Trazia ao conhecimento dos potenciais consumidores a existência de determinado produto ou serviço, para que ele servia e onde poderia ser adquirido. Com o aumento da produção, conseqüente aumento da concorrência industrial e empresarial e a necessária evolução da sociedade para uma sociedade de consumo – onde, pela primeira vez em milênios de história, foi mais difícil vender do que produzir –, capaz de escoar a excessiva produção, a publicidade passou a ser vista – e a representar – uma forma de angariar clientes, de escoar esvaziar os estoques, de convencer a massa populacional a consumir mesmo aquilo que não precisava, bem como, por inferência lógica, de auferir maior lucratividade<sup>5</sup>. Não deixou

---

<sup>3</sup> SILVA, Catarina Pais; LOUREIRO, João Manuel. **Código da publicidade anotado e legislação complementar**. 2ªed. 2005, p. 75.

<sup>4</sup> GONÇALVES, Antonio Baptista. **Propaganda enganosa e publicidade abusiva nas relações de consumo – análise jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 33

<sup>5</sup> HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. *In: Publicidade e proteção da infância*. Org.: Adalberto Pasqualotto e Ana Maria Blanco Montiel Alvarez. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 115.

de ter o caráter informativo que possuía outrora, mas sim passou a mesclar essa característica com o seu novo e recém agregado caráter persuasivo<sup>6</sup>.

Um claro exemplo da importância da publicidade para vender novos produtos, extraído dos dias atuais, são os telefones celulares, cujas marcas lançam novos modelos a todo momento.

A demanda por estes aparelhos é enorme e, ainda que o consumidor já tenha seu celular, diga-se em perfeito estado de funcionamento, ele vai até o estabelecimento comercial e compra o novo modelo, mesmo sem ter qualquer necessidade, haja vista o aparelho que já possui não apresentar qualquer defeito e ter praticamente todas as funções exatamente iguais ao novo modelo.

Tal fato se deve, principalmente, aos seguintes fatores: a) a publicidade acaba por criar no indivíduo uma necessidade de ter sempre o novo, o mais moderno, um desejo de consumir; b) muitos usam o consumismo em uma vã tentativa de dar significado às suas vidas medíocres; comprando algo novo teriam um “fato novo” na vida que lhes deixaria mais felizes por um breve espaço de tempo, até que sejam novamente tomados pela infelicidade e sentimento de vazio, o que fará com que acabem indo novamente ao mercado e adquirindo mais mercadorias das quais não necessitam; c) a necessidade, diante da sociedade na qual vivemos, de ter sempre os melhores produtos do mercado com o intuito de exibi-los aos outros, como forma de afirmação social e de riqueza.

A realização da publicidade não afeta somente fatores econômicos da sociedade, mas também interfere no mercado e na formação sociocultural do ser humano enquanto capitalista/consumista.

Cada vez mais a população em geral tem a necessidade de mostrar para o restante do povo os bens que consome. Faz-se necessário não mais apenas ter o produto, apenas consumir determinado serviço, mas tão importante quanto é mostrar para os demais, ostentar aquilo que se adquiriu. Afinal, não basta comprar, é necessário que os outros saibam que você comprou.

---

<sup>6</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 32.

É no “mostrar” frente aos outros as coisas que o indivíduo compra que se criou uma nova necessidade nos consumidores: a necessidade de ostentar perante pessoas, muitas vezes desconhecidos.

Por mais que o sujeito não tenha a premência de comprar um novo aparelho celular em decorrência do seu atual modelo estar em pleno funcionamento e, não raras vezes, ter sido adquirido há pouco tempo, há a necessidade de adquirir o novo modelo para ostentar, para mostrar aos demais a nova “conquista” bem como mostrar um poderio financeiro capaz de pagar por caríssimos aparelhos. Diga-se que, por diversas vezes, o consumidor não possui tal capacidade de compra, acabando por endividar-se de maneiras quase irrecuperáveis.

A publicidade, então, incutiu no ser humano a necessidade de mostrar aos outros aquilo que possui, como forma de demonstrar ascensão social e econômica, bem como de transmitir felicidade. Podemos observar fenômenos parecido com o que ocorre atualmente nas redes sociais. Pessoas, por vezes tristes, postam diariamente fotos de seus dias, suas rotinas, seus pratos de comida, no afã quase sufocante de demonstrar aos outros a sua felicidade, tentando, desta forma, convencer a si mesmo que está feliz.

Esta nova necessidade foi criada, incutida no pensamento da população, de forma paulatina pela publicidade. É ela que movimenta muitos mercados consumidores, como o já citado mercado dos aparelhos celulares, os *smartphones*.

Neste diapasão, perfeita a colocação do filósofo e sociólogo polonês Zygmunt Bauman:

A sociedade de consumo concentra seu treinamento, nas pressões exercidas sobre seus membros desde a infância e ao longo de suas vidas, se ajustando para viverem em seu novo habitat natural, em torno dos shoppings centers em que as mercadorias são procuradas, encontradas e adquiridas e nas ruas exibidas ao público para que sejam notadas e para dotar seus portadores de valor de mercado.”<sup>7</sup>

Somos bombardeados, diariamente, com uma quantidade gigantesca de informação e publicidade que visa a fazer-nos cada vez mais consumidores e consumistas, que a cada novidade queiramos experimentá-la, mesmo que não

---

<sup>7</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo – a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 73.

tenhamos qualquer necessidade dela nem condições financeiras de tê-la. Mas ainda assim a massa é convencida a consumir.

Na sociedade regradada por uma cultura publicitária até mesmo a identidade é transformada em mercadoria: as pessoas precisam enxergar a si mesmas como produtos no intuito de “se venderem”, ou seja, chamarem a atenção de uma determinada empresa que os queira contratar. Cada indivíduo deve enxergar a si próprio como se fosse uma marca e ter “publicidades” para alavancar esta marca<sup>8</sup> enfatizando suas principais características e adequando-se ao modelo social perfeito para cada função e nicho social e mercadológico que queira frequentar.

Com isso queremos dizer que para poder adquirir produtos e serviços o indivíduo necessita vender a sua força de trabalho. Isso é feito, também, por intermédio da publicidade. Nos dias em que vivemos hoje não é somente um currículo completo que fará com que o indivíduo seja contratado, mas também sua forma de se comunicar, de se vestir, de se apresentar, e é isso o que podemos considerar como sendo a “publicidade” inerente à sobrevivência de cada um de nós em uma sociedade capitalista e consumista. A partir do momento que temos um bom emprego, que oferece um bom salário, poderemos consumir mais produtos de que não precisamos e, desta forma, fazer a roda da economia de massas girar.

Portanto, cada vez mais a população consome, cada vez mais a indústria inova e cada vez mais a indústria produz, dando origem a um *looping* que não tem fim. Produção, inovação, publicidade, consumo em massa e, novamente, mais produção, inovação, publicidade e o consumo desenfreado se repete. Diante disso, podemos dizer que “a publicidade é o instrumento para fazer rodar a sociedade de consumo.”<sup>9</sup>

Os meios de comunicação foram uma das maiores novidades do século XX, se não a maior. Não há autor que não reconheça a importância desses meios e da publicidade no mundo atual.

---

<sup>8</sup> PEREZ, Clotilde; BARBOSA, Ivan Santo. **Hiperpublicidade: fundamentos e interfaces**. v. 1. São Paulo: Thomson Learning, 2008, p. 159-160.

<sup>9</sup> SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 203 *apud* GONÇALVES, Antonio Baptista. **Propaganda enganosa e publicidade abusiva nas relações de consumo – análise jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 35-36.

Sabendo da importância dos meios de comunicação, notadamente da televisão, para a divulgação publicitária de produtos e serviços, a publicidade e seus efeitos passaram a ser estudadas não mais apenas por publicitários, mas também por psicólogos, psiquiatras, juristas e especialistas dos mais variados ramos da ciência.

Nos anos de 1960 foram realizadas diversas pesquisas acerca da mente humana. Um destes tantos estudos destinava-se a descobrir qual o hemisfério do cérebro era mais ativo durante a atividade de assistir televisão. Era já sabido pela ciência que o hemisfério esquerdo do cérebro é o responsável por processar as informações recebidas de maneira lógica e racional, enquanto o lado direito é o responsável por processar as informações recebidas de maneira um tanto quanto mais emocional.

Descobriu-se, então, que durante a atividade de assistir televisão o hemisfério direito do cérebro está sobremaneira mais ativo do que o esquerdo. Ou seja, o consumidor exposto à publicidade televisiva estará muito mais propenso a tomar decisões por consumir determinado produto ou serviço de forma emocional<sup>10</sup>.

Essa informação confirmada pela ciência faz com que as campanhas publicitárias sejam cada vez mais voltadas para “capturar” o consumidor por intermédio de suas emoções. Publicitários trabalham nas grandes agências ao lado de psicólogos descobrindo maneiras de chegar ao subconsciente dos consumidores por intermédio da publicidade, de despertar neles bons sentimentos e boas lembranças para que através de uma sinestesia sejam levados a associar aquela publicidade, aquele produto ou serviço, com esses bons sentimentos ou boas lembranças, facilitando que se tornem compradores.

Além da televisão, antes dela o rádio também era importante forma de divulgação publicitária, sendo que ambos os veículos movimentam até hoje quantias milionárias em decorrência das publicidades que realizam.

Mais recentemente, com o desenvolvimento da tecnologia e a globalização cada vez maior, o acesso rápido e fácil à informação, a internet também se tornou um

---

<sup>10</sup> JHALLY, Sut. **Os códigos da publicidade: O feiticismo e a economia política do significado na sociedade de consumo.** Tradução de Ângela Maria Moreira. 1ª ed. Porto: Edições ASA, 1995, p. 176.

grande canal publicitário, geralmente mais barato do que seus predecessores, o rádio e a televisão e com um alcance ilimitado.

O avanço tecnológico galopante e o já mencionado expansionismo econômico trouxeram consigo um volume de consumo muito maior na sociedade, que se tornou crescente a cada ano e segue assim até os dias atuais.

Com o passar do tempo as pessoas começaram a ter capacidade de comprar produtos que outrora eram de acesso somente aos abonados financeiramente, como, por exemplo, o automóvel. Muitos bens se popularizam e se tornaram quase que essenciais à todas as pessoas. Muito disso se deve à redução do preço ocasionada por culpa da produção em massa, que reduziu sensivelmente o preço unitário das mercadorias. Também ao grande e veloz avanço tecnológico que fez com que novas tecnologias surgissem a todo instante, barateando as já existentes e tornando-as palpáveis à classe média e, por vezes, também à classe baixa da sociedade.

Atualmente, produtos podem ser adquiridos na velocidade de um clique, “as fronteiras globais deram lugar a um consumismo globalizado, nascia, assim, a sociedade calcada no consumo.”<sup>11</sup>

Podemos dizer, então, que atualmente a publicidade atingi três nichos distintos, mas totalmente interligados entre si, quais sejam os produtores-comerciantes-construtores e afins, o mercado em si e os consumidores<sup>12</sup>. Os três juntos acabam por representar a sociedade de forma geral.

No que toca aos consumidores a publicidade é uma excelente fonte de informação, auxiliando na escolha de produtos e marcas. Não menos importante, por ser uma forma de fomento à concorrência, acaba beneficiando os consumidores reflexamente com a queda de preços e a busca constante da melhoria de produtos e serviços oferecidos no mercado.

Quanto ao mercado, a publicidade acaba por promover a concorrência, a autorregulação, preços mais competitivos e inovação tecnológica. Visando sempre

---

<sup>11</sup> GONÇALVES, Antonio Baptista. **Propaganda enganosa e publicidade abusiva nas relações de consumo – análise jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 8.

<sup>12</sup> WA, Man Sok. **Tutela institucional da concorrência em concorrência desleal, publicidade comparativa e práticas comerciais desleais**. 2012. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 52.

superar os competidores na busca pela clientela os fornecedores de produtos e serviços, cada vez mais, lançam mão da publicidade o que, é claro, movimenta e economia industrial e empresarial de forma positiva, incrementando, inclusive, o próprio mercado das agências de publicidade.

Quando se fala nos comerciantes, eles utilizam a publicidade para persuadir os potenciais consumidores a adquirirem os produtos ou serviços que são disponibilizados. A publicidade é uma forma de angariar clientela e fidelizar clientes já existentes, gerando o enriquecimento lícito. É uma importante forma de geração de lucro, convencendo o consumidor a comprar produtos que no mais das vezes ele nem ao menos precisa. Sendo também uma forma de giro de capital e riqueza na sociedade.

Podemos dizer, também, que a publicidade ajuda a alavancar pequenos negócios, a difundir novos segmentos de mercado e auxilia novos comerciantes que entram em um nicho já existente o que se aventuram no mercado ao lançar um produto ou serviço inovador que necessita se fazer conhecido dos potenciais consumidores. Nomeadamente a publicidade comparativa tem um papel extremamente importante quanto a alavancar pequenos e médios concorrentes à novos patamares, mas este assunto será tratado com a devida atenção em momento posterior.

Concordamos com Sut Jhally<sup>13</sup> quando diz que a

publicidade é, na sociedade moderna, a mais influente instituição de socialização: estrutura o conteúdo dos meios de comunicação de massa; parece desempenhar um papel-chave na construção da identidade de género sexual; actua sobre as relações entre pais e filhos em termos de mediação e da criação de necessidades; domina a estratégia das campanhas políticas; emergiu, em tempos recentes, como uma voz poderosa no terreiro da discussão das políticas públicas respeitantes à energia e à regulação; controla algumas das nossas instituições sociais mais importantes, tais como o desporto e a música «pop».

Como se vê, com o passar dos anos a publicidade foi se modificando, passando de um instrumento estritamente informativo para um instrumento informativo, concorrencial, persuasivo, com interferência direta na estrutura e no estilo de vida de

---

<sup>13</sup> JHALLY, Sut. **Os códigos da publicidade:** O feiticismo e a economia política do significado na sociedade de consumo. Tradução de Ângela Maria Moreira. 1ª ed. Porto: Edições ASA, 1995, p. 13.

sociedades inteiras e no mercado, afetando diretamente aqueles que nele atuam, sejam eles produtores, vendedores ou consumidores.

Atualmente, podemos dizer que a publicidade trabalha na mente humana, utilizando de nossas memórias, emoções, tristezas e felicidades, os aspectos psicológicos mais profundos, no afã de convencer-nos a adquirir um produto ou serviço.<sup>14</sup>

Nos dizeres de Armando Sant'Anna<sup>15</sup>, “a publicidade provocando emoções nos indivíduos cuida de impulsionar seus desejos latentes com tanta força, que eles se sentem impelidos a trabalhar para poder satisfazê-los.”

Fica evidente que a publicidade se tornou um importante mecanismo de captação de clientela, sendo, também, um instrumento de fomento concorrencial inestimável, importante na divulgação de produtos, serviços e marcas, mas não só. Se mostra importante, também, na diferenciação desses mesmos produtos, serviços e marcas com a concorrência existente no mercado. Por intermédio da publicidade empresas podem galgar seu lugar no mercado, e outras podem perdê-lo. Hoje, é instrumento mercadológico indispensável em qualquer parte do mundo, para praticamente qualquer espécie de negócio<sup>16</sup>.

Entendido o grau de importância que a publicidade alcançou nas últimas décadas, fica evidente a necessidade de evitar que por meio dela sejam cometidos abusos, tanto contra os potenciais consumidores, como contra os demais concorrentes e o mercado em si.

No afã de determinar tais limites, foram criadas ao redor do globo legislações nos mais variados países e blocos econômicos visando regulamentar o tema.

---

<sup>14</sup> SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **O direito do consumidor e a publicidade**. 1ª ed. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 89.

<sup>15</sup> SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria – técnica – prática**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Learning, 2002, p. 85.

<sup>16</sup> CASTRO, Carla Frade de Paula. **O Superior Tribunal de Justiça e a publicidade comparativa desleal: um paradigma para o direito de marcas?** Monografia – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. p. 31-32. Disponível em <<http://bdm.unb.br/handle/10483/11886>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

Em Portugal, no ano de 1980 foi publicada a primeira disciplina genérica acerca das atividades publicitárias, o Decreto-Lei n.º 421/80, de 30 de setembro<sup>17</sup>.

Já no Brasil a publicidade foi tratada de forma mais direta apenas no ano de 1990, com a edição da Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Entretanto, antes de adentrarmos neste estudo, é necessário que estabeleçamos conceitos acerca de publicidade, tracemos sua trajetória histórica, bem como que façamos a distinção de suas figuras afins.

## 2.1. DEFINIÇÃO DE PUBLICIDADE

Demonstrada a importância que a publicidade atingiu na sociedade com o passar dos anos, tratar-se-á agora acerca dos conceitos da mesma. Tal estudo é necessário pois tanto na doutrina como na jurisprudência e até mesmo na lei há confusão entre terminologias afins, onde umas são usadas como sinônimos de outras, sem na verdade o serem.

Importante compreender a importância e o conceito da publicidade, de forma geral, para, então, mais adiante, compreendermos as diversas formas publicitárias que serão apresentadas, principalmente a publicidade comparativa.

Etimologicamente, o termo “publicidade” vem do latim *publicus* e depois do francês *publicité*, cujo significado é “tornar público”.

A doutrina traz variadas definições acerca do que vem a ser a publicidade. Entretanto, apesar de variadas, todas elas têm um ponto de toque comum, qual seja o tom persuasivo.

---

<sup>17</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Publicidade enganosa e comparativa e produtos financeiros**. *Separata* da Revista da Banca, n.º 45, junho, 1998 p. 24.

Publicidade, no sentir de Armando Sant'Anna, pode ser conceituada como uma técnica de comunicação de massa, obrigatoriamente paga e que tenha por finalidade vender produtos ou serviços, bem como fornecer informações<sup>18</sup>. Para o referido autor, a publicidade realiza uma comunicação com a massa de consumidores de forma mais rápida, econômica e em maior escala do que seria possível por intermédio de quaisquer outros canais.

Já Sanjuán entende que a publicidade é uma técnica de comunicação utilizada para atingir um grande número de pessoas, visando convencê-las a usar ou comprar determinado produto ou serviço sem que seja necessária a intervenção direta do vendedor<sup>19</sup>. Ou seja, a publicidade é um mecanismo industrial/empresarial para vender.

Nunes Júnior<sup>20</sup> traz como conceito de publicidade um ato de comunicação, devidamente patrocinado por um ente privado ou público, que pode ser personalizado ou não, que tenha como finalidade promover, de forma direta ou não, o consumo de produtos ou serviços.

Podemos conceituar publicidade, também, como sendo qualquer tipo de informação que vise atingir uma universalidade de pessoas no intuito de apresentar-lhes um produto ou serviço e convencer-lhes a consumir, podendo ou não identificar o fornecedor. Publicidade, para Santos, é uma comunicação não pessoalizada, que se destine a apresentar e a convencer esta universalidade de potenciais consumidores a efetivamente consumir.<sup>21</sup>

Em sua obra acerca da relação entre a publicidade e o direito, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias traz um conceito bastante simples e breve da publicidade,

---

<sup>18</sup> SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria – técnica – pratica**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Learning, 2002, p. 76.

<sup>19</sup> SANJUÁN, Luis Gutiérrez, **Publicidad Comparativa**. 2003. Tese de doutoramento – Universidad de Las Palmas de Gran Canaria – Departamento de Ciências Jurídicas Básicas – Doctorado en derecho, *Apud* BARROCA, Ana Cristina Tavares da Cunha Mota de Almeida. **A concorrência desleal na publicidade comparativa: atos de confusão e denegrição**. 2014. Dissertação de mestrado – Lisboa: ISCTE-IUL, Lisboa, 2014, p. 12. Disponível em :<<http://hdl.handle.net/10071/10994>>. Acesso em 21 de julho de 2019.

<sup>20</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial – proteção e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 22-23.

<sup>21</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma bordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 30.

mas que vale ser lembrado. Para a doutrinadora, publicidade é simplesmente o “meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo.”<sup>22</sup>

O famoso jurista brasileiro Nelson Nery Junior entende que publicidade vem a ser toda a forma de comunicação que tenha como objetivo a venda de um produto ou serviço. Entretanto, apesar de o objetivo principal da publicidade ser a persuasão, ela ainda mantém a finalidade informativa<sup>23</sup>.

Portanto, quer-nos dizer Nery Junior, em verdade, que a publicidade visa uma venda informada, ou seja, persuadir o consumidor e, ao mesmo tempo, informá-lo a respeito dos produtos e serviços disponíveis no mercado e que sejam de determinado anunciante.

João Loureiro<sup>24</sup> indicou o seguinte conceito: “a publicidade comercial é o conjunto de meios destinados a informar o público e a convencê-lo a adquirir um bem ou serviço.”

Por fim, Aldo Batista dos Santos Junior afirma que publicidade é a

Propagação, propalação ou difusão de material impresso, televisivo, radiofônico ou por qualquer outro meio de comunicação, que vise à consecução de obtenção de lucros, através da venda de produtos ou serviços, em curto espaço temporal.<sup>25</sup>

Chaves<sup>26</sup> destaca que de todos os conceitos apresentados podemos retirar como elementos comuns o persuasivo e o caráter informativo da publicidade. A simples informação, sem conter um objetivo comercial, não se caracterizará como publicidade, mas sim como uma mera comunicação informacional, como, por exemplo, uma notícia jornalística imparcial.

---

<sup>22</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 25.

<sup>23</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Publicidade enganosa e abusiva no mercado de cerveja**. Revista Soluções Práticas de Direito, Vol. 4, setembro de 2014, p. 117, *Apud* GONÇALVES, Antonio Baptista. **Propaganda enganosa e publicidade abusiva nas relações de consumo – análise jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 41-42.

<sup>24</sup> LOUREIRO, João M. **Direito do marketing e da publicidade**. Lisboa: Editora Casa Viva, 1985, *apud* CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p.174.

<sup>25</sup> SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. **Publicidade comparativa: regras e limitações**. 1ª ed. São Paulo: Ixtlan, 2009, p. 29.

<sup>26</sup> CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 177.

Temos, então, que toda a publicidade será uma comunicação, mas nem toda a comunicação será uma publicidade na medida em que seja efetuada fora do âmbito mercadológico, sem o fim de promover algum produto ou serviço.

A publicidade, a partir dos conceitos trazidos acima, objetivando informar e convencer consumidores, estimula as vendas, faz girar a economia e acaba por receber um sentido mercadológico, estando presente tanto na área de produção industrial como de venda empresarial, fomentando a concorrência. Mas, necessário frisar, a publicidade pode ser usada, também, de forma negativa, como um forte instrumento de concorrência desleal. Por todos estes motivos, é que a publicidade acaba por ter uma ligação muito estreita com outras áreas científicas, sendo uma delas – e de suma importância – o direito.

É de amplo conhecimento e de fácil imaginação que, desvirtuada, a publicidade pode ser utilizada pelos anunciantes para cometer os mais diversos abusos, tanto contra consumidores quanto contra os demais concorrentes<sup>27</sup>. Publicidade sem regulamentação tem o condão de desvirtuar o próprio princípio da livre concorrência.

Não é outro o motivo que a conecta tão fortemente ao direito. A publicidade necessita ser tutelada e, quando os anunciantes pisarem fora da linha demarcada pela legislação sobre a sua licitude, será necessária a intervenção do poder judiciário e/ou autorregulamentar para garantir idoneidade, moralidade e ética, bem como a segurança do mercado e dos consumidores.

Partindo dos diversos conceitos de publicidade apresentados, podemos retirar quatro aspectos fundamentais da publicidade comercial, elencados a seguir<sup>28</sup>.

O primeiro deles é o aspecto subjetivo, a publicidade pode ser patrocinada tanto por um sujeito que seja ente público, quanto por um sujeito que seja um ente privado.

A seguir, temos o dito aspecto contedudístico. Este se refere ao conteúdo da publicidade a qual podemos dizer que possui conteúdo econômico. Ela é inerente à uma atividade econômica que a explorará visando o aumento das vendas, a

---

<sup>27</sup> CASTRO, Carla Frade de Paula. **O Superior Tribunal de Justiça e a publicidade comparativa desleal: um paradigma para o direito de marcas?** Monografia – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. p. 31-32. Disponível em < <http://bdm.unb.br/handle/10483/11886>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

<sup>28</sup> NUNES JÚNIOR, Vida Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 153.

propagação da marca, a fidelização da clientela já existente, a busca de novos clientes, dentre outros propósitos, objetivando sempre o lucro. Busca-se, precipuamente, o lucro mediante a expansão da atividade comerciária do anunciante, seja pela divulgação de sua marca ou de suas prestações, sendo a publicidade o instrumento utilizado.

O terceiro aspecto que merece nossa consideração é chamado de aspecto finalístico. Lado a lado com o aspecto contedutístico, o aspecto finalístico versa sobre a finalidade buscada com a utilização da publicidade. Como dito acima, através da publicidade ocorre a busca incessante pelo lucro, e isso é feito por intermédio de um aumento nas vendas e aumento do número de clientes mediante a persuasão do consumidor pelas campanhas publicitárias. Temos, então, que a finalidade da publicidade é alcançar uma lucratividade maior e a forma de fazê-lo é, logicamente, pelo aumento das vendas.

Podemos dizer que a finalidade imediata da publicidade é a captação de clientela e o aumento das vendas. Já a finalidade mediata, que será atingida pela obtenção da finalidade imediata, é o lucro.

Por fim, mas não menos importante, há o aspecto material. Conforme visto, a publicidade é uma forma de comunicação e, apesar de ter estreita ligação com a área do direito, ela é um fenômeno da comunicação social. Publicidade é, antes de tudo, uma ciência social, uma comunicação.

Temos, então: quem pode patrocinar uma publicidade; qual o conteúdo da publicidade; a que se destina uma publicidade; e qual o aspecto material da publicidade.

Paulo Luiz Durigan traz à lume elementos que julgamos essenciais à uma mensagem publicitária. Pela identificação destes elementos podemos caracterizar uma comunicação como sendo, de fato, uma publicidade comercial<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007. p. 70. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

Trataremos agora destes cinco elementos identificados como necessários para que exista uma publicidade que informe aos consumidores e, principalmente, tenha por finalidade convencê-los a adquirir determinado produto ou serviço.

O primeiro elemento é a propagação. Para que uma comunicação seja considerada uma mensagem publicitária ela deverá, por primeiro, objetivar ser propagada, difundida. Porém, a simples vontade de propagar a mensagem não basta. Até que a propagação ocorra de fato, a mensagem não será uma publicidade.

A comunicação só será publicidade a partir do momento em que os potenciais consumidores forem atingidos por ela, pouco importando se isso ocorre de forma eficaz ou não.

O segundo elemento é a impessoalidade. A mensagem publicitária não poderá ter um destinatário específico, ou mesmo alguns destinatários específicos. A mensagem deve dirigir-se ao público em geral, de forma totalmente impessoal. Deve visar atingir o máximo de pessoas possível sem fazer qualquer tipo de distinção.

Se houver destinatários específicos não estaremos diante de uma mensagem publicitária, mas sim de uma oferta dirigida.

Com isso, não se quer dizer que é vedado direcionar a publicidade a um determinado nicho social. Porém, apesar de direcionada, a mensagem atingirá o público geral, tendo ou não este público a capacidade econômica para aproveitar o que está sendo publicitado.

A informação é o terceiro elemento que identificamos como essencial a uma mensagem publicitária. A publicidade deve ser, mesmo que minimamente, informativa. Deve-se trazer algo relevante sobre o produto ou serviço anunciado, informação essencial.

É evidente que não há a exigência de que a publicidade traga todas as informações acerca do que está sendo divulgado. O alto custo da veiculação publicitária e o curto espaço de tempo de exibição da publicidade inviabilizam totalmente que ela traga em seu bojo uma quantidade grande de informação. Por isso mesmo dissemos que a quantidade pode até ser mínima, mas deverá haver

informação e ser essencial. Não se pode renunciar ao caráter informativo da publicidade.

O penúltimo elemento é a persuasão. Conforme dito alhures a publicidade, atualmente, reveste-se não apenas de caráter informativo como outrora, mas, principalmente, de caráter persuasivo. A publicidade deve visar, precipuamente, convencer a massa a consumir, esta é a forma como ela está delineada atualmente.

Por fim, temos o quinto elemento que é o referente mercadológico. Esta expressão significa que a publicidade deverá tratar de produtos ou serviços que estejam disponíveis no mercado ou que logo estarão, como, por exemplo, no caso a publicidade de um carro que logo será lançado. A publicidade deve se referir a algo que seja possível ao potencial consumidor adquirir, seja no exato momento, ou em um futuro próximo.

Presentes os cinco elementos acima, estaremos diante de uma publicidade comercial e não de uma mera mensagem comunicacional.

Trazidas algumas definições doutrinárias acerca do que seja a publicidade, mister se faz, também, expor os conceitos legais existentes a respeito do tema.

Apesar de o direito da publicidade estar, de certo modo, entre o direito do consumidor e o direito da concorrência desleal, tendo pontos de toque com ambos, a maior semelhança é com o direito do consumidor<sup>30</sup>.

Em tempos mais antigos, o direito da publicidade e o direito da concorrência desleal eram regulamentados conjuntamente, conforme veremos. Essa ligação existe, também, entre o direito da publicidade o direito concorrencial e, conforme já dito, com o direito do consumidor.

Entretanto, apesar de possuir uma estreita ligação com estes ramos do direito, a publicidade, nos dias de hoje, adquiriu alto grau de importância e de complexidade, tanto que mereceu atenção especial de legisladores e legislações ao redor do globo, bem como, da mesma forma, foi autorregulamentada, ou seja, recebeu

---

<sup>30</sup> ASCENSÃO José de Oliveira. **Publicidade enganosa e comparativa e produtos financeiros.** *Separata da Revista da Banca*, n.º 45, junho, 1998, p. 24.

regulamentação privada por parte daqueles que com ela trabalham e isso ocorreu em diversos países mundo à fora, inclusive no Brasil e em Portugal.

Conforme delimitação do presente estudo, analisaremos as legislações portuguesa e a brasileira e, se julgarmos pertinente à compreensão do tema, a legislação de país diverso para que tenhamos uma compreensão global e sistêmica da matéria.

Em Portugal, o Código da Publicidade, instituído pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, traz, no artigo 3.º o conceito de publicidade, *verbis*<sup>31</sup>:

- 1 – Considera-se publicidade, para efeitos do presente diploma, qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de:
  - a) Promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços;
  - b) Promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.
2. Considera-se, também, publicidade qualquer forma de comunicação da Administração Pública, não prevista no número anterior, que tenha por objectivo, directo ou indirecto, promover o fornecimento de bens ou serviços.
3. Para efeitos do presente diploma, não se considera publicidade a propaganda política.

Portanto, temos que o artigo 3.º do Código da Publicidade português traz um conceito bem amplo de publicidade, excluindo do mesmo apenas a propaganda política. Carlos Ferreira de Almeida<sup>32</sup>, citado por Ruim Moreira Chaves, afirma que a definição trazida pelo CP deixa um espaço aberto à interpretação e à evolução na aplicação da lei, sendo esta uma opção de política legislativa.

Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º pode-se dizer que a publicidade se caracteriza por quatro vertentes, quais sejam: a) forma objetiva de comunicação; b) realizada por entidades privadas ou públicas; c) será no âmbito de uma atividade comercial, artesanal, industrial ou liberal; e d) tendo o objetivo de promover bens, serviços, ideias, princípios, iniciativas e instituições<sup>33</sup>. Afirma Adelaide Menezes Leitão que

<sup>31</sup> PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 330, de 23 de outubro de 1990. Aprova o Código da Publicidade. **Diário Oficial da República Portuguesa** n.º 245/1990, Série I de 1990-10-23. Disponível em <<https://dre.pt/web/guest>>. Acesso em 8 de julho de 2018.

<sup>32</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Conceito de publicidade**. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n.º 349, 1985, p. 115-134 *Apud* CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p.182.

<sup>33</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade e tutela do consumidor. *In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 69, maio – ago. 2011, p. 234. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1323974227.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1323974227.pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

A noção legal da publicidade que se encontra no Código da Publicidade não releva o suporte material de difusão da mensagem, abrangendo a publicidade de comunicação de massas, que se realiza essencialmente nos meios de comunicação social, quer a publicidade directa, que se realiza preferencialmente na comunicação entre anunciante e adquirente. (...) O critério de distinção entre publicidade e informação é de âmbito teleológico, assentando numa delimitação da atividade em que a comunicação é feita e no objetivo promocional.<sup>34</sup>

Quer-nos dizer a referida autora que toda publicidade é uma comunicação, mas nem toda comunicação será uma publicidade. O critério de distinção entre uma e outra está no objetivo de promover as prestações ou a marca de quem patrocina a comunicação, caso em que será uma publicidade. Se não houver esse objetivo promocional, teremos uma comunicação não publicitária.

Adiantamos, desde já, que o conceito de publicidade adotado no Brasil, apesar de extremamente semelhante ao conceito português, diferentemente dele, não considera como publicidade a promoção de ideias e princípios, pois tal é tido como sendo, na verdade, uma propaganda. Apesar desta diferença, frisa-se que o Código da Publicidade, apesar de tratar acerca da promoção de ideias e princípios, excluiu âmbito do que considera como sendo publicidade, assim como ocorre no Brasil, a propaganda política.

O artigo 3.º do Código da Publicidade português resultou do disposto na atual Diretiva 2006/114/CE, que em seu artigo 2.º conceitua a publicidade. O que o diploma lusitano fez foi transpor a Diretiva Comunitária para o ordenamento interno, deixando, é verdade, o texto um tanto quanto mais completo. Diferentemente, quando da transposição da Diretiva 97/55/CE no atinente à publicidade comparativa o legislador português apenas se limitou a fazer uma tradução, *ipsis litteris*, do texto Comunitário e trazê-lo para o ordenamento jurídico interno, o que acarretou fossem feitas algumas críticas, como demonstraremos adiante.

De forma bastante breve, podemos resumir o conceito de publicidade apresentado pela legislação portuguesa como sendo uma comunicação, feita por pessoas de direito público ou privado, objetivando promover bens, princípios, ideias, serviços, iniciativas ou instituições.

---

<sup>34</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade e tutela do consumidor. In: **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 69, maio – ago. 2011, p. 234. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1323974227.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1323974227.pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

Quanto ao Brasil, o país não possui um Código da Publicidade, nem um outro diploma legal dedicado a regulamentar a atividade relacionada à publicidade.

O tratamento legal da publicidade não é uniforme no Brasil, moldando-se de acordo com o ângulo que vislumbramos, ou seja, ora sob a ótica da concorrência, ora sob a ótica do consumidor, ora sob a ótica do direito autoral. A publicidade, ou criação publicitária, pode ser apreciada sob o enfoque do direito autoral, já que se constitui em manifestação do intelecto humano.<sup>35</sup>

Informamos, porém, que o enfoque dado à publicidade quanto ao direito autoral não interessa ao presente estudo, motivo pelo qual não será explorado, levando-se em consideração a publicidade sob o prisma da concorrência e dos direitos do consumidor.

A Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, intitulada Código de Defesa do Consumidor – CDC, apesar de tocar em temas atinentes à publicidade, não traz um conceito genérico, apenas define o que vem a ser a publicidade enganosa e a publicidade abusiva dizendo-as proibidas.

Portanto, no Brasil não há um conceito legal do que é publicidade, cabendo à doutrina e a jurisprudência o dever de fazê-lo. Coube a elas, também, o dever de criar os moldes dentro dos quais a publicidade poderá ser exercida, considerando-se sempre o constante no CDC acerca da publicidade enganosa e da publicidade abusiva.

A *American Association of Advertising Agencies* – AAAA, organismo dos Estados Unidos, por intermédio de seu comitê de definições, traz à baila o conceito de publicidade como sendo qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de ideias, como de bens ou serviços, por alguém que, de forma identificada, as patrocine<sup>36</sup>.

O conceito trazido pela lei portuguesa se mostra bastante mais completo e abrangente do que o apresentado pela AAAA americana. Frisamos que os Estados Unidos são o país onde a publicidade comparativa e, também, a publicidade em modo

---

<sup>35</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 63.

<sup>36</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 196.

geral, possui o maior incentivo e difusão, sendo, não raras vezes, até mesmo agressiva e predatória.

## 2.2. PUBLICIDADE, PROPAGANDA, *MARKETING* E *MERCHANDISING*: AS DIFERENÇAS ENTRE OS INSTITUTOS

No tópico anterior vimos o conceito de publicidade. Entretanto, na prática, o termo publicidade é constantemente substituído por outros, como propaganda, *marketing* e *merchandising*. Entretanto, tais termos não são sinônimos, o que acarreta a incorreção do uso de uns pelos outros. Desta forma, com fins de evitar tal confusão semântica e de adotarmos, a partir de agora, as denominações técnicas corretas, faremos uma diferenciação destes institutos.

Começemos, então, pelo termo que mais causa confusão e que mais comumente vemos sendo utilizado como se fosse sinônimo de publicidade: propaganda.

No dia-a-dia é extremamente comum que vejamos e ouçamos a utilização indistinta dos termos “publicidade” e “propaganda”, como se representassem exatamente a mesma coisa.

Não iremos nos deter, neste momento, no conceito de publicidade, haja vista ter sido bastante explorado no tópico anterior. Passemos, então, diretamente a entender o que vem a ser propaganda e qual a grande diferença existente entre os termos.

A confusão entre as terminologias é tão alargada que ambas são utilizadas como sinônimas até mesmo na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, no artigo 220, §4º, onde consta a locução “propaganda comercial”. Conforme veremos a partir deste momento, a propaganda, diferentemente da publicidade, não se presta à fins comerciais.

Então, em verdade, da redação do artigo supra mencionado deveria constar “publicidade comercial” ou, apenas, “publicidade”, para evitar redundâncias. O mesmo erro é encontrado no Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 56, XII e 60 que têm por finalidade regulamentar a contrapropaganda, que, se fossem artigos tecnicamente corretos deveriam regulamentar a “contrapublicidade”.

Contrapropaganda, ou, corretamente, “contrapublicidade”, nada mais é do que a divulgação de uma nova publicidade quando se verificar a ocorrência de publicidade enganosa ou abusiva, visando corrigir a anterior, desfazendo os malefícios trazidos pela abusividade ou pela enganosidade. Tal imposição poderá se dar tanto pela via administrativa, conforme preconiza o CDC, quanto judicial em eventual ação movida por aquele que se sentir prejudicado, ou por algum órgão legitimado a defender os interesses do consumidor.

Historicamente, o termo “propaganda” apresenta uma origem eclesiástica e nomeava um organismo do Vaticano chamado *Congregatio de Propaganda Fide*, ou Congregação para Propagação da Fé<sup>37</sup>. Essa congregação foi fundada no ano de 1597 pelo Papa Clemente VIII e tinha como objetivo a difusão da fé católica ao redor do mundo. Outra teoria afirma que o precursor foi o Papa Urbano VIII, no ano de 1622 visando difundir a fé cristã em países não católicos<sup>38</sup>. Independentemente do ano, a etimologia da palavra é a mesma em ambas as teorias, bem como o objetivo eclesiástico.

Propaganda advém do latim *propagare*, que significa “reproduzir por meio de mergulhia. *Propagare* deriva de *pangere*, que quer dizer enterrar, mergulhar, plantar. Seria então a propagação de doutrinas religiosas ou princípios políticos”<sup>39</sup>. *Propagare* tem relação histórica com a difusão de ideias, sejam religiosas, ideológicas ou políticas.

---

<sup>37</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 26.

<sup>38</sup> SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **O direito do consumidor e a publicidade**. 1ª ed. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 21.

<sup>39</sup> SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria – técnica – prática**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Learning, 2002, p. 75.

Alguns dos grandes expoentes da propaganda são as propagandas comunista de Stálin, e a nazista de Hitler<sup>40</sup>, da mesma forma o foi Lenine com o seu bolchevismo, considerados grandes gênios da propaganda<sup>41</sup>. Todas foram fortes molas propulsoras de seus respectivos regimes.

São considerados como gênios, obviamente, não pelas ideias que defendiam e difundiam, mas pela forma como as conseguiram incutir tão bem no seio de suas respectivas nações, implementando de forma plena seus planos e suas pretensões políticas.

No Brasil, o regime ditatorial utilizava a propaganda de forma bastante intensa e extensiva, destacando os benefícios que o regime trazia para o crescimento do país. Até os dias de hoje alguns motes “martelados” incessantemente pelas propagandas políticas da época ainda são lembrados pela população, mesmo aqueles que não vivenciaram o regime ditatorial acabam por conhecer estes lemas da ditadura. O maior exemplo disso, possivelmente, seja “Brasil: ame-o ou deixe-o.”

Em período anterior, a propaganda também foi bastante utilizada em *terrae brasilis* para mobilizar o país a aderir ao movimento constitucionalista de 1932. Na época, Getúlio Vargas ocupava o poder e os cidadãos foram às ruas exigir uma Constituição democrática. O “movimento constitucionalista de 32”, como ficou conhecido, mobilizou pessoas de todo o estado de São Paulo a lutar contra as tropas federais. Toda a mobilização foi, desde o início, difundida por uma forte campanha de propaganda<sup>42</sup>.

Como visto, em períodos anteriores de tempo marcados na história a propaganda política assumiu papel de grande importância, alavancando e mantendo regimes ditatoriais, mas também auxiliando na retomada da democracia.

---

<sup>40</sup> PEREZ, Clotilde; BARBOSA, Ivan Santo. **Hiperpublicidade: fundamentos e interfaces**. V.1. São Paulo: Thomson Learning, 2008, p. 129.

<sup>41</sup> SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **O direito do consumidor e a publicidade**. 1ª ed. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 21-22.

<sup>42</sup> PEREZ, Clotilde; BARBOSA, Ivan Santo. **Hiperpublicidade: fundamentos e interfaces**. V.1. São Paulo: Thomson Learning, 2008, p. 56.

Nos dias atuais, apesar de, tanto no Brasil quanto em Portugal, como na maior parte do globo terrestre, a democracia estar estabilizada, a propaganda política continua tendo contornos de suma importância.

No cenário político atual a propaganda passa a ser um dos principais elos, senão o principal, entre os candidatos e eleitores e, após, entre governantes e governados. Conforme afirmam Perez e Barbosa

O papel desempenhado pelos “especialistas” em marketing político, contratados a peso de ouro, e o crescimento dos gastos governamentais em publicidade (mesmo em um contexto de recessão econômica e contenção de despesas públicas, conforme o receituário neoliberal) mostram claramente a dimensão política da cultura publicitária.<sup>43</sup>

Substitua-se, ao final da citação colacionada, a locução “cultura publicitária” por cultura propagandista”, nos exatos termos em que defendemos calcar-se a distinção existente entre as duas terminologias.

Então, propaganda tem a finalidade de implantar uma ideia, difundir uma crença na mente alheia<sup>44</sup>, divulgar informações de caráter social ou comunitário, promover instituições<sup>45</sup>, diferentemente da publicidade, que tem finalidade eminentemente mercadológica.

Na lição de Santos Junior para o que vem a ser propaganda:

Compreendemos consistir na propagação, propalação ou difusão de material impresso, televisivo, radiofônico ou por qualquer outro meio de comunicação, de ideologias, sejam estas de natureza sexual, teológicas, políticas, educacionais, etc, com o escopo único de conquistar adeptos, em médio ou longo espaço de tempo.<sup>46</sup>

João M. Loureiro<sup>47</sup>, por sua vez, define propaganda como

A técnica que visa obter a adesão a um sistema ideológico, político, social, económico ou religioso. Utiliza meios idênticos aos da publicidade, tem a finalidade de provocar, do mesmo modo, uma decisão de adesão, mas o seu objecto é de natureza ideológica e não comercial.

<sup>43</sup> PEREZ, Clotilde; BARBOSA, Ivan Santo. **Hiperpublicidade: fundamentos e interfaces**. V.1. São Paulo: Thomson Learning, 2008, p. 162.

<sup>44</sup> SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria – técnica – prática**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Learning, 2002, p. 46.

<sup>45</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

<sup>46</sup> SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. **Publicidade comparativa: regras e limitações**. 1ª ed. São Paulo: Ixtlan, 2009, p. 29.

<sup>47</sup> LOUREIRO, João M. **Direito da publicidade**. Lisboa: Casa Viva Editora, *Apud* CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p.179-180.

Em outras línguas afora o português, há termos distintos para designar a publicidade, enquanto instrumento do mercado, e a propaganda, que visa difundir ideias, ideais, princípios e ideologias<sup>48</sup>. Na língua inglesa o termo *publicity* refere-se a algo público, de conhecimento comum. Quando se fala, em inglês, sobre publicidade com sentido consumerista, de mercado, usa-se o termo *advertising*.

Em francês também encontramos palavras diferentes para tratar de propaganda e de publicidade. *Propagandé*, refere-se ao por nós chamado de propaganda, ou seja, propagação de ideias, sejam elas políticas, sociais ou religiosas. Enquanto *publicité* se refere à publicidade como forma de influenciar as pessoas com fito comercial. Na mesma esteira seguem os idiomas espanhol e italiano, nos quais também encontramos palavras distintas para significar o que conceituamos por publicidade e o que chamamos de propaganda.

A precípua diferença existente entre publicidade e propaganda é, então, que aquela visa difundir, divulgar um produto, marca ou serviço, ou mesmo um estilo de vida, com o intuito de vendê-lo, de persuadir o público a consumir. Tem conteúdo eminentemente econômico. Enquanto a propaganda, apesar de visar a difusão de ideias, de buscar que a população “compre”, acredite na ideia divulgada, o faz sem uma finalidade comercial, não é dotada de conteúdo econômico nem de finalidade mercadológica.

Correto o entendimento exarado por Dias quando afirma que a diferença existente entre a publicidade e a propaganda está unicamente na finalidade que ambas possuem. Enquanto a propaganda não almeja benefício econômico, mas sim difundir ideias, convencer a massa populacional de que certa ideologia (política, social, governamental, religiosa, econômica) é a correta, a publicidade tem o objetivo de tornar conhecido um produto e despertar no consumidor o desejo pela coisa anunciada<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 75.

<sup>49</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 27.

A propaganda, historicamente, não almeja um benefício econômico, mas fundamentalmente a difusão de ideias. Ela visa promover a adesão a certo sistema ideológico.

Acerca da confusão terminológica existente no Brasil atinente aos termos “publicidade” e “propaganda”, o professor e publicitário português J. Martins. Lampreia queixa-se da falta de rigor vocabular. Comenta, ainda, que existe muita confusão, sendo que para muitos a propaganda é “atividade ligada unicamente à política e tendo para outros o mesmo significado de publicidade, isto sobretudo para os países de expressão portuguesa, onde, por influência brasileira”<sup>50</sup> as expressões são utilizadas como se sinônimas fossem.

Frisa-se que, apesar de, de fato, na prática haver uma grande confusão com a utilização dos termos, o Brasil tem por tecnicamente correta haver a diferenciação entre “publicidade” e “propaganda”. Tanto o é que o curso superior que forma profissionais para atuarem nestes ramos de atividade tem o nome de “Publicidade e Propaganda”, ou seja, são termos distintos, com significados diferentes. Da mesma forma, no dicionário da língua portuguesa adotado no Brasil, ao pesquisar pelos referidos, ambos apresentarão significados distintos, na esteira do que foi apresentado acima.

Apesar de estabelecida a diferença existente entre os termos “publicidade” e “propaganda”, há alguns (pouquíssimos) doutrinadores de renome que entendem serem ambas as palavras sinônimas, sendo inócua qualquer diferenciação. Rizzatto Nunes<sup>51</sup> é o melhor exemplo desse entendimento.

Discordamos do referido autor e perfilhamo-nos à corrente majoritária, conforme distinção terminológica feita acima.

---

<sup>50</sup> LAMPREIA, J. Martins. **Técnicas de comunicação – publicidade, propaganda, relações públicas**. Portugal: Publicações Europa-América, 1994, p. 18 *Apud* GONÇALVES, Antonio Baptista. **Propaganda enganosa e publicidade abusiva nas relações de consumo – análise jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 38.

<sup>51</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo. Saraiva, 2004, p. 420421.

Superado este primeiro momento e estabelecida a diferença entre os termos afins, passamos então a conceituar *marketing*, termo que também é, corriqueiramente, utilizado como se sinônimo fosse de publicidade.

Inicialmente, cumpre-nos destacar que a publicidade, apesar de não ser sinônimo do *marketing*, guarda com ele estreita relação. A publicidade é, em verdade, um dos componentes do *marketing*, o componente ligado à comunicação. “Entre as atividades do *marketing* estão as pesquisas, o planejamento do produto, a produção, comunicação, vendas e distribuição.”<sup>52</sup> A publicidade, por sua vez, é o instrumento que o *marketing* dispõe para efetivar a comunicação acerca do produto ou serviço, é por meio dela que ele se torna conhecido do público e que o público é convencido a adquirir.

Armando Sant’Anna afirma que o *marketing* é o “conjunto de atividades que são exercidas para criar e levar a mercadoria do produtor ao consumidor final. É a atividade total de comerciar”<sup>53</sup>.

O *marketing* está presente antes de a mercadoria sequer existir, na etapa de planejamento, compreende, também, a mercadoria e vai além dela, estando presente na chamada “pós venda”.

O *marketing* é, desta forma, a execução por parte de uma empresa de todas as etapas e atividades necessárias ao desenvolvimento de um produto ou serviço, compreendendo ainda as atividades necessárias à venda, pós venda, assistência técnica e todas as demais necessárias à criação, promoção e distribuição dos produtos ou serviços.

Nos Estados Unidos, a *American Marketing Association* possui um comitê de definições, o qual, cumprindo sua função, definiu as atividades de *marketing* como

---

<sup>52</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 69. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

<sup>53</sup> SANT’ANNA, Armando. **Propaganda**: teoria – técnica – pratica. 7ª ed. São Paulo: Thomson Learning, 2002, p. 17.

sendo a “execução das atividades de negócios que encaminham o fluxo das mercadorias do produtor aos consumidores finais, industriais e comerciais.”<sup>54</sup>

Ao *marketing* cabe a tarefa de analisar, estudar o mercado de consumo, decifrar que tipos de bens de consumo são necessários, desenvolver estes bens, traçar estratégias para a sua colocação no mercado, o seu lançamento, para que tenha vendas contínuas, bem como uma análise do perfil do consumidor que se quer atingir e dos demais produtos e concorrentes existentes no mercado<sup>55</sup>.

Podemos notar que o *marketing* acompanha o produto desde antes de sua criação e comercialização até depois da venda ao consumidor. Isso ocorre por intermédio de pesquisas de mercado, tendo o intuito de descobrir quais os bens de consumo a massa de potenciais consumidores deseja ter ou necessita; a partir de criado o produto, o *marketing* se encarrega das vendas, e um dos canais utilizados para isso é a publicidade; e, após efetuada a venda do produto ou serviço ao consumidor, o *marketing* continua atuando, agora no pós venda, por intermédio da assistência técnica, garantias e atendimento ao cliente<sup>56</sup>. Pode-se dizer que *marketing* é gênero do qual a publicidade é espécie.

Analisaremos, a partir de agora, a última das expressões usualmente utilizadas, de forma indevida, como sinônimo de publicidade, qual seja o *merchandising*.

O *merchandising* é a técnica utilizada para a veiculação de publicidades indiretas, inserindo estas publicidades no corpo de filmes, programas televisivos e de rádio. É o tipo de publicidade que poderá acarretar a não percepção do consumidor de que está diante de uma mensagem publicitária<sup>57</sup>, situação esta vedada tanto pela legislação brasileira quanto pela portuguesa.

Ambos os países, Portugal e Brasil, adotam o princípio da identificabilidade publicitária. Em linhas gerais, por tal princípio toda e qualquer publicidade deverá ser

---

<sup>54</sup> SANT’ANNA, Armando. **Propaganda: teoria – técnica – pratica**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Learning, 2002, p. 16.

<sup>55</sup> SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **O direito do consumidor e a publicidade**. 1ª ed. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 73.

<sup>56</sup> CASTRO, Carla Frade de Paula. **O Superior Tribunal de Justiça e a publicidade comparativa desleal: um paradigma para o direito de marcas?** Monografia – Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 28. Disponível em <<http://bdm.unb.br/handle/10483/11886>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

<sup>57</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo. Saraiva, 2004, pp. 459-461.

identificada, sendo vedado expor o consumidor às publicidades sem que o tenha sido informado, previamente, de que estaria diante das mesmas.

O Código da Publicidade português consagra o referido princípio no artigo 8.º. Já no Código de Defesa do Consumidor ele está legitimado no artigo 36 enquanto que o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – CBAP, trata acerca da identificabilidade da publicidade no artigo 28<sup>58</sup> e no artigo 9.º, sendo que o artigo 9.º afirma que a publicidade deverá ser sempre ostensiva. O artigo 10 do CBAP, por sua vez, afirma, expressamente, que o *merchandising* se submeterá aos princípios contidos no artigo 9.º, qual seja o princípio da ostensividade e no artigo 28, princípio da identificabilidade.

Em uma primeira análise, parece contraditório a utilização do *merchandising*, que se traduz em uma espécie de publicidade indireta, mas que deverá ser ostensiva, distinguindo-se claramente como um anúncio, portanto identificável. Ora, como pode uma publicidade indireta ser ostensiva e identificável?

Entretanto, com uma análise mais cuidadosa, podemos entender que apesar de se tratar de uma publicidade indireta, ela não necessariamente seja clandestina. É plenamente possível que a publicidade indireta seja ostensiva e facilmente identificável pelo público consumidor.

Como exemplo de uma publicidade indireta, de um *merchandising* que é facilmente notado pelo público, obedecendo aos princípios que norteiam a publicidade, podemos citar o caso de um apresentador de um *talk show* famoso que, durante o programa, em meio a uma entrevista, abre uma lata de refrigerante, onde o rótulo é filmado e destacado, bebe um gole do refrigerante e imediatamente elogia o gosto da bebida.

Neste caso a identificação da publicidade por parte do público não se mostra de maior dificuldade. O consumidor médio conseguirá, sem problemas, entender que está diante de uma publicidade<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Artigo 28

O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.

<sup>59</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 320.

Entretanto, é claro, existem situações onde essa distinção não se mostra tão simples. Por exemplo, em uma telenovela transmitida em horário nobre, com um grande índice de audiência, o personagem principal da trama entra em um bar e pede que lhe seja servida uma Coca-Cola, ou um refrigerante qualquer sem citar nomes, mas o recipiente ou o rótulo aparecem nitidamente nas imagens. Neste caso, se mostra de maior dificuldade saber se há ali apenas uma cena da novela, como qualquer outra, onde, por força do roteiro o personagem acaba por pedir uma bebida em um bar, que por acaso é uma marca famosa, ou se há, em verdade, uma publicidade não identificada.

No caso apresentado, no mais das vezes o contexto em que a cena está inserida e, também, o destaque que é dado para o nome do produto ou marca, ou, se o mesmo não for expressamente citado, o enfoque visual que será dado à embalagem ou ao rótulo poderão auxiliar na identificação da cena como sendo ou não um *merchandising*. Caso o entendimento seja pela existência da publicidade não identificada na cena da novela, estaremos, teoricamente, diante de uma publicidade clandestina, modalidade proibida.

Outro exemplo, em um filme de ação onde acontece uma perseguição de carros, o personagem principal, que consegue sair vitorioso e fugir dos perseguidores, está dirigindo um carro bastante potente, de modelo recém lançado no mercado, cujo emblema da marca e o nome do carro, inscritos na traseira do veículo, são constantemente filmados haja vista se tratar de uma perseguição. Neste caso há uma publicidade indireta ou há apenas a livre expressão do diretor?

Para demonstrar o arrojo do personagem e transmitir maior emoção e veracidade decidiu o diretor de cena que o mesmo estivesse na direção de um carro esportivo e bastante potente, de uma marca conhecida pela qualidade de seus carros, nomeadamente os esportivos e que, devido às cenas de perseguição, teve seu sinal distintivo bastante filmado. Tal faz parte da personalidade criada para o personagem e está intimamente ligado à cena, que não teria o mesmo impacto entre os espectadores se envolvesse carros populares ou meros carros de passeio. Filmes de ação reclamam carro potentes, personagens fortes. Desta forma a personalidade do personagem e o carro que ele dirige poderão estar intimamente interligados e, também, ligados ao enredo do filme, o que dificultará a afirmação de que há, ali, um

verdadeiro *merchandising*. A cena filmada e todos os elementos utilizados nela, inclusive os carros de motor potente e marcas reconhecidas pela fabricação de modelos esportivos de luxo, foram escolhidos para se encaixar perfeitamente ao *take* cinematográfico. Ou seja, pode não haver nenhum tipo de publicidade, mas ser unicamente uma cena de perseguição de um filme, onde, por acaso, por força do roteiro, para transparecer maior emoção e ação ao público, demonstrar velocidades extremas, aparece diversas vezes a marca do automóvel envolvido e o próprio automóvel. Neste caso, estamos diante da livre expressão do artista que idealizou a cena e não de qualquer tipo publicitário. Não olvidamos, também, de que a cena possa ser publicidade pura e simples, onde o objetivo é promover a marca do automóvel, porém, esta não deverá ser presumida.

Trazendo o exemplo para um caso real, os filmes do agente especial britânico James Bond são famosos, dentre outras coisas, pelos carros por ele pilotados. Destes, possivelmente, o mais famoso, que ficou na memória dos espectadores e para sempre será ligado aos filmes de 007, seja o Aston Martin DB5, que apareceu pela primeira vez no filme “007 *against Goldfinger*”, no ano de 1964. O carro, lançado apenas alguns meses antes das gravações do filme fez tanto sucesso no ano de seu lançamento graças à franquia – foi nada menos que o carro mais vendido do ano – que voltou a aparecer em mais quatro sequências: “*Thunderball*”, “*Tomorrow never dies*”, “*Cassino Royale*” e “*Skyfall*”. Como prova do sucesso no ano de 2019 foram em colocados em pré-venda, pela Aston Martin, 25 unidades do DB5 que seriam produzidas, ou seja, os carros seriam novos, mas idênticos aos lançados mais de 50 anos atrás, tendo cada unidade sido imediatamente vendida por cerca de US\$ 3,5 milhões. Os demais carros da famosa e luxuosa marca, como o Aston Martin DB11, seguem aparecendo nos filmes “007” até os dias de hoje, mostrando a evolução da marca, juntamente com a evolução dos filmes.

A Aston Martin já tem seu nome atrelado à qualidade, suntuosidade e luxo dos carros britânicos, e será lembrada como parte da história dos filmes de James Bond, que são produzidos há mais de 50 anos e na maior parte deste longo tempo, tem seus carros associados aos filmes, que por sua vez sempre foram sucesso de bilheteria, tanto que a franquia já conta com 25 produções, sendo que o próximo filme já está em vias de ser lançado, “007: *no time do die*”.

A quantidade de filmes produzidos demonstra o sucesso estrondoso do que já é, na verdade, mais do que um simples filme. “007” e “James Bond”, podem ser considerados uma marca mundialmente famosa e foi por intermédio da publicidade, nomeadamente do *merchandising*, que a Aston Martin teve seu nome atrelado aos filmes. Ambas as marcas de enorme sucesso e renome mundial, a qual uma fortalece ainda mais a outra.

Como se pode notar, por vezes a identificação de uma publicidade indireta como sendo publicidade não se mostra capaz de criar maiores dificuldades. Entretanto, diversamente, em outros momentos, a identificação da cena de um filme ou de uma telenovela como sendo uma publicidade clandestina se mostra quase impossível frente à liberdade de expressão e de criação, que permitem constar nos *takes* do programa televisivo referências às marcas, modelos, produtos, serviços, etc.

Lembramos sempre que o diretor ou roteirista tem total liberdade criativa para as cenas que serão filmadas e para criar as personalidades mais variadas em seus personagens. Portanto, sem haver uma prova de que uma determinada cena se trata de publicidade não identificada, visando atingir o consumidor sem que o mesmo perceba, não haverá nada que se possa fazer sob o prisma da publicidade ilícita ou da concorrência desleal, sob pena de se estar atentando contra a liberdade de expressão e a liberdade criativa. O caráter publicitário de determinada cena não será presumido. Até que prove se tratar de publicidade clandestina, será apenas uma cena qualquer transmitida na televisão, cinema e afins.

O *merchandising*, de forma lícita, é bastante utilizado, sobretudo em programas de auditório e nas telenovelas mais famosas. A partir do momento em que o ator principal se torna querido entre os fãs, estes passam a olhar o personagem de forma diferente, criam uma certa identificação. Chegam ao ponto de sentir falta do personagem quando deixam de assistir ao capítulo diário. Consequentemente, os consumidores-espectadores passam a notar mais o comportamento, as vestes e a maneira de agir daquele personagem que lhes é caro.

Não raras vezes personagens de telenovelas lançam modas de cortes de cabelo, roupas e até mesmo formas de falar e bordões famosíssimos, que seguem no imaginário popular anos depois do término da história. Cite-se, por exemplo os bordões: “não é brinquedo não”, (O Clone, 2001); “cada mergulho é um flash” (O clone,

2001); “*stop, Salgadinho*” (Explode coração, 1995); “É justo, é muito justo, é justíssimo” (Renascer, 1993); “*Oxente, my God*” (A indomada, 1997); “é um *must*” (A indomanda, 1997); “*are baba*” (Caminho das Índias, 2009); “*felomenal*” (Senhora do destino, 2004); “*eu sô chique, bem*” (Chocolate com pimenta, 2003); “*deite que vou lhe usar*” (Gabriela, 2012); “é mara!” (Toma Lá, Dá Cá, série de 2007); “*salguei a Santa Ceia*” (Amor à vida, 2013), telenovela, aliás, na qual o personagem e vilão da trama Félix, interpretado por Matheus Solano, caiu no gosto popular com inúmeras frases de efeito, satíricas e humorísticas, que ficaram na memória do público, como a já citada, utilizando-se de um grande símbolo religioso como a Santa Ceia, mas também “*pelas rugas de Matusalém*”, dentre muitas outras.

Citemos, também, alguns bordões que ficaram mundialmente famosos no cinema internacional e que até hoje são reproduzidos. O primeiro deles é “*my name is Bond, James Bond*”. A famosa fala do agente secreto britânico está presente nos filmes desde o seu primórdio e segue até as produções feitas atualmente. O segundo bordão marcante é “*Hasta la vista, baby*”, imortalizado pelo ator Arnold Schwarzenegger no filme “*Exterminador do Futuro*”. A saga de filmes Star Wars, por sua vez, eternizou célebres frases, como “*may the force be with you*”, ou, tradução livre, “que a força esteja com você” e, também, “*Luke, I am your father*”. Em *Apollo 13*, Tom Hanks perpetuou na memória de todos a frase “*Houston, we have a problem*”. Todos estes se tornaram bordões e são conhecidos até os dias de hoje, sendo largamente difundidos e utilizados em campanhas publicitárias ao longo dos anos.

Citamos penas alguns exemplos, dentre tantos outros existentes de frases que se eternizaram na história por intermédio da televisão e do cinema, estando presentes até hoje na memória dos telespectadores e que poderiam ter sido ou, até mesmo, foram, em suas épocas, utilizadas em campanhas publicitárias de enorme sucesso.

Abre-se uma possibilidade imensa de utilização do personagem com fins publicitários e comerciais. O carinho, admiração e, até mesmo, a confiança que os telespectadores têm por ele fazem com que sejam mais facilmente convencidos a consumir os produtos ou serviços anunciados. A força do *merchandising* é atuar no subconsciente pessoal. Não é outro o motivo pelo qual é extremamente comum vermos personagens de telenovelas fazendo parte de grandes campanhas publicitárias durante e logo após a finalização das narrativas televisivas.

Calazans<sup>60</sup>, por sua vez, afirma que o *merchandising* deve ser considerado como uma prática subliminar. Isto porque, de acordo com o autor, a referida técnica cria um “clima inocente de neutralidade e dissimulação, o produto consumido pelos personagens com os quais (o consumidor) se identifica tem maior penetração que os anúncios propriamente ditos”. E finaliza dizendo que “esta é a força do *merchandising*: atuar no inconsciente pessoal”.

Desta forma, temos que o *merchandising* nada mais é do que uma publicidade feita de maneira indireta, podendo esta publicidade ser lícita, se obedecer aos princípios contidos no artigo 8.º do Código da Publicidade, em se tratando de Portugal, e 36 do Código de Defesa do Consumidor, 9.º, 10 e 28 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em termos de Brasil. Ou ilícita, se não seguir as diretrizes traçadas.

Indicamos, como uma forma de tornar lícito o *merchandising* televisivo, que no começo ou no final do programa seja exibida uma mensagem alertando aos consumidores-expectadores acerca das publicidades que serão exibidas. Desta forma, os mesmos estariam, ao menos teoricamente, protegidos contra o efeito inconsciente que esta modalidade publicitária pode causar.

### 2.3. O HISTÓRICO DA PUBLICIDADE: DA ANTIGUIDADE AOS DIAS ATUAIS

O histórico da publicidade remonta milhares de anos atrás e a criação da mesma só foi possível devido à evolução social. “Essa necessidade universal de comerciar surge como um progresso decisivo com relação aos modos primitivos e violentos de apropriação dos bens, por rapto ou conquista”.<sup>61</sup> E em decorrência dessa necessidade de permutar ou vender bens, surge, também, a publicidade que, em seus

---

<sup>60</sup> CALAZANS, Flávio Mário de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus, 1992, p. 69-78.

<sup>61</sup> LANGNEAU, Gérard. **A sociologia da publicidade**. Trad.: Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, Editora da Universidade de São Paulo, 1981, p. 5.

primórdios, era totalmente diferente do que conhecemos hoje, tendo, também, objetivos bastante distintos dos atuais.

Foram descobertas pinturas, na Babilônia, que datam de 3000 (três mil) a. C., sapateiros e ferreiros escreviam nos muros, oferecendo seus serviços<sup>62</sup> <sup>63</sup>. Há quem atribua as primeiras publicidades à Pompeia, onde foram descobertos anúncios das casas de banho existentes na época<sup>64</sup>. Seja como for, fica evidente a antiguíssima e rica história da publicidade.

Em sua forma mais rudimentar a publicidade se fez presente no mundo para suprir necessidades mercadológicas existentes já há milhares de anos. Os comerciantes, desde sempre, necessitaram divulgar seus serviços e produtos. De lá para cá o que houve foi apenas um avanço, acompanhando as evoluções dos diversos elementos e setores da sociedade a publicidade também evoluiu, mudando de uma finalidade informativa para informativa-persuasiva.

Ainda na Roma antiga existiam os chamados pregoneros ou praeco, cuja função era a de apregoar, aos gritos, pelo município os produtos que lhes eram mandados publicitar<sup>65</sup>.

No século XV o alemão Johannes Gutenberg inventa a prensa mecânica, o que causou uma grande revolução no ainda incipiente mundo publicitário. Há quem entenda que foi somente com este invento que se passou a haver, efetivamente, a publicidade comercial<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> CHIARA, Renata. 5 mil anos da publicidade. **Aventuras na história**. Maio de 2018. Disponível em <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/a-historia-da-publicidade.phtml>>. Acesso em 12 de março de 2020.

<sup>63</sup> OLIVEIRA, Mario Cesar Pereira. Apontamentos sobre a história da publicidade mundial. *In*: **INTERCOM – SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO – 41º CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO**. 2018, Joinville. p. 4. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2018/resumos/R13-1974-1.pdf>>. Acesso em 12 de março de 2020.

<sup>64</sup> MUNIZ, Eloá. **Publicidade e propaganda: origens históricas**. Caderno universitário, n.º 148. Canoas: 2004, p. 1. Disponível em <<https://www.eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf>>. Acesso em 12 de março de 2020.

<sup>65</sup> CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 32.

<sup>66</sup> CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 33.

O primeiro anúncio publicitário de livro de que se tem notícia data do ano de 1625, no periódico inglês *Mercurius Britannicus*<sup>67</sup>. Logo em seguida, em 1631, na França, Théophraste Renaudot cria em seu jornal uma pequena seção de anúncios.

Este jornal francês, inspira, então, os demais e percebe-se um novo potencial de renda para os jornais: anúncios publicitários<sup>68</sup>. O jornal foi, então, o primeiro meio de comunicação de massas utilizado pelos comerciantes e produtores de bens para dar ao conhecimento do grande público as suas prestações.

Nesta época, a publicidade não visava convencer ninguém a consumir. Tinha, em verdade, um caráter apenas informativo. Os fornecedores de produtos e serviços apenas informavam, por intermédio da publicidade, acerca da existência das suas prestações e onde as mesmas poderiam ser adquiridas. Os anúncios afirmavam, por exemplo “o produto “A” está disponível para venda no local “B” pelo preço de “X””.

Esse cenário irá começar a se modificar a partir da revolução industrial, que tem início no século XVIII. Porém, até a segunda metade do século XIX, a publicidade seguiu sendo marcada pelo caráter informativo, sendo a partir de então que passou a haver o predomínio da persuasão sobre a informação<sup>69</sup>.

No Brasil, a tecnologia da prensa de Gutenberg chegou junto com a Corte Real portuguesa e foi utilizada para a impressão da primeira publicação de um jornal feito no Brasil, chamado de Gazeta do Rio de Janeiro, no ano de 1808<sup>70</sup>.

O primeiro anúncio publicitário publicado no Brasil foi um dos chamados “classificados”, neles os cidadãos anunciavam seus serviços, produtos, moradas, vendas e trocas de produtos e propriedades.

---

<sup>67</sup> MUNIZ, Eloá. **Publicidade e propaganda: origens históricas**. Caderno universitário, n.º 148. Canoas: 2004, p. 2. Disponível em <<https://www.eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf>>. Acesso em 12 de março de 2020.

<sup>68</sup> Em 1845, na França, Émile de Girardin, fundadora do jornal parisiense *Le presse*, formula o princípio moderno da relação imprensa Vs. Publicidade pelo qual os anúncios deverão pagar o custo de produção do jornal. A partir daí houve um acréscimo significativo dos anúncios constantes nas publicações periódicas.

<sup>69</sup> PEREZ, Clotilde; BARBOSA, Ivan Santo. **Hiperpublicidade: fundamentos e interfaces**. V.1. São Paulo: Thomson Learning, 2008, p. 3.

<sup>70</sup> PEREZ, Clotilde; BARBOSA, Ivan Santo. **Hiperpublicidade: fundamentos e interfaces**. V.1. São Paulo: Thomson Learning, 2008, p. 52.

Apesar de existirem registros de publicidades há milhares de anos, foi apenas com a Revolução Industrial atrelada aos meios de comunicação em massa que a publicidade começou a ganhar os contornos que possui hoje.

A produção em massa, decorrente das novas tecnologias advindas da Revolução Industrial, fez com que o consumo tivesse, obrigatoriamente, que aumentar na mesma proporção da produção. Por este motivo é que a publicidade passa de um tom apenas informativo para um tom eminentemente persuasivo<sup>71</sup>.

O objetivo maior era estimular o consumo para, assim, ser possível escoar a enorme produção realizada pelas fábricas em decorrência das novas máquinas, novas possibilidades de projetos, de produtos, de vendas, tudo graças à revolução industrial, que continuava com plena força.

Além da produção maciça de bens, observa-se, na mesma época, um crescimento vertiginoso de novos inventos. De forma bastante elucidativa, podemos citar o exemplo das patentes em Washington – DC. No ano de 1860 havia 7.600 (sete mil e seiscentas) solicitações de patentes na capital norte-americana. Passados dez anos, no ano de 1870, este número já chegava a impressionantes 19.000 (dezenove mil)<sup>72</sup>.

O crescimento desenfreado das produções e a chegada de novos produtos ao mercado todos os dias foram um campo extremamente fértil para a publicidade se desenvolver. A população assistia atônita a tudo isso e o mercado publicitário soube tirar grande proveito do momento histórico que foi vivido.

“A Revolução Industrial criou com sua mão de obra os mercados consumidores, os trabalhadores fabricam, mas também se tornam uma parcela fundamental dos

---

<sup>71</sup> CAMPOS, Gianni Carla Ferreira Maia e. **Publicidade enganosa e responsabilidade civil dos veículos de comunicação no direito do consumidor luso-brasileiro**. 2015. Dissertação de mestrado – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 39. Disponível em: <<https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/2790/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20DE%20MESTRADO%20corre%C3%A7%C3%A3o%20feita%20capa%20%281%29.pdf>>. Acesso em 6 de setembro de 2020.

<sup>72</sup> OLIVEIRA, Mario Cesar Pereira. Apontamentos sobre a história da publicidade mundial. *In*: **INTERCOM – SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO – 41º CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO**. 2018, Joinville. p. 9. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2018/resumos/R13-1974-1.pdf>>. Acesso em 12 de março de 2020.

consumidores destes novos produtos”<sup>73</sup>. O panorama social muda e, a partir de então, não eram apenas as classes mais abastadas da sociedade que iam ao mercado de consumo, esse mercado, em franca expansão, necessitava da participação das demais camadas sociais para manter a forte linha de crescimento.

Nesta época, a publicidade enganosa tomou conta da sociedade haja vista o desenvolvimento rápido dos meios de comunicação, da produção e da tecnologia, além do êxodo rural. Não se esperava que nada disso acontecesse na velocidade em que aconteceu, a sociedade não estava preparada para lidar com tantas mudanças em um período de tempo tão curto.

Em decorrência desse crescimento vertiginoso da publicidade, e também das formas de enganar o consumidor e prejudicar os demais concorrentes por intermédio dela, começaram a surgir ao redor do mundo legislações regulamentares, como ocorreu no ano de 1914, nos Estados Unidos, a criação da *Federal Trade Commission* – FTC, existente até os dias atuais. Seu principal objetivo, quando de sua criação, foi combater a má conduta na relação comercial. Ou seja, objetar as campanhas publicitárias enganosas ou que, de alguma outra forma, abusavam de consumidores ou acarretavam concorrência desleal no mercado.

No Brasil temos o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que apesar de não ser uma lei, não ter efeito cogente, é respeitado pelos atuantes no setor publicitário desde a sua aprovação até os dias de hoje. Posteriormente, em 1990, entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor que apesar de deixar muito a desejar no que tange à publicidade, foi o primeiro diploma legal a tentar, mesmo que de forma rasa, regulamentá-la.

O legislador português reconheceu a importância da matéria em 1980, por intermédio do Decreto-Lei 421/80, de 30 de setembro. Posteriormente, em 1990, foi editado o Código da Publicidade português, modificado diversas vezes com o passar do tempo e que incorporou as legislações Comunitárias acerca do tema.

---

<sup>73</sup> OLIVEIRA, Mario Cesar Pereira. Apontamentos sobre a história da publicidade mundial. *In: INTERCOM – SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO – 41º CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO*. 2018, Joinville. p. 14. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2018/resumos/R13-1974-1.pdf>>. Acesso em 12 de março de 2020

Em 1877 James Walter Thompson abriria uma das mais antigas agências de publicidade dos Estados Unidos. Thompson levou à sério a produção de suas campanhas, contratando artistas e escritores para o primeiro departamento de criação da história. Aqui, temos mais um ponto de grande importância na história da publicidade, mudando novamente seus rumos. É justamente por isso que Thompson é considerado o pai da publicidade moderna<sup>74</sup>.

No Brasil, a primeira agência de publicidade foi criada entre os anos de 1913 e 1914, chamada Eclectica – Castaldi e Bennaton. Entretanto, a Eclectica passa a exercer atividades de agência publicitária, da forma como conhecemos hoje, a partir dos anos de 1930<sup>75</sup>.

No ano de 1929, a agência americana J. W. Thompson chega ao Brasil e passa a atender grandes empresas, com destaque para a multinacional *General Motors*. Este é o marco da profissionalização e da evolução publicitária no Brasil.

Quanto à Portugal, data de 1868 a primeira agência de publicidade a ser instalada, denominada Agência Primitiva de Anúncios, sediada em Lisboa. Também em Lisboa foi estabelecida, anos mais tarde, em 1900, a Agência Universal de Anúncios<sup>76</sup>. Porém, a publicidade como a conhecemos hoje começou a ser difundida no ano de 1927, com a agência Hora, a qual ficou famosa pelo fato de que o escritor Fernando Pessoa lá trabalhou por dez anos.

A publicidade teve um franco desenvolvimento até a Revolução de Abril, em 1974, também conhecida como Revolução dos Cravos. Neste momento as empresas deixaram de investir em publicidade devido à crise econômica que se instalara. Porém, nos anos de 1980 Portugal se tornou um país membro da União Europeia, momento em que a abertura das fronteiras à livre circulação de bens e pessoas oxigenou a economia, trazendo novos produtos ao consumidor, sendo retomada, também, a atividade publicitária em maior escala<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> CHIARA, Renata. 5 mil anos da publicidade. **Aventuras na história**. Maio de 2018. Disponível em <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/a-historia-da-publicidade.phtml>>. Acesso em 12 de março de 2020.

<sup>75</sup> PEREZ, Clotilde; BARBOSA, Ivan Santo. **Hiperpublicidade: fundamentos e interfaces**. V.1. São Paulo: Thomson Learning, 2008, p. 54-55.

<sup>76</sup> CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 48.

<sup>77</sup> CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 49.

A publicidade comercial, da forma como conhecemos hoje, tem dois grandes marcos: o aperfeiçoamento, ao longo dos anos, dos meios de comunicação em massa; e a Revolução Industrial. Através destes eventos, que, diga-se, não ocorreram de uma vez só, mas de forma gradual e paulatina, a publicidade deixou de ser um simples instrumento informativo de venda para se transformar num fator econômico e social dos mais relevantes<sup>78</sup>.

Atualmente, a publicidade é instrumento de elevada importância mundial, movimentando anualmente milhões de dólares, gerando uma grande quantidade de empregos, sendo além de um fator econômico, um fator social da mais elevada importância. Além de, é claro, alavancar a sociedade a consumir cada vez mais, acompanhando a evolução da tecnologia e dos meios de comunicação, criando novos mercados consumidores e instigando ainda mais os já existentes.

### 3. PUBLICIDADE COMPARATIVA

Podemos dizer que a publicidade comparativa é um ramo, uma espécie da qual a publicidade é o gênero. Tradicionalmente, a publicidade comparativa vinha enquadrada nas leis atinentes à concorrência desleal, o que nos permite entender que não era uma modalidade lícita de publicidade, em regra.

Isso se deve ao fato de que a publicidade comparativa, mesmo que verdadeira, era vista como uma forma de denegrir o concorrente. Não é outro o motivo pelo qual era regulamentada juntamente da concorrência desleal. A publicidade comparativa era vista como uma autêntica forma de concorrência desleal.

Vedava-se esta modalidade publicitária pois assumia-se que traria descrédito ao concorrente, que iria denegrir a sua imagem, mesmo que as informações trazidas pela campanha publicitária, na comparação, fossem verdadeiras e objetivamente

---

<sup>78</sup> SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria – técnica – prática**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Learning, 2002, p. 5.

comprováveis, sendo tida, então, a comparação como uma forma de concorrência desleal.

Essa atitude negativa, de proibição, decorre do modelo paleoliberal que era adotado na concorrência desleal<sup>79</sup>. Seguindo-se a ele, surgiram o modelo profissional e, por fim, o modelo social.

Foi com o desenvolvimento da concorrência desleal, passando pelos três períodos citados acima, que a publicidade comparativa foi autonomizada, desenvolvendo-se na jurisprudência e, posteriormente, na legislação, como uma forma lícita de se fazer publicidade, entendendo-se que poderia trazer benefícios tanto ao mercado em si, quanto aos potenciais consumidores deste mercado.

Ao modelo paleoliberal, o qual proibia a publicidade comparativa, seguiu-se o modelo profissional. Por ele, entendia-se que mesmo que o concorrente oferecesse ao consumidor um produto melhor, não poderia utilizar da comparação para enfatizar as qualidades das suas prestações. O modelo profissional, então, prezava pela proteção do concorrente<sup>80</sup>.

Entendia-se desta forma pois no sentir dos legisladores e das partes atuantes no mercado tal fato iria contra os ditames da boa relação entre os concorrentes, um estaria prejudicando o outro de forma desleal ao afirmar, mesmo que veridicamente e de forma comprovável, a superioridade de seu produto. Então, durante a vigência do modelo profissional, a publicidade comparativa continuava sendo vedada, pois era tida, ainda, como uma forma de denegrir o concorrente.

Já o modelo social engloba os direitos e a defesa do consumidor e

concebe o direito da concorrência desleal como um instrumento de regulação do mercado *par et passu* com o direito da concorrência, alcança abrangência para visualizar a natureza filoconcorrencial da publicidade comparativa, autonomizando-a do direito da concorrência desleal e inserindo-a no plano da defesa do consumidor.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. In: **Direito Industrial, IV**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 241.

<sup>80</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa: informação persuasiva e concorrência**. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 53. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

<sup>81</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. In: **Direito Industrial, IV**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 241.

Foi com o modelo social que se passou a olhar de forma diferente para a publicidade comparativa, havendo, então, uma maior tendência de que, sob determinadas diretrizes, ela fosse permitida. Isso ocorre pois sob este modelo (social) o consumidor começou a figurar nas pautas jurídicas com uma maior importância.

No modelo social levava-se em consideração, ao mesmo tempo, os interesses do mercado, dos concorrentes, da sociedade e dos consumidores, estes últimos outrora relegados. Ou seja, busca “salvaguardar, de um modo mais equilibrado, o interesse geral, o interesse dos consumidores e o interesse dos concorrentes.”<sup>82</sup>

Com o passar dos anos e o desenvolvimento prático da publicidade, bem como das legislações nacionais e da legislação comunitária, a publicidade comparativa alcançou maior relevo e acabou por ser autonomizada da concorrência desleal, ganhando especial atenção dos legisladores.

Essa autonomização deveu-se ao novo olhar lançado sobre a publicidade comparativa pelo prisma do consumidor, entendendo as grandes vantagens informativas que ela poderia trazer e, desde que fosse regulamentada, poderia ser afastado o caráter denegritório que lhe era atribuído e, também, poderia ser uma das molas propulsoras da concorrência leal, impulsionando o mercado. Ou seja, foram equacionados mercado, concorrentes e consumidores sob o prisma da licitude da publicidade comparativa.

Veio a ser regulamentada a nível comunitário, primeiramente, por intermédio da Diretiva 97/55/CE, que modificou a Diretiva 84/450/CEE que tratava da publicidade enganosa para que passasse a regulamentar, também, a publicidade comparativa.

Atualmente, em Portugal, o já mencionado Código da Publicidade, que transpôs a Diretiva Comunitária para o ordenamento pátrio português, em seu artigo 16.º, traz a regulamentação acerca da publicidade comparativa.

Entretanto, esse tipo publicitário foi trazido à baila, pela primeira vez em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 421/80, mais especificamente no artigo 18.º do referido diploma legal<sup>83</sup>. O Decreto-Lei n.º 421/80 foi alterado pela primeira vez pelo Decreto-

---

<sup>82</sup> CAMPINOS, António; GONÇALVES, Luís Couto. **Código da Propriedade Industrial anotado**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 499.

<sup>83</sup> ASCENSÃO José de Oliveira. **Publicidade enganosa e comparativa e produtos financeiros**. *Separata* da Revista da Banca, n.º 45, junho, 1998, p. 27.

Lei n.º 303/83, de 28 de junho, onde o artigo 18.º, apesar de ter sido modificado, manteve a possibilidade de utilização da publicidade comparativa<sup>84</sup>.

O Código da Publicidade passou por diversas revisões e mudanças desde a sua entrada em vigor, nomeadamente quanto à publicidade comparativa, haja vista a transposição das Diretivas Comunitárias.

A mais significativa das mudanças, sem dúvida, ocorreu com a transposição da Diretiva 97/55/CE. Foi a partir deste momento que se traçaram as diretrizes de licitude da publicidade comparativa em Portugal, diretrizes estas que seguem vigendo nos dias atuais, mesmo com a entrada em vigor da Diretiva 2006/114/CE, pois tal Diretiva não modificou a redação trazida pela Diretiva anterior, 97/55/CE, atinente à publicidade comparativa.

Portanto, temos que a nível comunitário, a referida Diretiva 2006/114/CE substituiu a Diretiva 97/55/CE que havia modificado a Diretiva 84/450/CEE, que por sua vez foi revogada.

Quanto ao Brasil, até hoje não há uma lei que regulamente a publicidade comparativa. Tudo o que existe acerca desse tema está restrito ao campo privado, da autorregulamentação ou, então, a jurisprudência, haja vista que mesmo sem lei o magistrado não pode se furtar de decidir.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária trata do tema no artigo 32, porém, logicamente, como não se trata de um dispositivo legal, o Código não possui força coercitiva.

Tanto a legislação brasileira consumerista, quanto a Lei n.º 9.279 de 14 de maio de 1996, doravante denominada de Lei da Propriedade Industrial – LPI, quedaram silentes quanto à publicidade comparativa.

Muito recentemente o Superior Tribunal de Justiça – STJ exarou sua primeira decisão de relevância sobre a temática da publicidade comparativa e é esta decisão que está, atualmente, servindo de base para a sua licitude e fornecendo os parâmetros

---

<sup>84</sup> BARROCA, Ana Cristina Tavares da Cunha Mota de Almeida. **A concorrência desleal na publicidade comparativa: atos de confusão e denegrição**. 2014. Dissertação de mestrado – Lisboa: ISCTE-IUL, Lisboa, 2014, p. 29. Disponível em :<<http://hdl.handle.net/10071/10994>>. Acesso em 21 de julho de 2019.

dentro dos quais é permitido que se a utilize. Tal decisão será abordada no momento oportuno, em tópico próprio.

O Mercosul legislou acerca da publicidade comparativa ainda nos anos de 1990 por intermédio da Resolução n.º 126/96, de 13 de dezembro, que no Item III do Anexo trata da matéria<sup>85</sup>. A Resolução permite que a publicidade comparativa seja praticada, porém, os países membros não possuem a obrigatoriedade de transpor o regramento para o seu ordenamento interno, nem mesmo de acatar a Resolução.

Portanto, diferentemente do que ocorre no âmbito dos países membros da União Europeia – UE, não se vê no Brasil, até hoje, qualquer sinalização de movimento no intuito de transpor a referida Resolução do Mercosul para o ordenamento pátrio.

### 3.1. DEFINIÇÃO DE PUBLICIDADE COMPARATIVA

Reconhecida a importância da publicidade comparativa enquanto ramo autônomo, cortado o cordão umbilical que possuía com a concorrência desleal, imperioso lhe seja atribuído um conceito.

A legislação da União Europeia conceitua a publicidade comparativa na Diretiva 2006/114/CE, que trata, sobre publicidade enganosa e comparativa. Mais especificamente no artigo 2.º, “c” o qual afirma que publicidade comparativa será, *verbis* “a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente.”<sup>86</sup> Este conceito foi herdado da Diretiva 97/55/CE, sem sofrer alterações.

---

<sup>85</sup> Resolução n.º 126/96 de 13 de dezembro, do Mercosul, disponível em <<https://www.yumpu.com/pt/document/read/49678492/mercosul-gmc-res-n-126-96-defesa-do-mercosur>>. Acesso em 03 de abril de 2020.

<sup>86</sup> **PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Diretiva 2006/114/CE, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa.** Jornal Oficial da União Europeia, L 376, 27 de dezembro de 2006. Disponível em <<http://data.europa.eu/eli/dir/2006/114/oj>>. Acesso em 01 de abril de 2018.

A referida Diretiva 2006/114/CE revogou a Diretiva 84/450/CEE que regulamentava, no âmbito comunitário, a publicidade enganosa e a publicidade comparativa, que por sua vez havia sido modificada pela Diretiva 97/55/CE, pois antes dela, a Diretiva 84/450/CEE tratava apenas acerca da publicidade enganosa.

A primeira legislação a nível comunitário que tratou sobre o tema em questão foi, então, a Diretiva 97/55/CE, sendo que os países membros tinham até o dia 23 de abril de 2000 para adequarem suas respectivas legislações ao que preconizava a Diretiva.

Em Portugal, a transposição do texto foi feita para o Código da Publicidade, mais especificamente no artigo 16.º, alterando-o de forma substancial. Desde então, até os dias atuais, o artigo 16.º do CP português possui a mesma redação atinente ao conceito de publicidade comparativa, definição esta que é exatamente igual ao disposto na Diretiva 97/55/CE, atualmente constante na Diretiva 2006/114/CE.

Entretanto, na definição que nos é dada pela Diretiva e transposta, de forma literal, para o Código da Publicidade, falta um elemento essencial à publicidade comparativa, qual seja a comparação entre as próprias prestações com as do concorrente.

Nos parece claro que para que exista publicidade comparativa, deverá haver, na publicidade em questão, uma comparação. A simples identificação de bens ou serviços oferecidos por um concorrente não basta para caracterizar a publicidade comparativa, sendo necessária, efetivamente, uma comparação entre prestações do anunciante e do concorrente<sup>87</sup>.

A doutrina especializada afirma que o elemento constitutivo da publicidade comparativa é, como o próprio nome indica, a comparação<sup>88</sup>. Seria, no mínimo estranho, imaginar uma publicidade comparativa onde não há qualquer comparação.

Lembremo-nos do conceito legal de publicidade comparativa, exposto acima, a “publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente”. É plenamente possível que essa

---

<sup>87</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. In: **Direito Industrial**, IV. Coimbra: Almedina, 2005, p. 251.

<sup>88</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 352.

identificação seja efetuada sem que nela exista qualquer espécie de comparação, o que, a nosso sentir, descaracterizaria completamente a publicidade comparativa. Poderia vir a caracterizar outra espécie de publicidade, como a publicidade adesiva, mas não nos parece possível que se fale em publicidade comparativa sem que haja, efetivamente, uma comparação.

Desta forma, entendemos que para que fique caracterizada a publicidade comparativa, são necessários, de início, dois elementos: a referência a outras prestações que não as do anunciante e a comparação entre estas e as prestações do anunciante.

Apesar desta, a nosso entender, falha textual do legislador, a necessidade de haver a comparação entre as prestações foi incluída nos requisitos de licitude da publicidade comparativa. Tanto a Diretiva 2006/114/CE, no artigo 4.º, “b” e “c”, quanto o Código da Publicidade, no artigo 16.º, n.º 2, alíneas “b” e “c” introduziram a necessidade de existir comparação, afirmando que a mesma é imprescindível para que a publicidade comparativa seja lícita.

*Data venia*, entendemos haver aqui um erro formal na redação do dispositivo legal. Não concordamos que a existência da comparação seja um requisito de licitude da publicidade comparativa, mas sim um elemento necessário à sua existência, um elemento constitutivo. É, precipuamente, a comparação que irá caracterizar uma publicidade como sendo comparativa.

Infelizmente, o legislador português, que se limitou apenas a transpor a tradução do texto da Diretiva Comunitária para o ordenamento pátrio, sem fazer qualquer adequação ou melhora, acabou por incidir no mesmo erro e criar o mesmo problema.

A publicidade comparativa é uma forma de destacar as vantagens do produto ou serviço oferecido pelo anunciante em comparação com outros oferecidos por um ou mais concorrentes, identificados ou identificáveis.

Conforme o próprio nome já sugere, será comparativa a publicidade que compare produtos ou serviços concorrentes, enaltecendo as qualidades do produto do anunciante, desde que o concorrente seja identificável ou identificado de forma expressa.

Nos Estados Unidos, a definição de publicidade comparativa é dada pela FTC:

*For purposes of this Policy Statement, comparative advertising is defined as advertising that compares alternative brands on objectively measurable attributes or price, and identifies the alternative brand name, illustration or other distinctive information.*<sup>89 90</sup>

Ou seja, compara, objetivamente, outras marcas através de qualidades mensuráveis ou preço, e identifica a outra marca pelo nome, imagem ou outro dado distintivo.

Na legislação brasileira não encontramos uma definição de publicidade comparativa. Nem mesmo recorrendo à autorregulamentação, apesar de o artigo 32 do CBAP ser inteiramente dedicado a esta modalidade publicitária.

Da mesma forma, a Resolução n.º 126/96 do Mercosul não conceitua a publicidade comparativa, traçando, apenas, parâmetros onde ela será aceitável, ou seja, seus requisitos de licitude.

Portanto, em termos de Brasil coube à doutrina definir, conceituar a publicidade comparativa. Desta forma, doutrinariamente, podemos definir a publicidade comparativa como a espécie publicitária onde o anunciante, visando promover o consumo dos seus produtos ou serviços, contrapõe determinadas características destes com os da concorrência, demonstrando, assim, terem os seus alguma superioridade<sup>91</sup>.

Fernando Santos, de forma bastante simples, nos diz que a publicidade comparativa ocorre quando “a mensagem destaca um produto ressaltando suas características em relação a outros similares de outras marcas.”<sup>92</sup> Pereira, por sua vez, traz o seguinte conceito:

A publicidade comparativa, assim, consiste em método, ou técnica, de confronto empregado por um anunciante, destinado a enaltecer as qualidades

<sup>89</sup> Federal Trade Commission – F.T.C., Washington D.C. **Statement of policy regarding comparative advertising.** Disponível em <[www.ftc.gov/public-statements/1979/08/statement-policy-regarding-comparative-advertising](http://www.ftc.gov/public-statements/1979/08/statement-policy-regarding-comparative-advertising)>. Acesso em 17 de março de 2020.

<sup>90</sup> Tradução livre: para os devidos fins, publicidade comparativa é definida como a publicidade que compara marcas alternativas por intermédio de atributos objetivamente mensuráveis ou preço e identifica o nome da marca comparada ou outro sinal distintivo que possua.

<sup>91</sup> SIQUEIRA, Ricardo Lagreca; DAL BIANCO, Dânae. A publicidade comparativa no Brasil e no direito comparado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n.º 28, p. 111-128 outubro/dezembro, 1998.

<sup>92</sup> SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing:** uma bordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 3.

ou o preço de seus produtos ou serviços em relação a produtos ou serviços de um ou mais concorrentes, explícita ou implicitamente.<sup>93</sup>

Então, a publicidade comparativa é uma espécie de publicidade, considerada, também, como uma técnica publicitária cuja função é enaltecer, colocar em relevo a superioridade dos produtos ou serviços do anunciante em relação aos dos concorrentes por intermédio da confrontação de características objetivamente comparáveis<sup>94</sup>, e, a nosso ver, desde que estes concorrentes sejam identificados ou identificáveis, característica esta deixada de lado por parte da doutrina brasileira, de forma, em nosso entender, errônea.

Se os concorrentes não puderem ser identificados ou identificáveis não estaremos diante de uma publicidade comparativa. Quando o anunciante afirma, por exemplo, que seu produto é “o melhor”, não está fazendo uma comparação propriamente dita, mas apenas exaltando o seu produto pois não é possível identificarmos os concorrentes. No caso, estaria o anunciante comparando, então, o seu produto ou serviço com todos os demais existentes no mercado, em qualquer parte do globo terrestre, da forma mais genérica possível.

É evidente que não se pode identificar os concorrentes neste caso, então não poderá essa publicidade ser tida como comparativa. Poderá ser, sim, uma publicidade hiperbólica, superlativa, também chamada de *puffing*, onde o consumidor entende haver um sentido de exagero publicitário.

Assim sendo, caberá verificar, em cada caso concreto, se a publicidade superlativa, hiperbólica, não se trata de uma publicidade comparativa travestida de publicidade superlativa ou, então, se não reveste alguma forma de concorrência desleal “disfarçada” de publicidade lícita. Há que se verificar *in concreto*, não havendo uma fórmula determinada para que *in abstracto* decidamos se a publicidade é superlativa ou não. É a forma como os sujeitos alvos da mensagem publicitária a entenderão que irá nos permitir inferir se a mensagem é superlativa ou comparativa.

---

<sup>93</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 89.

<sup>94</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 352.

Há, entretanto, quem defenda que não seja necessário que se identifique ou torne identificável o concorrente, sendo que a comparação genérica já caracterizaria a publicidade comparativa.

Adotando esta corrente de pensamento e tendo em conta que a publicidade, seja qual for, não poderá ser enganosa, ou seja, deve ser verdadeira, e que para que assim o seja deverá ser passível de comprovação objetiva, teríamos, então, que, em uma publicidade hiperbólica, fazer a confrontação direta do produto ou serviço do anunciante com todos os demais existentes no mercado que foram atingidos pela comparação genérica levada à cabo, com fins de se produzir a prova objetiva da superioridade anunciada sem a qual a publicidade não poderá ser considerada verdadeira.

É evidente que essa confrontação se mostra completamente impossível, ao menos quando não se tratar de monopólios ou oligopólios. Não é viável que se façam testes objetivos entre todos os concorrentes existentes no mundo, nem mesmo no país. E, na impossibilidade da realização de tais testes a publicidade se torna não comprovável objetivamente, a veracidade dos dados que ali constam não pode ser atestada, portanto, a publicidade é enganosa, o que acarreta a sua ilicitude.

Quem defende a ideia de que a publicidade quando evidentemente dotada de exagero também é uma publicidade comparativa, terá de defender que: a) ela poderá ser lícita mesmo que não haja a comprovação objetiva de seus dados; ou b) que a publicidade hiperbólica é ilícita haja vista a impossibilidade de comprovação da veracidade dos dados ali veiculados.

Pereira<sup>95</sup> conceitua a publicidade comparativa como um método ou uma técnica de confronto entre produtos ou serviços, utilizada para assemelhar ou para enaltecer os produtos do anunciante em relação aos de um ou mais concorrentes visando uma vantagem concorrencial, independentemente de qualquer vantagem para o consumidor.

O autor, em sua definição, traz como sendo comparativa a publicidade que visa assemelhar, aproximar os produtos do anunciante com os do concorrente, e não

---

<sup>95</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 124.

somente a publicidade que visa enaltecer as diferenças existentes entre eles para alavancar o oferecido pelo anunciante a um melhor patamar.

A nosso ver, há que se ter muito cuidado com este tipo de definição, pois a mesma acaba por ficar muito perto da concorrência desleal. A publicidade, ao assemelhar os produtos do anunciante com os do concorrente é, em verdade, uma publicidade adesiva, não comparativa. Uma publicidade que visa tirar proveito indevido do prestígio alheio para alçar as prestações do anunciante a um nível mais alto.

A nós é difícil imaginar uma situação concreta em que o anunciante assemelha seus produtos ou serviços aos do concorrente sem lhe “furtar” o prestígio e utilizar-se deste prestígio de maneira ilícita no intuito “cortar caminho” para atingir o sucesso que o concorrente já atingiu.

Sendo assim, se se aproveitar indevidamente do prestígio alheio terá praticado publicidade adesiva, incorrendo na concorrência desleal. Porém, se o anunciante assemelhar suas prestações às do concorrente de forma a não utilizar-lhe o prestígio poderá estar veiculando publicidade lícita, mas não será publicidade comparativa devido à falta de comparação distintiva.

Podemos então dizer, a partir das análises efetivadas até aqui, que:

A publicidade comparativa se destina a atingir uma dupla finalidade: em primeiro lugar, uma melhor informação aos consumidores nas escolhas que estes venham a fazer sempre que tiverem presente a mensagem publicitária com recurso à comparação e, através da regulação da sua licitude, proteger os interesses destes, em segundo lugar, tutelar e dar garantias de lealdade na concorrência, no interesse das empresas concorrentes e do anunciante.<sup>96</sup>

A publicidade comparativa, portanto, é aquela que identifica explícita ou implicitamente um concorrente por intermédio da comparação de prestações, destacando as vantagens das prestações do anunciante em detrimento das do concorrente, com fins mercadológicos.

---

<sup>96</sup> BARROCA, Ana Cristina Tavares da Cunha Mota de Almeida. **A concorrência desleal na publicidade comparativa:** atos de confusão e denegrição. 2014. Dissertação de mestrado – Lisboa: ISCTE-IUL, Lisboa, 2014, p. 26. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10071/10994>>. Acesso em 04 de setembro de 2018.

### 3.2. A PUBLICIDADE COMPARATIVA NA EUROPA ANTES DA DIRETIVA 97/55/CE, QUE MODIFICOU A DIRETIVA 84/450/CEE

Antes do Parlamento Europeu regulamentar a publicidade comparativa, cada país-membro legislava da forma como entendesse mais conveniente acerca do tema.

Com a elaboração da Diretiva 97/55/CE, que tratou da publicidade comparativa e inseriu-a no âmbito da já existente Diretiva 84/450/CEE, que, na época, versava apenas sobre a publicidade enganosa, todos os países membros da União Europeia precisaram adequar seus ordenamentos jurídicos internos ao que preconizava a Diretiva.

Isso significa dizer que os países que proibiam a prática da publicidade comparativa tiveram de alterar suas legislações nacionais para estarem de acordo com o padrão imposto para a ordem jurídica comunitária.

Assim sendo, veremos agora como alguns países membros do bloco europeu tratavam a publicidade comparativa antes da regulamentação comunitária.

Apesar de sua recente saída da União Europeia, trataremos, também, do Reino Unido, haja vista ter sido parte integrante e importante do bloco por tanto tempo e tê-lo deixado há poucos meses.

Também, mencionares a Suíça, que apesar de não fazer parte do bloco da União Europeia, possui relevância econômica, bem como um alto padrão interno de vida, estando inserida no Acordo de Schengen e apresenta um panorama diferente do que será visto quando da análise dos demais países, motivo pelo qual se torna interessante uma breve análise.

#### **3.2.1. França**

Na França a publicidade comparativa era, inicialmente, proibida. Somente no ano de 1992 é que se começou a aceitar essa forma publicitária, em decorrência da implementação das teorias de defesa do consumidor<sup>97</sup>.

Porém, antes, houve uma decisão histórica da *Cour de Cassation*, em 22 de julho de 1986, a qual quebrou o entendimento sempre adotado no sentido da ilicitude da publicidade comparativa. Entendeu o Tribunal francês que a publicidade que compara produtos idênticos, vendidos nas mesmas condições, por comerciantes diferentes, não é ilícita, na medida em que contribui para a transparência do mercado e para a concorrência leal.<sup>98</sup>

Antes disso, a publicidade comparativa era vista pela jurisprudência francesa como uma forma de denegrir, indiretamente, a imagem de um concorrente. Entretanto, caso nenhum concorrente fosse afetado pela comparação, a mesma poderia ser considerada lícita.

Tendo isso em conta, podemos concluir que a licitude ou não da publicidade comparativa não se amparava na veracidade da informação que era fornecida, mas sim no fato de afetar ou não algum concorrente.

Com o passar do tempo, algumas exceções foram sendo desenvolvidas no âmbito da jurisprudência, nas quais permitia-se que fosse veiculada a publicidade comparativa. Essas exceções foram, nomeadamente, o direito de crítica, a legítima defesa e a defesa de interesses legítimos.

De forma sucinta, podemos dizer que o direito de crítica ocorria quando era feita uma crítica geral a produtos, métodos de venda ou sistemas econômicos, desde que a mesma fosse objetiva e não identificasse os concorrentes<sup>99</sup>.

Já a publicidade comparativa utilizada em legítima defesa, para ser lícita, tinha como pressuposto, como o próprio nome sugere, que fosse utilizada em defesa de um

---

<sup>97</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. *In: Direito Industrial*, IV. Coimbra: Almedina, 2005, p. 243

<sup>98</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais. *In: Estudos de Direito do Consumidor, CDC/FDUC*, n.º 7, 2005, p. 10. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10316/28796>>. Acesso em 13 de março de 2020.

<sup>99</sup> PLAZA, Anxo Tato. *La publicidade comparativa*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 124.

ato de concorrência desleal praticado anteriormente por um concorrente. Era uma reação, uma defesa, não uma ação.

Como reação que era, deveria se limitar a defender o anunciante do ataque que havia sofrido, sem, contanto, apresentar um caráter de ofensiva.

A defesa de interesses legítimos, por sua vez, se afigurava quando a publicidade era feita para defender interesses juridicamente relevantes.

As exceções criadas na jurisprudência francesa, entretanto, tinham pouca relação com a publicidade comparativa da forma como a conhecemos hoje. Foram, em verdade, pensadas como uma espécie de resposta para atos de denegrição<sup>100</sup>.

A proibição da publicidade comparativa na França permaneceu incontestada até a década de setenta, quando os movimentos de defesa dos consumidores ganharam força. Entretanto, foi somente no ano de 1992 que a tendência já existente a permitir a publicidade comparativa se tornou lei.

Atualmente, enquanto país membro da União Europeia, a legislação francesa tem de acompanhar o que preconizam as Diretivas Comunitárias. Portanto, assim como nos demais países membros do Bloco, a publicidade comparativa é permitida na França, desde que respeitados os ditames legais.

### **3.2.2. Itália**

Na Itália a publicidade comparativa, antigamente, não estava expressamente regulamentada, então a jurisprudência a incluiu no artigo 2.598 do Código Civil italiano que tratava sobre atos de denegrição e descrédito.

---

<sup>100</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. *In: Direito Industrial*, IV. Coimbra: Almedina, 2005, p. 243-244.

Tempos depois, o Código da Atividade Publicitária italiano, tratou das comparações no artigo 15.<sup>o101</sup>. Este dispositivo legal permitia que fosse feita a distinção entre dois tipos de publicidade comparativa, a direta e a indireta, conforme houvesse ou não a possibilidade de identificar um concorrente.<sup>102</sup>

Segundo interpretação que lhe foi dada pela jurisprudência, o referido dispositivo legal proibia a publicidade comparativa direta, mas permitia a indireta, desde que respeitados os limites estritamente necessários ao informe dos consumidores sobre as reais vantagens do produto ou serviço do anunciante<sup>103</sup>.

Porém, havia exceções no sentido da permissão da publicidade comparativa, o direito de crítica, a legítima defesa e as comparações realizadas a pedido dos consumidores.

Diferentemente do que ocorreu na França, que passou a permitir a utilização da publicidade comparativa por lei pátria, na Itália a mesma só passou ao campo da licitude com a implementação da Diretiva Comunitária.

### 3.2.3. Alemanha

Na Alemanha, inicialmente, há muitas décadas, a publicidade comparativa era lícita. O entendimento foi modificado no ano de 1927, momento em que o Tribunal alemão proclamou a ilicitude da referida modalidade publicitária<sup>104</sup>.

Entretanto, é no ano de 1931 que o Tribunal irá consagrar, definitivamente, a proibição desta modalidade publicitária por intermédio da sentença *Hellegold*.

---

<sup>101</sup> O artigo 15º do Código da Atividade Publicitária italiano tinha a seguinte redação: “*la comparazione indiretta non è consentita se non quando sia intesa ad illustrare sotto l’aspetto técnico ed economico le caratteristiche e i vantaggi reali dell’attività e del prodotto pubblicizzato.*”

<sup>102</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. In: **Direito Industrial, IV**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 244.

<sup>103</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais. In: **Estudos de Direito do Consumidor, CDC/FDUC**, n.º 7, 2005, p. 9-10. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10316/28796>>. Acesso em 13 de março de 2020.

<sup>104</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. In: **Direito Industrial, IV**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 244.

Porém, assim como nos demais países, com o passar do tempo foram criadas algumas exceções, dentro das quais era permitida a veiculação de publicidade que utilizasse comparações<sup>105</sup>.

A regra alemã seguiu sendo a proibição até a regulamentação comunitária da matéria, momento no qual os germânicos precisaram alterar sua legislação para se adequar às Diretivas.

### 3.2.4. Espanha

Na Espanha, inicialmente, como na grande maioria dos demais países, a publicidade comparativa era tida como uma forma de denegrir a imagem dos concorrentes.

A evolução da legislação espanhola no sentido da permissividade da publicidade comparativa se deu de forma paulatina e tendo como marco a introdução dos direitos de defesa do consumidor<sup>106</sup>, entendendo-se que este seria o grande beneficiado pela publicidade comparativa.

No ano de 1976 que, em uma decisão até então inédita na Espanha, o *Jurado Central de Publicidad* exarou entendimento no sentido da licitude da publicidade comparativa.

Alguns anos após essa decisão, a licitude das comparações publicitárias foi regulamentada pela Lei Geral da Publicidade e, também, pela Lei da Concorrência Desleal de 1991. Ambas as legislações mantiveram a linha permissiva que havia sido traçada pelo Tribunal.

---

<sup>105</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais. *In: Estudos de Direito do Consumidor, CDC/FDUC*, n.º 7, 2005, p. 8-9. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10316/28796>>. Acesso em 13 de março de 2020.

<sup>106</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. *In: Direito Industrial, IV*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 248.

Nos dias atuais, como um país membro da União Europeia, a legislação espanhola permite a prática da publicidade comparativa nos limites traçados pela Diretiva.

### 3.2.5. Suíça

A Suíça, apesar de não ser um país membro da União Europeia, faz parte do Espaço Schengen, sendo este um espaço sem fronteiras internas no interior do qual os cidadãos europeus e muitos nacionais de países que não pertencem à UE podem circular livremente, em turismo ou por motivos de trabalho, sem serem sujeitos a controles fronteiriços. Criado em 1985, este espaço tem vindo gradualmente a crescer, englobando, hoje em dia, quase todos os países da UE e alguns países associados.

Trataremos da Suíça pois, diferentemente dos demais países, desde muito cedo permitia que fosse feita a publicidade comparativa.

Ainda no ano de 1895 o Tribunal Federal Suíço exarou entendimento no sentido da licitude da publicidade comparativa. O Tribunal entendeu que se as afirmações constantes na publicidade fossem verídicas, não existiria um ato ilícito, uma vez que o anunciante estaria apenas afirmando que seus produtos têm vantagem sobre os demais oferecidos pelos concorrentes.<sup>107</sup>

No ano de 1943 foi promulgada, na Suíça, a lei contra a concorrência desleal, na qual não se encontrava nenhuma regulamentação atinente à publicidade comparativa. Entretanto, a mesma oferecia fundamentos para que o entendimento sobre a sua licitude permanecesse.

Somente no ano de 1986, com a reforma da legislação de 1943, é que foram ditados alguns pressupostos para a licitude da publicidade comparativa, dentre os quais não ser enganosa, ser exata e não ser demasiadamente ofensiva e nem parasitária.

---

<sup>107</sup> PLAZA, Anxo Tato. **La publicidade comparativa**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 158.

Assim, podemos entender que a Suíça, de início, permitiu que fosse realizada a publicidade comparativa para, somente muito tempo depois, traçar, por intermédio da legislação, os critérios para a licitude. Basicamente, o caminho totalmente oposto dos demais países.

### 3.2.6. Reino Unido

Apesar de o Reino Unido não fazer mais parte da União Europeia, com sua saída do bloco tendo ocorrido oficialmente no dia 31 de janeiro de 2020, após plebiscito aprovado em 23 de junho de 2016, sua permanência perdurou durante muitos anos, razão pela qual, além de sua importância econômica, analisaremos, de forma breve, o seu posicionamento quanto à publicidade comparativa.

Assim como na grande maioria dos países europeus citados até o momento, excepcionando-se a Suíça, a publicidade comparativa inicialmente era proibida no Reino Unido.

Esta proibição perdurou até o ano de 1994, quando o *Trademark Act* permitiu o uso de outra marca afim de se realizar uma comparação, mas estabeleceu diversos limites para isso.

A publicidade, em termos gerais, é regulamentada, no Reino Unido, por três vias, sendo a primeira delas o *The Comitee of Advertising Practice and the Advertising Standards Authority*, que estabelece a autorregulamentação publicitária, exceto quanto ao rádio e a televisão, que são alvo de outra regulamentação e dentro deste grande sistema autorregulamentador existem dois códigos, os *British Codes of Advertising and Sales Promotion*.

Conforme dito acima, as publicidades veiculadas no rádio e na televisão não estão sujeitas ao *The Comitee of Advertising Practice and the Advertising Standards*

*Authority*, mas estão sujeitas ao *The Industry-focussed System of Statutory Regulation*, que também é um sistema de autorregulamentação<sup>108</sup>.

A segunda via de regulamentação da publicidade no Reino Unido é o *common law*, ou seja, as decisões judiciais regulamentam o tema por intermédio do sistema de precedentes judiciais. Estas decisões proferidas em casos paradigmáticos deverão ser utilizadas na resolução de casos análogos.

A terceira e última via são as ações civis e penais criadas pelo legislador para regulamentar a publicidade e punir aqueles que não respeitam os ditames legais.

Desta forma, podemos ver que o sistema adotado no Reino Unido abarca a autorregulamentação, a jurisprudência e a legislação criada pelo poder estatal competente para regulamentar, através do Estado, as práticas publicitárias, sendo permitida a publicidade comparativa desde antes da regulamentação Comunitária sobre o tema, a qual agora o país não está mais sujeito a obedecer.

### 3.3. REQUISITOS DE LICITUDE DA PUBLICIDADE COMPARATIVA

Apesar da regra geral ser a licitude da publicidade comparativa, a mesma terá que cumprir alguns requisitos. Tanto a Diretiva Comunitária, quanto o Código da Publicidade traçam, após conceituarem a publicidade comparativa, parâmetros de licitude. Esses parâmetros nada mais são do que limites que deverão ser respeitados no momento da veiculação de uma publicidade que se utilize de comparações, bem como requisitos que devem ser cumpridos.

Quanto ao Brasil, apesar de não haver, na legislação nem na autorregulamentação, um conceito atinente ao tema, o Código Autorregulamentar acaba por traçar seus requisitos de licitude. Juntamente com o CBAP, em termos de

---

<sup>108</sup> OHLY, Ansgar; SPENCE, Michael. *The law of comparative advertising: Directive 97/55/CE in the United Kingdom and Germany*, Oxford – Portland, Oregon. 2005, p. 5, *Apud* WA, Man Sok. **Tutela institucional da concorrência em concorrência desleal, publicidade comparativa e práticas comerciais desleais**. 2012. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 124.

Brasil a jurisprudência também se ocupou de colmatar as lacunas deixadas pela lei e traçar parâmetros dentro dos quais a publicidade comparativa será lícita.

A partir de agora veremos, então, quais são estes requisitos de licitude da publicidade comparativa, tanto em Portugal quanto no Brasil.

### 3.3.1. Portugal

Em Portugal é o artigo 16.º do Código da Publicidade o responsável por, além de conceituar a publicidade comparativa, definir quais são os seus requisitos de licitude.

Vejamos, então, a redação do referido artigo 16.º, *verbis*:

- 1 - É comparativa a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente.
- 2 - A publicidade comparativa, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão, só é consentida, no que respeita à comparação, desde que respeite as seguintes condições:
  - a) Não seja enganosa, nos termos do artigo 11.º;
  - b) Compare bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objectivos;
  - c) Compare objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço;
  - d) Não gere confusão no mercado entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente;
  - e) Não desacredite ou deprecie marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente;
  - f) Se refira, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação;
  - g) Não retire partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes;
  - h) Não apresente um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.
- 3 - Sempre que a comparação faça referência a uma oferta especial deverá, de forma clara e inequívoca, conter a indicação do seu termo ou, se for o caso, que essa oferta especial depende da disponibilidade dos produtos ou serviços.
- 4 - Quando a oferta especial a que se refere o número anterior ainda não se tenha iniciado deverá indicar-se também a data de início do período durante o qual é aplicável o preço especial ou qualquer outra condição específica.

5 - O ónus da prova da veracidade da publicidade comparativa recai sobre o anunciante.<sup>109</sup>

Analisando a redação do artigo 16.º do *Códex*, podemos inferir que a publicidade comparativa será lícita desde que respeite alguns limites constantes no n.º 2 e suas alíneas.

O primeiro requisito de licitude elencado pelo Código está na alínea “a” do n.º 2 do artigo 16.º e é um requisito negativo. A publicidade comparativa não poderá ser enganosa, nos termos do artigo 11.º. Ora, nada mais óbvio do que atrelar a licitude da publicidade comparativa a sua veracidade, como também o é em qualquer outra modalidade publicitária.

O texto do artigo 11.º do Código da Publicidade nos remete ao Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 205/2015, de 23 de setembro, relativo às práticas comerciais desleais das empresas com relação aos consumidores. O referido Decreto-Lei, por sua vez, trata das ações enganosas nos artigos 7.º, 8.º e 9.º, podendo a enganabilidade se dar por ação ou por omissão. Nos termos do artigo 7.º, será enganosa a publicidade que contenha informações falsas ou que induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor.

A alínea “b” do artigo 16.º do CP afirma que para que seja lícita, a publicidade deverá comparar bens que sejam equivalentes entre si, que tenham o mesmo objetivo. Isso significa dizer que a comparação deverá ser feita entre bens e serviços que estejam no mesmo patamar.

Sendo assim, não será lícita uma publicidade comparativa onde se contraponha o conforto oferecido por um iate e o conforto oferecido por um veleiro da marca concorrente. Via de regra, apesar de, grosso modo, ambos serem considerados barcos, um iate oferece um nível de conforto muito maior do que um veleiro, tendo, também, um preço bastante mais elevado.

Já a alínea “c” do dispositivo legal condiciona a licitude da publicidade comparativa à uma comparação objetiva das características essenciais do produto ou serviço anunciado.

---

<sup>109</sup> PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 330, de 23 de outubro de 1990, Aprova o Código da Publicidade. **Diário Oficial da República Portuguesa** n.º 245/1990, Série I de 1990-10-23. Disponível em <<https://dre.pt/web/guest>>. Acesso em 8 de julho de 2018.

Por comparação objetiva entendemos aquela que pode ser objetivamente comprovada, ou seja, cientificamente comprovada por intermédio de testes comparativos. Portanto, dizer que algo tem “melhor gosto” que o oferecido pelo concorrente não é considerado como uma comparação lícita haja vista “gosto” ser algo extremamente subjetivo. Por sua vez, dizer que um automóvel é “mais potente” que o concorrente se revestirá em publicidade lícita, ao menos no que tange a este requisito, haja vista existirem meios objetivos de comprovar tal afirmação, de aferir a potência do motor.

Mister salientar que o ônus de comprovar, de forma objetiva, a veracidade da publicidade, será do anunciante, nos termos do n.º 5 do artigo 16.º do Código da Publicidade. Isso significa dizer que, utilizando o exemplo acima, onde uma marca anuncia que seu automóvel possui um motor mais potente do que o automóvel “X” de um determinado concorrente, caberá a quem fez o anúncio comprovar, cientificamente, o que foi veiculado na campanha.

Caso não seja possível de realizar a referida comprovação, a publicidade comparativa será ilícita por faltar o requisito “objetividade na comparação” e tida como publicidade enganosa, haja vista o constante nos n.ºs 2 e 3 do artigo 11.º do Código da Publicidade:

2 – No caso previsto no número anterior, pode a entidade competente para a instrução dos respectivos processos de contra-ordenação exigir que o anunciante apresente provas da exactidão material dos dados de facto contidos na publicidade.

3 – Os dados referidos no número anterior presumem-se inexactos se as provas exigidas não forem apresentadas ou forem insuficientes.<sup>110</sup>

Por sua vez, quando falamos em características essenciais, referimo-nos àquelas características importantes para o produto, que o consumidor realmente leva em consideração no momento de realizar a compra ou que aquele determinado nicho de mercado considera relevantes.

Ainda, nos termos das alíneas “d” e “e”, o anunciante não poderá se utilizar da comparação para desacreditar ou depreciar marcas concorrentes nem para gerar

---

<sup>110</sup> PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 330, de 23 de outubro de 1990. Aprova o Código da Publicidade. **Diário Oficial da República Portuguesa** n.º 245/1990, Série I de 1990-10-23. Disponível em <<https://dre.pt/web/guest>>. Acesso em 8 de julho de 2018.

confusão, seja no mercado ou entre concorrentes. Saliemos que a comparação também não poderá ser utilizada para gerar confusão entre os consumidores.

A confusão se caracteriza, de acordo com Bittar “por meio de práticas tendentes a captar, ilicitamente, clientela alheia, aproveitando-se alguém da imagem do concorrente (seja de seu nome, seja de seus estabelecimentos, seja de seu produto)”<sup>111</sup>. “Diversas ações podem ingressar nesse conceito, tendentes sempre, mediante assemelhação indevida, a afastar-se a diversificação natural dos produtos e, assim, atrair clientela alheia”.<sup>112</sup>

A confusão levada à cabo por um concorrente, por intermédio de assemelhação de quaisquer sinais distintivos, que visam conferir “segurança e adequada informação da procedência e qualidade dos produtos ofertados”<sup>113</sup> acaba por ser apontada como sendo um ato de concorrência desleal, nos termos do artigo 311.º do Código da Propriedade Industrial. Da mesma forma, proclama o referido diploma legal, em seu artigo 232º, n.º 1, alínea “b”, que será recusado o registro da marca que possa induzir em erro ou confusão o consumidor ou que compreenda o risco de associação com a marca registrada.

De igual modo, a comparação não pode depreciar ou desacreditar o produto ou serviço do concorrente, nem sua marca ou outro sinal distintivo.

Entendemos que é inerente a qualquer publicidade que utilize a comparação causar um certo descrédito ao concorrente, afinal, por intermédio da comparação o anunciante demonstra, objetivamente, comprovadamente, a superioridade do seu produto ou serviço em relação a um ou alguns concorrentes. Isso, por si só, traz descrédito e depreciação aos afetados.

“Ao enaltecer os próprios produtos num processo de comparação com a concorrência, o anunciante busca diminuir o poder de atração dos produtos e serviços

---

<sup>111</sup> BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 108.

<sup>112</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Concorrência Desleal**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54.

<sup>113</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 128-130.

comparados junto à natural clientela daquele competidor,”<sup>114</sup> o que não é considerado como denegrição proibida. Duval leciona que a denegrição que torna ilícita a publicidade é aquela na qual “a intensidade da agressão é mais forte do que na publicidade comparativa”<sup>115</sup> lícita.

Requião, por sua vez afirma que as publicidades denegritórias:

Tendem deliberadamente a produzir o descrédito do competidor, ou de seus produtos mediante a difusão de notícias, juízos e informes falsos ou de insinuações tendenciosas e malévolas. Podem ser adotadas de forma indireta, de modo comparativo, pondo em inferioridade o produto do concorrente.<sup>116</sup>

O que o Código visa proibir é o descrédito ofensivo, desnecessário, dito “gratuito”. Aquele que não é inerente à publicidade nem à comparação, que poderia ter sido evitado sem que isso trouxesse qualquer prejuízo para a publicidade em questão.

Ainda, a alínea “f” obriga que em casos de produtos com denominação de origem, a publicidade comparativa se refira a produtos que tenham a mesma denominação de origem do que está sendo utilizado na comparação.

Por fim, as alíneas “g” e “h” proíbem que o anunciante “pegue carona” no bom nome do concorrente e que reproduza seus produtos ou serviços ou imite-os. Não poderá o concorrente-anunciante, por intermédio da publicidade comparativa tirar proveito da notoriedade ou do renome de uma marca concorrente para alavancar seus próprios produtos, bem como é vedado a reprodução de um bem ou serviço oferecido pela concorrência que possua marca ou nome comercial protegido<sup>117</sup>.

Quando nos referimos a que o anunciante não pode explorar o prestígio do concorrente, referimo-nos tanto ao parasitismo quanto à concorrência desleal.

O parasitismo fica configurado quando uma empresa se utiliza “de ativos intangíveis de outro empresário, tentando pegar carona no sucesso deste (*freeriding*),

---

<sup>114</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 89.

<sup>115</sup> DUVAL, Hermano. **Concorrência Desleal**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 144.

<sup>116</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, V. 2. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 245-246.

<sup>117</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. In: **Direito Industrial**, IV. Coimbra: Almedina, 2005, p. 254.

mas sem incorrer no desvio de clientela, já que eles não concorrem diretamente.”<sup>118</sup> Barbosa afirma que “dá-se a concorrência parasitária quando uma empresa, utilizando-se da boa fama de outra, consegue vantagem econômica para atuar num mercado ou segmento em que a detentora da boa fama não compete”<sup>119</sup>.

Quanto a concorrência desleal, a diferença para o parasitismo assenta no fato de que naquela haverá disputa efetiva entre os concorrentes, de modo que um deles está desviando clientela do outro por meios ilícitos. Ou seja, competem no mesmo segmento de mercado.

Merecem menção, também, os n<sup>os</sup> 3 e 4 do artigo 16.<sup>o</sup>. Ambos tratam acerca da possibilidade de haver publicidade comparativa com oferta especial e afirmam que a mesma deverá informar, de forma inequívoca, os termos iniciais e finais, bem como sobre a disponibilidade do produto ou serviço. Ou seja, estes são os requisitos de licitude específicos que, juntamente com os demais supracitados, deverão estar presentes quando se tratar de oferta especial.

Do dito até aqui podemos afirmar que existem três tipos de publicidade comparativa que são consideradas ilícitas pelo artigo 16.<sup>o</sup> do Código da Publicidade.

A primeira dentre as três modalidades referidas é a publicidade comparativa enganosa que “embora dizendo directamente respeito às características relevantes e verificáveis dos bens ou serviços, não é permitida na medida em que se revela como incapaz de auxiliar a escolha do consumidor”<sup>120</sup>, enganando-o e prejudicando a ele e ao mercado, vez que o concorrente que na verdade possuiria um produto ou serviço melhor que o do anunciante possivelmente deixou de vendê-lo devido à enganosidade da publicidade veiculada.

Da mesma forma, caracteriza-se como publicidade enganosa, enquadrando-se, portanto, nesta primeira espécie de publicidade comparativa ilícita, aquela que, apesar de não ter a sua enganosidade expressamente comprovada, não é capaz de

---

<sup>118</sup> SANTA CRUZ, André. **Direito empresarial**: Vol único. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Método, 2019, p. 300.

<sup>119</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade industrial**. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lúmen, 2003, p. 760.

<sup>120</sup> WA, Man Sok. **Tutela institucional da concorrência em concorrência desleal, publicidade comparativa e práticas comerciais desleais**. 2012. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 128.

provar, objetivamente, os dados que veiculou. Desta feita, sendo impossível a prova da veracidade, imputa-se a falsidade do afirmado.

A seguir, temos como ilícita a publicidade que, por intermédio da comparação, trouxer descrédito ao concorrente, depreciar seus produtos ou sua marca de forma aviltante, indo além do necessário que é inerente à publicidade comparativa lícita.

Por fim, também será ilícita a publicidade que, por intermédio da comparação, tire proveito da posição privilegiada que o concorrente ocupa no mercado e junto aos consumidores, utilizando o concorrente como “escada” para alavancar o próprio negócio, produto, serviço ou marca.

### **3.3.2. Brasil**

Conforme dissemos, no Brasil não há uma legislação que trate sobre publicidade comparativa. O CDC se ocupou apenas da publicidade enganosa e da publicidade abusiva, enquanto a Lei de Propriedade Industrial ficou silente acerca do tema.

No entanto, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária tratou da matéria. Com todas as ressalvas existentes acerca de o referido código não ser uma legislação, não ser dotado de força coercitiva, é dele que o poder judiciário tem se utilizado, juntamente ao direito comparado, para traçar as diretrizes e os requisitos de licitude da publicidade comparativa em terras tupiniquins.

O artigo 32 do CBAP goza da seguinte redação:

#### Artigo 32

Tendo em vista as modernas tendências mundiais - e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites:

- a. seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
- b. tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor;
- c. a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;

- d. em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
- e. não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;
- f. não se caracterize concorrência desleal, depreciação à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
- g. não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;
- h. quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio.<sup>121</sup>

Da leitura do referido dispositivo autorregulamentar podemos notar que a publicidade comparativa, no Brasil, possui, assim como em Portugal, requisitos de licitude que deverão ser cumpridos.

O primeiro deles refere-se à finalidade da publicidade comparativa. Ela deverá visar o esclarecimento ou a defesa do consumidor. É claro que não há como evitar a função precípua de qualquer espécie de publicidade que, conforme vimos no início deste estudo, é estimular as vendas, é mercadológica.

Dizer que a publicidade comparativa visará informar ou defender o consumidor é apenas uma forma de fazer com que a mesma não perca por completo o seu tom informativo em detrimento da persuasão.

O que a alínea “a” do artigo 32 quer-nos dizer, em verdade, é que a publicidade comparativa deverá trazer alguma informação em seu bojo que seja importante para a tomada de decisão do consumidor ou que deverá ter por objetivo defendê-lo de eventuais abusos mercadológicos cometidos pelos concorrentes. Tal não afasta que a mesma possua um grande caráter persuasivo.

O segundo requisito diz respeito à objetividade da comparação. Assim como ocorre em Portugal, no Brasil a publicidade comparativa também deverá apoiar-se em comparações objetivas, de forma que seja possível aferir a sua veracidade, sob pena de ser considerada uma publicidade enganosa. O que foi dito acima sobre a objetividade das comparações em Portugal, serve perfeitamente para o Brasil. Da mesma forma, a alegação deverá ser passível de comprovação objetiva, que é o

---

<sup>121</sup> CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. 1978. Disponível em <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 01 de abril de 2020.

terceiro requisito, constante na alínea “c”. Na impossibilidade da referida comprovação, a publicidade será tida por enganosa.

Agregando-se aqui o artigo 38 do CDC, temos que o ônus de se fazer essa prova objetiva do alegado no anúncio publicitário recairá sobre o anunciante, da mesma forma como ocorre em terras portuguesas.

O quarto requisito é atinente a idade dos modelos a serem comparados. Diz a alínea “d” do artigo 32 do CBAP que a comparação deverá ser feita entre modelos que tenham sido fabricados no mesmo ano, que tenham a mesma idade. Entretanto, esta regra encontra exceção se a comparação visar demonstrar uma evolução tecnológica, objetivo este que deverá ficar amplamente caracterizado para que qualquer consumidor médio consiga identifica-lo.

Nos parece justo com o mercado e com os consumidores que a comparação não possa ocorrer entre bens fabricados em anos distintos, afinal, a evolução da tecnologia é constante e a cada novo ano temos os “mesmos” bens, mas com diversas melhorias tecnológicas. Por vezes tais melhoramentos são não perceptíveis por parte do consumidor leigo, como ocorre, por exemplo, com a parte mecânica dos automóveis, que não raras vezes têm seu exterior exatamente igual para modelos de anos distintos, mas os modelos mais novos possuem acertos mecânicos de motor, câmbio e suspensão, por exemplo, que o consumidor, via de regra, não nota.

Possibilitar uma comparação desavisada entre produtos produzidos e serviços realizados em períodos de tempo diferentes poderia ter o condão de causar uma confusão entre os consumidores, abrindo a possibilidade de que o consumidor entendesse tratarem-se os produtos comparados da mesma faixa de tempo, sendo um amplamente superior ao outro tecnologicamente. Ou seja, o consumidor poderia ser induzido ao erro.

Como exemplo de fácil elucidação, pensemos em dois modelos de carros, ambos “sedãs”, de marcas conhecidas e que ocupam uma faixa de preço bastante parecida. Ambas as marcas fazem atualizações em seus modelos para a linha 2020/2021. Uma dessas marcas efetiva uma publicidade comparativa entre o seu automóvel e o automóvel da marca concorrente, entretanto, compara as

características do seu automóvel da linha 2020/2021 com as características do automóvel da linha 2019/2020 da concorrência.

Desta feita, o produto do anunciante, que passou por atualizações, se mostra amplamente superior em conforto à bordo, tecnologia e, também, segurança, haja vista se tratar de uma nova geração. Ocorre que a comparação não deixa claro tratarem-se de modelos de anos distintos, o que possivelmente levará o consumidor desavisado a acreditar que o automóvel da marca anunciante é, de fato, muito superior ao concorrente, quando, na verdade, se comparado com o concorrente do respectivo ano, que também é de uma nova geração, ambos os carros se equivalem em tecnologia, conforto e segurança, que foram as características postas em confronto pois o concorrente também apresentou atualizações nos seus veículos.

Dito isso, adentramos ao quinto requisito, constante na alínea “e”, qual seja a proibição de que se estabeleça confusão entre produtos, marcas e serviços concorrentes. A comparação deverá visar a distinção entre as prestações do anunciante com as do concorrente, e não uma aproximação entre elas capaz de criar confusão no consumidor e/ou no próprio mercado.

Da mesma forma, nos termos da alínea “f”, não pode a publicidade comparativa acabar por caracterizar atos de concorrência desleal ou denegrir a imagem do concorrente mais do que o estritamente necessário à veiculação da publicidade, nos termos por nós elucidados alhures.

É vedado, pela alínea “g” do artigo 32 do CBAP, da mesma forma como é vedado pela mesma alínea no artigo 16º do Código da Publicidade, utilizar, injustificadamente, da imagem corporativa e do prestígio que o concorrente goza junto aos consumidores e ao mercado com o intuito de se aproveitar da boa-fama alheia para alavancar a própria marca. Tal poderá configurar tanto a concorrência desleal quanto a concorrência parasitária, nos termos vistos acima.

Como um exemplo de infringência da alínea “g” do artigo 32 do CBAP, onde se utiliza injustificadamente do prestígio de uma determinada marca podemos citar o seguinte: imagine-se uma campanha publicitária, lançada na modalidade de filme publicitário, onde algumas pessoas, dentro de um supermercado, fazem comentários no sentido de que na falta do detergente sabidamente por todos como sendo líder de

mercado, de boa qualidade e bom custo-benefício, o melhor seria comprar o detergente da marca anunciante. Neste caso, há, implicitamente, uma comparação, um aproveitamento, por parte do anunciante, do prestígio da marca líder do mercado, assemelhando seus produtos aos da marca líder, como se estivessem no mesmo padrão de qualidade.

Neste caso, nada impede que, de fato, ambos os produtos estejam no mesmo nível, apresentando elevada qualidade, tal fato não é posto em causa. Veda-se, independentemente da veracidade ou não do veiculado acerca da alta qualidade do produto do anunciante, que o mesmo se utilize do prestígio que o concorrente adquiriu no mercado com anos de esforço, alto investimento financeiro e melhoria de produto, afim de galgar um caminho mais fácil para apresentar suas e tornar as suas qualidades conhecidas do grande público.

Em verdade, no exemplo acima não observamos uma publicidade comparativa, mas sim uma publicidade adesiva, que utiliza indevidamente do prestígio do concorrente para tentar alavancar sua marca e/ou produto por uma via mais fácil, rápida e que exige um menor investimento.

Por fim, é possível que se comparem produtos ou serviços que estejam em faixas de preço distintas, porém a diferença existente no preço deverá estar indicada de forma bastante clara, evitando, assim, que o consumidor seja enganado ou que caia em confusão.

Ainda, imperioso destacar que a publicidade comparativa não poderá, obviamente, ser enganosa, nos termos do artigo 37, §1º do Código de Defesa do Consumidor, nem enganosa por omissão, conforme o §3º do mesmo artigo<sup>122</sup>.

Não poderá, também, a publicidade comparativa caracterizar uma publicidade abusiva, congruentemente com o que preconiza o §2º do artigo 36 do CDC<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º 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.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

<sup>123</sup> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

Apesar de a legislação consumerista não tratar especificamente sobre a publicidade comparativa, resumindo-se apenas à enganosa e abusiva, é evidente que nenhuma espécie de publicidade poderá ter o condão de enganar o consumidor ou de cometer abusos contra ele ou contra o mercado. Portanto, o regramento existente no CDC se aplica perfeitamente à publicidade comparativa vedando que seja enganosa ou abusiva.

No que se refere ao *onus probandi*, o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, conforme por nós adiantado acima, o atribui ao anunciante, da mesma forma como o é em Portugal, nos termos do n.º 5 do artigo 16.º do CP.

Em grande obra acerca da ligação entre a publicidade e o direito, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias divide os requisitos de licitude da publicidade comparativa em positivos e negativos<sup>124</sup>.

Para a autora os requisitos positivos dizem respeito: ao objeto da publicidade comparativa e aos parâmetros de comparação. Senão vejamos.

Tomar por requisito positivo os objetos de comparação significa dizer que a mesma deverá ser feita entre bens ou serviços que correspondam às mesmas necessidades ou que tenham a mesma finalidade. Devem pertencer ao mesmo gênero, ter a mesma natureza, ainda que não se exija identidade absoluta entre os produtos comparados.

Quanto aos parâmetros de comparação, os mesmos requerem que a comparação seja objetiva, comprovável e realizada sobre um ou mais elementos essenciais do produto ou do serviço. Com isso quer-se dizer que a comparação deverá ser baseada em dados objetivos, pertinentes à escolha do consumidor e suscetíveis de comprovação pelos meios adequados.

Peguemos como exemplo um anúncio que compare o sabor de duas bebidas. O resultado dessa comparação poderá gerar discussões acerca de sua objetividade.

---

§ 2º 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.

<sup>124</sup> DIAS, Lucía Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 363 e ss.

O juízo de valor sobre o sabor da bebida poderá variar de pessoa para pessoa, não sendo possível aferir, de forma objetiva, qual bebida tem o “melhor gosto”. O paladar de cada um é que iria decidir essa questão de forma absolutamente subjetiva.

O que se poderia fazer é uma pesquisa de opinião, o anunciante oferecer a sua bebida e a de um concorrente, sem identificá-las, para um número determinado de pessoas, coletando os dados da preferência do público. E então, em uma publicidade, afirmar que de cada, por exemplo, cem pessoas que provaram as bebidas, noventa e quatro preferem a bebida do anunciante.

Neste caso estamos diante de fatos objetivamente comprováveis por intermédio do que foi documentado na pesquisa. Portanto, uma publicidade lícita, que não compara o sabor das bebidas, mas apenas divulga a preferência do público.

Neste caso, não haveria uma comparação acerca do sabor, mas sim uma pesquisa de opinião, cientificamente validada, acerca de qual bebida é a preferida do público. Ou seja, de forma indireta e cientificamente validada seria divulgada qual das bebidas possui o melhor sabor.

Na solução ora apresentada para descaracterizar a ilicitude da publicidade que compara sabores, a bem da verdade, poderá nem mesmo ficar caracterizada a publicidade comparativa, sendo apenas uma publicidade simples, uma divulgação de pesquisa de opinião que é benéfica ao empresário que a divulga.

Ainda, para que a comparação seja considerada objetiva, é necessário que os bens comparados estejam na mesma faixa de preço e que guardem qualidades semelhantes, ou, se não estiverem na mesma faixa de preço, que tal fato fique evidente aos olhos de qualquer consumidor, seja de destaque na publicidade, evitando, assim, que o consumidor seja enganado e confundido.

Por exemplo, uma comparação entre dois automóveis, um Kia Rio e um Porsche 911. Ambos são veículos automotores e, grosso modo, possuem a mesma finalidade, têm a mesma natureza. Então, em uma primeira análise pode parecer possível que se estabeleça uma comparação entre ambos, como, por exemplo, entre a potência de seus motores. Tal comparação seria realizada entre dois veículos, ou seja, bens com a mesma finalidade, seria objetiva e facilmente comprovável a sua veracidade com dados científicos. Entretanto, os automóveis não estão na mesma

faixa de preço e nem na mesma faixa qualitativa. Apesar de ambos serem automóveis, estão em patamares diferentes.

Ainda, tal comparação não traria benefício algum ao consumidor no momento de decidir fazer a compra, afinal, é difícil imaginar uma situação onde o consumidor está em dúvida se adquire um Rio, da marca Kia, ou um 911, da Porsche.

O que essa publicidade poderia fazer, em verdade, seria trazer descrédito à Kia, ridicularizando a marca.

Sendo assim, apesar de serem possíveis comparações entre os veículos, uma publicidade comparativa entre eles seria, a princípio, ilícita, mas é claro que dependeria do anúncio, da análise do caso concreto para determinar a ilicitude de uma comparação entre características dos dois veículos.

Quanto a essencialidade dos elementos comparados, significa dizer que deverão ser comparados elementos que tenham influência direta na escolha do consumidor.

Lado a lado aos dois requisitos positivos apresentados acima, a publicidade comparativa também possui seus requisitos negativos, quais sejam a proibição do engano, da denegrição, da exploração indevida do prestígio alheio e de atos capazes de causar confusão.

Passaremos agora a um estudo individualizado dos requisitos negativos supra mencionados.

a) No que tange à proibição do caráter enganoso da publicidade comparativa, não significa somente a proibição de divulgar dados ou comparações falsas ou inexatas, mas, também, na proibição de que se faça uma publicidade, ainda que baseada em dados ou comparações verdadeiras, que de alguma forma possa suscitar falsas expectativas quando da análise do contexto global da publicidade<sup>125</sup>.

Como exemplo, Plaza nos traz a hipótese de uma lavanderia que, por intermédio de uma campanha publicitária, afirma que limpa as roupas mais rápido do que um determinado concorrente. Tal fato é, efetivamente, verídico. Entretanto, omite

---

<sup>125</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 371.

na publicidade que para se chegar a tal resultado é utilizado um produto químico bastante prejudicial ao tecido<sup>126</sup> e que, então, acaba por reduzir a vida útil das roupas. Tal informação é, com certeza, de suma importância para o consumidor no momento de realizar a escolha de qual lavanderia contratará.

O que se proíbe é, então, a comparação falsa, ambígua, que omita dado ou fato relevante ou mesmo aquela que, por qualquer meio, possa induzir o consumidor ao erro quanto ao produto ou serviço. Preza-se, sempre, pela veracidade das mensagens publicitárias, sejam elas comparativas, ou não.

b) Quanto a proibição do caráter denegritório, o que já foi dito por nós em tópico anterior, quando da análise dos requisitos de licitude, presentes no artigo 16.º do Código da Publicidade português, se mostra amplamente válido quando falamos sobre a publicidade comparativa no Brasil. O que se proíbe é a denegrição desnecessária ou “gratuita” do concorrente, isto é, aquela que vai além da ofensa que já existe de forma implícita em qualquer publicidade comparativa.

Isso significa dizer que, basicamente, toda a publicidade que se utilizar de comparações acabará, de alguma forma, trazendo um certo nível de prejuízo ao concorrente, ofendendo, por assim dizer, seu produto ou marca por intermédio da comparação.

A partir do momento em que o anunciante divulga, baseado em dados objetivos e comprováveis, que o seu produto ou serviço é melhor do que o do concorrente, automaticamente isso causa um descrédito, um prejuízo a este concorrente. Importante frisar, então, que este descrédito é inerente à publicidade comparativa e não é vedado. Veda-se o que for além do necessário, o exagero, a ofensa desnecessária<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> PLAZA, Anxo Tato. Breves notas en torno a la Directiva comunitária sobre la publicidade comparativa y su incidencia en el derecho español. **Base de Datos sobre Regulación Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol)**. Espanha, 1998, p. 9.

<sup>127</sup> Com o mesmo entendimento, Plaza: “toda comparación, por definición, implica un cierto grado de descrédito o denegración para el competidor afectado. Al fin y al cabo, el anunciante pretende comunicar al público de los consumidores las ventajas de su oferta frente a las desventajas de la oferta del competidor aludido. Este descrédito, sin embargo, debe ser admitido en la medida en que es inherente a una modalidad publicitaria esencialmente lícita. De donde se desprende que, en el ámbito de la publicidad comparativa, sólo se prohíbe, en definitiva, la denigración o el descrédito innecesarios; sólo se prohíbe, en definitiva, la denigración o el descrédito que vayan más allá de los implícitos en toda comparación publicitaria.” PLAZA, Anxo Tato. Breves notas en torno a la Directiva comunitária sobre la publicidade comparativa y su incidencia en el derecho español. **Base de Datos sobre Regulación**

Na denegrição, o caráter agressivo, a ofensa, é mais forte do que na publicidade comparativa lícita e este tipo de conduta emerge somente quando os limites da comparação são excedidos.<sup>128</sup>

Todas as comparações feitas em campanhas publicitárias trarão ao concorrente um certo nível de descrédito ao ver exposta a inferioridade dos seus produtos ou serviços, o que é aceitável. Mas não poderá o anunciante denegrir a imagem do concorrente sem que haja necessidade para tal, não poderá ir além do necessário para a veiculação da comparação publicitária<sup>129</sup>.

Será denegritória, também, a publicidade que deixar de informar sobre as características superiores do produto ou serviço do anunciante e focar apenas em indicar as falhas, defeitos e inferioridades do concorrente. Esse tipo de publicidade não objetiva impulsionar o anunciante devido à sua superioridade, mas sim trazer descrédito ao concorrente tentando excluí-lo do mercado e lhe possuir os clientes, excedendo os limites da publicidade comparativa lícita.<sup>130</sup>

Mas, diga-se que se tais afirmações forem verídicas, se o produto ou serviço do concorrente realmente apresentar os defeitos a ele atribuídos e se tal for passível de comprovação objetiva, essa informação veiculada por intermédio da publicidade comparativa irá, sem sombra de dúvidas, ter o condão de auxiliar os consumidores no momento de realizarem a compra.

Portanto, em nosso sentir essa publicidade, quando focada nos defeitos, falhas e inferioridades do concorrente, se estas forem verídicas e comprováveis, poderá ser lícita desde que haja, de fato, uma comparação entre as prestações do anunciante com as do concorrente e ainda, por mais que o foco principal da publicidade seja a inferioridade ou a falha da prestação do concorrente, deverá ter algum destaque para

---

**Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol).** Espanha, 1998, p. 22.

<sup>128</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa:** informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 209-210. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

<sup>129</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 374.

<sup>130</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa:** informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 209-210. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

a superioridade do anunciante, não sendo a campanha focada totalmente no concorrente.

Desta forma, em nosso entender, não será uma publicidade ilícita pois haverá, por certo, uma comparação e trará benefícios ao consumidor por intermédio das informações difundidas.<sup>131</sup> Por mais que haja um grande foco nas inferioridades do concorrente, nos defeitos de suas prestações, há, também, uma comparação e há a demonstração objetiva da superioridade do anunciante, além do cumprimento dos demais requisitos de licitude já tratados por nós em momento anterior.

Entretanto, se a publicidade focar apenas nos defeitos apresentados pela concorrência, sem realizar comparação atribuindo ao produto ou serviço do anunciante uma melhor qualidade, de forma objetiva e comprovável, aí então estaremos diante de uma publicidade ilícita em decorrência da finalidade única e exclusiva de denegrir a imagem do concorrente.

Durigan, por sua vez, entende que, ao primar por atacar as prestações dos concorrentes, colocando em primeiro plano os seus defeitos e não as qualidades das prestações do anunciante, a comparação não atinge a sua finalidade precípua, pois não seria dotada de conteúdo útil, teria o condão de, apenas, trazer confrontos para o mercado e não traria informações consistentes ao consumidor<sup>132</sup>. Entendimento este, conforme dito acima do qual não perfilhamos.

Resumidamente, se a publicidade apenas fizer alusão ao produto ou serviço do anunciante e focar em exaltar suas falhas, defeitos e inferioridades, será ilícita. Nem ao menos poderemos dizer se tratar de uma publicidade comparativa, pois não há, na verdade, qualquer comparação, há apenas um ataque ao concorrente.

Se houver, na publicidade, uma efetiva comparação entre as prestações do anunciante com as do concorrente, porém com foco único nas inferioridades do concorrente, entendemos se tratar de uma publicidade comparativa também ilícita,

---

<sup>131</sup> Entendimento também compartilhado por Carlos Olavo: OLAVO, Carlos. **Propriedade Industrial**. Sinais distintivos do comércio. Concorrência desleal. Coimbra: Almedina, 1997, p. 165.

<sup>132</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 212. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

pois há o elemento subjetivo único de ferir o prestígio e o nome do concorrente no mercado em detrimento da exaltação das próprias prestações.

Entretanto, se houver na publicidade uma efetiva comparação entre as prestações do anunciante com as do concorrente, mesmo que o enfoque maior seja nas inferioridades do concorrente e não nas superioridades do anunciante, mas tendo estas algum destaque, estaremos, a nosso entender, diante de uma publicidade comparativa lícita.

c) O terceiro requisito negativo é a proibição da exploração indevida de uma marca alheia.

A partir do momento em que consideramos lícita a publicidade comparativa não podemos imputar ao anunciante que cite ou faça referência, de alguma forma, ao concorrente em sua publicidade, violação ao direito de exclusivo do titular da marca.

Defender algo contrário seria um total contrassenso, ou, então, ter-se-ia que argumentar pela ilicitude da publicidade comparativa. É o que faz Pereira, asseverando que a partir do momento em que a publicidade comparativa reproduz, de alguma forma, a marca concorrente, utilizando seus produtos ou serviços com fins de comparação, estaria cometendo uma infração ao direito de propriedade marcária do titular, independe de ter ou não o condão de causar confusão no mercado e entre os consumidores<sup>133</sup>.

Coelho, por sua vez, defende que desde que não haja, na publicidade comparativa veiculada pelo anunciante, a possibilidade de o destinatário do anúncio vir a ser enganado nem a chance de que o mesmo confunda as marcas em questão, tomando uma pela outra, não haverá um ato de concorrência desleal e nem desrespeito à marca do concorrente, mas tão somente publicidade comparativa lícita<sup>134</sup>.

Quanto a nós, perfilhamos a opinião dominante na doutrina e na jurisprudência, qual seja a de que “havendo publicidade comparativa lícita, cumpridos todos os requisitos de objetividade, veracidade e concorrência leal, a mera referência ao nome

---

<sup>133</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 168.

<sup>134</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. v. 1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 363-365.

do concorrente, para fins de comparação de produtos ou serviços não deverá configurar violação”<sup>135</sup>, da mesma forma com relação aos produtos e quaisquer sinais distintivos.

A regulamentação legal inexistente sobre o tema no Brasil faz com que surja este tipo de discussão, a qual poderia ser facilmente tolhida editando-se uma Lei que, de forma oficial e cogente, transmitisse o entendimento já dominante na doutrina e na jurisprudência acerca da licitude da publicidade comparativa e seus requisitos.

Na União Europeia, para não dar qualquer margem a interpretações, a Diretiva 2006/114/CE, em seus Considerandos n.ºs 14 e 15<sup>136</sup>, afirma que:

(14) Todavia, pode ser indispensável, para uma efectiva publicidade comparativa, identificar os produtos ou serviços de um concorrente, através de referências à sua designação comercial ou a uma marca de que seja titular.

(15) A utilização da marca, da designação comercial ou de qualquer outra marca distintiva de outrem não infringe o direito exclusivo do titular, na medida em que se dê cumprimento às regras da presente directiva, já que o objectivo consiste apenas em acentuar objectivamente as respectivas diferenças.

Defendemos amplamente a posição adotada pelo legislador comunitário europeu, caso contrário, acabaríamos por inviabilizar a possibilidade de veiculação da publicidade comparativa.

Não nos parece lógico e nem mesmo possível que se permita a utilização de comparações nas campanhas publicitárias, mas, vede-se, ao mesmo tempo, identificar o concorrente pela marca, designação comercial ou qualquer outro sinal distintivo. Se esse fosse o caso, então, em verdade, a publicidade comparativa seria, na prática, proibida, mas tal proibição estaria disfarçada sob um manto de permissividade.

Dentro da doutrina portuguesa, Adelaide Menezes Leitão nos diz que o “emprego de uma marca ou de qualquer sinal distintivo na publicidade é lícito, não violando o círculo do direito de exclusivo, desde que vise unicamente a comparação

---

<sup>135</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 383.

<sup>136</sup> PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. **Diretiva 2006/114/CE, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa**. Jornal Oficial da União Europeia, L 376, 27 de dezembro de 2006. Disponível em <<http://data.europa.eu/eli/dir/2006/114/oj>>. Acesso em 01 de abril de 2018.

e não pretenda aproveitar-se do prestígio de outra marca”<sup>137</sup>. Veda-se que o anunciante explore indevidamente a boa reputação, o prestígio de que goza o concorrente, esse é o tipo de exploração proibida, desleal. O anunciante não pode se apropriar do prestígio alheio, o qual necessitou de anos no mercado, muito investimento e trabalho árduo para ser construído.

Então, consideramos que, dentro da publicidade comparativa que segue os requisitos de licitude elencados no artigo 32 do CBAP, se for feita referência ou citação expressa ao nome ou qualquer sinal distintivo do concorrente, com o fim único de se estabelecer a comparação, não haverá qualquer exploração indevida da marca alheia, mas apenas publicidade comparativa lícita.

A exploração indevida da marca alheia ocorrerá quando o anunciante objetivar utilizar a boa-fama que o concorrente goza junto ao mercado consumidor com a finalidade de autopromoção.

Em verdade, neste caso de aproveitamento indevido de marca alheia possivelmente não haveria uma publicidade comparativa, haja vista o anunciante não estar ressaltando as diferenças e qualidades superiores existentes no seu produto em relação ao do concorrente, mas tão somente assemelhando a sua prestação à da concorrência.

A partir do momento em que estabelecemos que a publicidade comparativa consiste na exaltação das diferenças positivas existentes no produto ou serviço do anunciante em relação ao de um ou mais concorrentes, o que ocorre no caso de haver assemelhação e não distinção, é apenas uma alusão ao concorrente, cuja marca sólida no mercado lhe “empresta” o prestígio que possui. Ou melhor, o anunciante furta o prestígio do concorrente.

Em nosso sentir, há aqui uma verdadeira publicidade alusiva, na modalidade adesiva, a qual comporta os casos em que o anunciante apenas equipara seus produtos ou serviços aos de um ou mais concorrentes, sendo estes últimos

---

<sup>137</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. In: **Direito Industrial, IV**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 237-266, *Apud* DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa: informação persuasiva e concorrência**. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 178. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

conhecidos por sua alta qualidade. Não há efetiva comparação objetiva demonstrando distinção, há apenas alusão, a citação de uma outra marca como se equivalente fosse a do anunciante.

A publicidade alusiva poderá revestir-se em publicidade ilícita e, portanto, adesiva, se visar tirar proveito do prestígio que o concorrente goza no mercado. Tais situações configuram um aproveitamento indevido da marca alheia, pois o anunciante alcançaria, por um “atalho”, de maneira mais fácil, o prestígio para a própria prestação. Isso ocorreria pela transferência das qualidades que são associadas a marca ou ao concorrente a que se faz alusão, gerando para o anunciante, também, uma economia de custos, pois seria necessário um investimento muito mais vultoso para que se fixasse no mercado esta boa imagem, alcançasse este mesmo patamar sem o aproveitamento desleal da notoriedade do concorrente<sup>138</sup>.

d) Por fim, o quarto e último dos requisitos negativos de licitude da publicidade comparativa é a proibição de causar confusão quanto à origem e qualidade dos produtos ou serviços, ou simplesmente proibição dos atos de confusão.

Dizer que a publicidade comparativa não poderá gerar confusão, em um primeiro momento, pode parecer um contrassenso. Ora, a publicidade comparativa já é feita visando destacar os atributos do produto ou serviço do anunciante em detrimento do concorrente. Ou seja, faz uma distinção entre anunciante e concorrente, o que vai no sentido totalmente contrário de fazer confusão entre produtos, serviços, marcas e outros sinais distintivos.

Pois bem, explica Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, com a clareza que lhe é habitual, o que se quer dizer com “proibição de confusão”:

Trata-se, no entanto, de requisito que especifica um dos deveres gerais de não enganabilidade, proibindo-se as mensagens comparativas confusas, assim entendidas aquelas que impedem os consumidores de bem distinguir a identidade das empresas e a proveniência dos produtos e dos serviços anunciados. Uma publicidade comparativa confusionista é uma publicidade que não foi redigida de modo suficientemente claro e que, devido a essa falha de comunicação, suscita um engano ou uma falsa impressão nos consumidores atingidos.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 388.

<sup>139</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 391.

A confusão a que aqui nos referimos é o risco de que a mensagem publicitária cause imprecisão nos destinatários no sentido de acreditarem que o anunciante é, na verdade, o próprio concorrente. Confundir os produtos do anunciante com os do concorrente, de modo que o público alvo entenda que “um é o outro”, tome um pelo outro.

A mensagem tida como confusa é aquela capaz de induzir o consumidor a uma falsa percepção acerca do anunciante, seja de seus produtos ou sua identidade enquanto empresa, por meio da confundibilidade de *slogans*, signos ou qualquer outro elemento distintivo marcário. “Diversas ações podem, pois, ingressar nesse conceito, tendentes sempre, mediante assemelhação indevida, a afastar-se a diversificação natural dos produtos e, assim, atrair clientela alheia.”<sup>140</sup>

Como exemplo, podemos citar um anunciante que, após levar à cabo uma comparação por intermédio da publicidade, adota um *slogan* e uma embalagem extremamente parecida com a do concorrente. Suponhamos que ambos sejam fabricantes de essência para banho. Isso poderá fazer com o que consumidor, ao comprar o produto, compre o do anunciante pensando estar comprando o do concorrente, que já lhe é conhecido. Isso ocorre pois o consumidor foi induzido à confusão devido ao *slogan* constante na embalagem e também às suas cores, extremamente parecidas aos da marca concorrente cuja comparação foi feita.

Temos que ter claro, porém, que para a caracterização da publicidade confusionista não basta a simples utilização de sinais e expressões comuns, nomeadamente as não registráveis, como letras, palavras, números e cores. É preciso que seja feita a análise de todo o arcabouço fático inerente à situação concreta apresentada.

Tais atos de confusão são conhecidos na doutrina inglesa por *passing off* e nos Estados Unidos por *trade dress*, que no Brasil foi livremente traduzido como “conjunto-imagem”. Seria algo como uma empresa se “vestir” com a roupagem de outra, utilizando os elementos de um concorrente para identificar a sua marca, o que teria o condão de gerar confusão no público consumidor.

---

<sup>140</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Concorrência Desleal**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54.

Essa proibição se aplica mesmo que anunciante e concorrente não ocupem o mesmo nicho de mercado, não atuem no mesmo ramo de atividade. Poderia o consumidor, neste caso, entender que a empresa mais antiga expandiu suas atividades, sua linha de produtos, para outro ramo, mantendo, por exemplo, *slogan* e as cores e formas já utilizadas, quando na verdade estamos falando de uma nova empresa que não guarda qualquer relação com a concorrente que vem ao imaginário do consumidor.

Como exemplo, podemos citar o caso das famosas balas TIC TAC, marca conhecida não somente no Brasil, mas em diversos países. O litígio foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e envolvia o registro de uma marca de chocolates com o nome TIC TAC.

Em sua decisão, o STJ afastou a tentativa de registrar, para outro segmento, a marca TIC TAC sob o risco de confusão com a já consagrada marca de balas. Entendeu o Tribunal, nas palavras do Ministro Relator, Paulo de Tarso Sanseverino, que:

O risco, na hipótese, não é de confusão de produtos, já que ninguém compraria biscoitos pensando tratar-se de balas. O risco refere-se, em verdade, à associação das marcas. Com efeito, é perfeitamente razoável supor que o consumidor das pastilhas TIC TAC, ao se deparar com os biscoitos TIC TAC, imaginará que provém do mesmo fabricante. Assim, a identificação do produto, da marca já registrada, ainda que pertencente a outra classe, pode ser interpretada, em uma hipótese como a presente, como uma expansão da linha de produtos do fabricante.<sup>141</sup>

Repare-se que o proprietário da marca de biscoitos TIC TAC não pretendia tirar proveito do prestígio existente na já conhecidíssima marca de pastilhas TIC TAC, não foi esse o motivo pelo qual lhe foi negado o registro, mas sim por que poderia causar nos consumidores uma confusão quanto à origem do produto.

Entendemos que, indiretamente, mesmo sem ter a intenção, a marca de biscoitos TIC TAC poderia, sim, se aproveitar do prestígio da marca de pastilhas e isso ocorreria a partir do momento em que o consumidor errasse ao entender tratar-se de produtos distintos, mas da mesma marca. Ou seja, por intermédio da confusão

---

<sup>141</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.340.933 – SP de 17/03/2015, Terceira Turma, Ministro Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. In: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43872396&num\\_registro=201201815525&data=20150317&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43872396&num_registro=201201815525&data=20150317&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em 9 de abril de 2020.

gerada no consumidor, acabaria ocorrendo, também, uma exploração indevida de prestígio pois a marca de biscoitos TIC TAC estaria auferindo lucros junto à consumidores que pensavam estar adquirindo os biscoitos da mesma marca que fabrica as pastilhas TIC TAC, já bastante antiga no mercado e dotada de algum prestígio devido à confiabilidade e qualidade dos produtos que entrega ao consumidor, quando, em verdade, seriam marcas diversas.

Ocorreu a confusão, mas, também, na prática, poderia ter ocorrido, também, a exploração de prestígio, mesmo que esta não fosse a intenção do anunciante (marca de biscoitos TIC TAC).

Os sinais distintivos visam conferir “segurança e adequada informação da procedência e qualidade dos produtos ofertados”<sup>142</sup>, servindo, desta maneira, tanto ao titular da marca para promover-se e tornar-se conhecido, quanto ao consumidor, que por intermédio daquele sinal reconhece a qualidade inerente a determinada marca.

Não podemos confundir os atos de confusão com a exploração de prestígio alheio.

Quando falamos em atos de confusão o anunciante tenta, de alguma forma, atrelar a sua marca à outra já existente, busca que o consumidor leve “uma pela outra”.

Enquanto na exploração de prestígio o anunciante diferencia de forma clara a sua marca da outra já existente, porém tenta criar um elo de ligação entre ambas para, assim, tirar proveito indevido do renome e prestígio que o concorrente goza no mercado e perante os consumidores.

Conforme dito acima, poderá ocorrer, em um mesmo caso, a existência de confusão que gera uma exploração de prestígio, na qual faltará o elemento subjetivo de querer o anunciante beneficiar-se às custas do concorrente. Neste caso, poder-se-á entender pela não caracterização da exploração indevida de prestígio devido à falta do elemento subjetivo, mas terá havido, sem sombra de dúvidas, enriquecimento sem causa, em decorrência da confusão gerada no público consumidor, a qual foi o único

---

<sup>142</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 128-130.

motivo de o anunciante ter auferido maiores lucros com sua marca recém chegada ao mercado.

Como podemos notar, a autorregulamentação brasileira se aproxima bastante do que preconiza a lei portuguesa acerca da publicidade comparativa. Porém, ainda existem lacunas deixadas pelo CBAP e que, pouco a pouco, estão sendo colmatadas pela jurisprudência. Mas, apesar da grande similitude, há dissonâncias entre os sistemas legal português e autorregulamentar brasileiro, que serão analisadas no momento oportuno.

A seguir, analisaremos as formas de se identificar um concorrente. Tal poderá ser feito de forma explícita na mensagem publicitária, citando o concorrente, demonstrando efetivamente de quem se trata, ou de maneira implícita, de uma forma que o público, em sua grande maioria, consiga identificar de quem se está a falar na publicidade, com qual ou quais concorrentes são feitas as comparações.

#### **4. DAS ESPÉCIES DE PUBLICIDADE COMPARATIVA**

Como dissemos anteriormente, a publicidade comparativa é aquela que identifica, implícita ou explicitamente, um concorrente e estabelece uma comparação entre as prestações do anunciante com as do concorrente.

Desta forma, passemos agora a analisar as duas espécies de publicidade comparativa, quais sejam a publicidade comparativa explícita e a publicidade comparativa implícita.

##### **4.1. PUBLICIDADE COMPARATIVA EXPLÍCITA**

No que toca à publicidade comparativa explícita, a mesma não apresenta maiores dificuldades de ser identificada. Ocorrerá quando uma campanha publicitária fizer menção, de forma direta, a produtos do anunciante e do concorrente, comparando-os, salientando as vantagens do produto ou serviço do anunciante.

A referida menção de forma explícita poderá se dar por intermédio de citação direta do nome do concorrente, por imagens do seu estabelecimento comercial, menção à marca ou a algum outro sinal distintivo que deixe claro, de maneira inequívoca, sobre quem se está a falar para todos os que tiverem contato com a aludida publicidade.

#### 4.2. PUBLICIDADE COMPARATIVA IMPLÍCITA

Diferentemente do que ocorre com a publicidade comparativa explícita, aqui, na forma implícita, poderá haver certa dificuldade na sua identificação.

Primeiramente, cumpre destacar que a publicidade comparativa implícita se dará quando, em uma campanha publicitária, houver comparação entre prestações do anunciante com as do concorrente, sem, contudo, lançar mão de algum dos recursos comentados no tópico anterior, como a designação comercial, a fachada do estabelecimento ou o signo distintivo.

Para que a publicidade comparativa seja considerada implícita ela deverá fazer uma referência inequívoca ao concorrente que se quer identificar, de tal forma que todo o público consumidor alvo da mensagem publicitária consiga efetivar essa identificação, entender a referência feita.

Conforme lição de Lucia Ancona Lopez Magalhães Dias:

Não é qualquer menção genérica a concorrentes que enseja uma hipótese de publicidade comparativa implícita e inequívoca ou, como preferem denominar os italianos, direta *per relationem*. Para tanto, é fundamental que os consumidores estejam em condições de identificar, com facilidade, as

empresas ou os bens e serviços que suportam a comparação; que reconheçam que se trata de um concorrente ou produto em particular.<sup>143</sup>

Para melhor elucidar o tema, exemplifiquemos utilizando uma campanha publicitária bastante famosa que foi veiculada nos Estados Unidos. A rede de restaurantes *fast food* *Burguer King* fez uma campanha publicitária onde utilizava o palhaço de um filme de terror bastante famoso, o filme "*It*".<sup>144</sup>

Nesta publicidade apareciam os seguintes dizeres: "nunca confie em um palhaço"<sup>145</sup>, em uma clara alusão ao concorrente *McDonald's*, que tem como grande símbolo o palhaço Ronald McDonald. Este exemplo se encaixa perfeitamente em uma publicidade onde o concorrente é identificado de maneira implícita por intermédio de referência por todos identificável.

Importante salientar, também, que em casos de duopólios, onde apenas dois concorrentes detêm praticamente todo o mercado consumidor, a publicidade poderá ser entendida como uma publicidade comparativa implícita mesmo que não haja qualquer forma, qualquer espécie de menção na campanha capaz de identificar o concorrente.

Isso ocorre pelo motivo de que o público consumidor conseguirá identificar, facilmente, na comparação, o concorrente da empresa anunciante, haja vista, conforme dito acima, tratar-se de um nicho de mercado onde existem apenas duas empresas no ramo, ou, havendo mais, que somente duas delas respondam pela maioria esmagadora do mercado.

O mesmo raciocínio se aplica quando para os casos de oligopólios, quando houver mais do que apenas dois concorrentes de relevo, mas ainda em número estritamente limitado, pelo qual é possível ao consumidor identificar todos eles na comparação, mesmo que a eles não se faça qualquer alusão.

---

<sup>143</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 353.

<sup>144</sup> O filme publicitário está disponível em < <https://www.dailymotion.com/video/x64ab8i>>. Acesso em 02 de abril de 2020.

<sup>145</sup> Never trust a clown, tradução nossa.

## 5. DISTINÇÕES ENTRE PUBLICIDADE COMPARATIVA E ESPÉCIES PUBLICITÁRIAS AFINS

Assim como a publicidade comparativa é uma espécie, um ramo dentro da publicidade, existem outras espécies que, por vezes, se parecem com a publicidade comparativa, mas que com ela não se confundem.

Por oportuno, importante lembrarmos do conceito estabelecido acerca da publicidade comparativa como: será comparativa a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços por ele oferecidos e efetua comparações entre os mesmos e as prestações do anunciante, dando a estas algum relevo.

Desta feita, veremos a partir de agora algumas outras espécies publicitárias e como não as confundir com a publicidade comparativa.

### 5.1. PUBLICIDADE COMPARATIVA X PUBLICIDADE DE TOM PESSOAL

Considera-se publicidade de tom pessoal aquela em que o anunciante faz referência às características pessoais do concorrente, tais como raça, cor, credo ou religião.

Novoa afirma que *“cuando en los anuncios de un empresario se alude a la conducta o a las características personales del competidor, la publicidad adquiere evidentemente un tono personal”*<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> NOVOA, Carlos Fernández. **Estudios de derecho de la publicidad**. Santiago de Compostela: Servicio de publicaciones da Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 94.

Como exemplo, podemos utilizar um comerciante que, na mesma rua, possui um concorrente de origem islâmica e, na sua publicidade, faz referência à origem do concorrente ligando-a ao terrorismo.

No tocante à distinção entre a publicidade comparativa e a publicidade de tom pessoal, a mesma remonta ao início do século XX.

Ainda no ano de 1917 o doutrinador alemão Josef Kohler chamou de publicidade de tom pessoal qualquer publicidade onde o anunciante fizesse referência tanto às características pessoais do concorrente, quanto aos seus produtos ou serviços.

No começo dos anos de 1930 é que a terminologia passou a ser criticada, em especial por outro doutrinador alemão, qual sejam Wilhelm Nolting-Hauff<sup>147</sup>.

Desta maneira, considerando-se as críticas de Nolting-Hauff, a publicidade de tom pessoal passa a ser conhecida como aquela que se dirige às características pessoais do concorrente. Assim sendo, a publicidade que faz uma comparação entre as prestações do anunciante e do concorrente passa a ser chamada de publicidade comparativa. A nova nomenclatura foi amplamente aceita pela doutrina e subsiste até os dias de hoje.

Apesar de, aparentemente, não haver maiores complicações no momento de fazer a distinção entre uma publicidade de tom pessoal e uma publicidade comparativa, podem haver determinados casos em que se encontre certa dificuldade. Por esta razão há que se analisar cada caso concreto com o intuito de entender em qual sentido o público alvo recebeu a mensagem, se como uma verdadeira comparação entre prestações ou como um ataque pessoal ao concorrente.

Em suma, ambas as formas publicitárias se distinguem pelo objeto de “ataque”. Enquanto a publicidade comparativa volta suas forças para os produtos e serviços do concorrente, a publicidade de tom pessoal visa ofender características pessoais deste.

Tanto em Portugal quanto no Brasil há a proibição de que se faça publicidade de tom pessoal, sem usar, entretanto, a mesma nomenclatura. Vejamos.

---

<sup>147</sup> PLAZA, Anxo Tato. **La publicidade comparativa**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 43.

O Código da Publicidade português traz a proibição no n.º 2, alíneas “c” e “d” do artigo 7º, sob o manto do princípio da licitude, o qual proíbe a publicidade que atente contra a dignidade da pessoa humana ou que contenha qualquer tipo de discriminação<sup>148</sup>.

Claramente, uma publicidade onde se faça referência às características pessoais do concorrente, tais como a raça, cor, credo, origem e afins, tem o intuito de discriminar o concorrente, de denegrir sua imagem pessoal para, assim, causar um impacto negativo no olhar do público frente aos produtos oferecidos por este concorrente.

Ainda, o n.º 2, alíneas “b” e “c” do artigo 16.º do Código da Publicidade asseveram que a publicidade comparativa deverá comparar bens ou serviços e que essa comparação deverá recair sobre as características essenciais dos mesmos. Ou seja, não será publicidade comparativa lícita aquela que comparar ou utilizar características pessoais do concorrente com o afã de prejudica-lo.

Caso haja uma publicidade comparativa em princípio lícita, que faça a comparação entre as prestações do anunciante e as do concorrente, mas, também se utilize, de forma pejorativa, de alguma característica pessoal deste, a publicidade se tornará, então, ilícita, nos termos do n.º 2 do artigo 7.º do CP.

Já no Brasil, a publicidade de tom pessoal é proibida pelo Código de Defesa do Consumidor, que no §2º do artigo 37 afirma ser proibida toda publicidade que seja discriminatória de qualquer natureza, explore o medo ou a superstição, dentre outras. Em *terrae brasilis* tal fenômeno é conhecido pelo nome de publicidade abusiva<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> Segue a redação do n.º 2 do artigo 7º do Código da Publicidade: 2 - É proibida, nomeadamente, a publicidade que:

- a) Se socorra, depreciativamente, de instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricas;
- b) Estimule ou faça apelo a violência, bem como a qualquer actividade ilegal ou criminosa;
- c) Atente contra a dignidade da pessoa humana;
- d) Contenha qualquer discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo;
- e) Utilize, sem autorização da própria, a imagem ou as palavras de alguma pessoa;
- f) Utilize linguagem obscena;
- g) Encorage comportamentos prejudiciais a protecção do ambiente.
- h) Tenha como objecto ideias de conteúdo sindical, político ou religioso.

<sup>149</sup> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

(...)

§ 2º 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

## 5.2. PUBLICIDADE COMPARATIVA X PUBLICIDADE ADESIVA

A publicidade adesiva pode ser definida como aquela em que o anunciante equipara seus produtos ou serviços com os produtos ou serviços de um ou alguns concorrentes, pretendendo fazer uso do prestígio que estes gozam no mercado<sup>150</sup>.

Nos casos em que a publicidade identificar produto, serviço ou marca alheia, sem, no entanto, fazer uma comparação que vise distinguir as prestações do anunciante com as do concorrente, mas assemelhando-as, a bem da verdade não estaremos, ao nosso entender, diante de uma publicidade comparativa, mas sim de uma publicidade adesiva.

A partir do momento em que não foram feitas confrontações visando a distinção das prestações, mas sim a utilização do nome e da reputação de um concorrente para impulsionar a sua própria, assemelhando as suas prestações às do concorrente, poderemos estar diante de uma situação de concorrência desleal em razão da exploração indevida de prestígio<sup>151</sup>.

Nesta espécie de publicidade o anunciante vai frisar as semelhanças entre o produto que ele oferece ao consumidor e o produto do concorrente para, desta forma, alavancar o próprio produto através da notoriedade e confiança que o concorrente possui junto ao público.

Enquanto na publicidade comparativa o anunciante ressalta as diferenças e vantagens das suas prestações, na publicidade adesiva o anunciante ressalta as semelhanças existentes, configurando a exploração indevida de prestígio.

---

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.

<sup>150</sup> PLAZA, Anxo Tato. **La publicidade comparativa**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 45.

<sup>151</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 386.

### 5.3. PUBLICIDADE COMPARATIVA X PUBLICIDADE ALUSIVA

Publicidade alusiva foi uma terminologia criada com o intuito de abarcar as três modalidades publicitárias vistas acima, quais sejam a publicidade comparativa, a publicidade de tom pessoal e a publicidade adesiva.

Veja-se que todas as três formas publicitárias citadas têm como característica em comum fazerem referência a um ou mais concorrentes, seja aos seus produtos, serviços ou mesmo características pessoais, tanto destacando as diferenças existentes, como as semelhanças, como de qualquer outra forma aludindo a um ou mais concorrentes identificados ou identificáveis.

Podemos dizer, então, que a publicidade comparativa e a publicidade alusiva se encontram em uma relação de espécie e gênero<sup>152</sup>. A publicidade comparativa, assim como a publicidade de tom pessoal e a publicidade adesiva, constituem espécies de publicidade alusiva.

Sendo assim, publicidade alusiva é toda aquela onde há referência, alusão, a um ou vários concorrentes, comparando produtos, serviços, seja demonstrando suas diferenças ou estabelecendo semelhanças, ou, ainda, destacando características pessoais do concorrente.

Mister frisar que situações de publicidade alusiva que comportam exploração indevida do prestígio alheio em benefício próprio poderão dar ensejo à concorrência desleal em virtude da transferência ao anunciante de toda representação positiva que o público tem do concorrente, com uma grande economia dos custos que teriam sido necessários para que o anunciante fixasse, por sua própria conta, o mesmo prestígio já atingido pelo concorrente<sup>153</sup>. Da mesma forma, poderá ser alusiva e caracterizar a concorrência desleal aquela publicidade que acabe por denegrir o concorrente ou a que venha a causar confusão no mercado ou entre os consumidores.

---

<sup>152</sup> PLAZA, Anxo Tato. **La publicidade comparativa**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 49.

<sup>153</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 388.

#### 5.4. PUBLICIDADE COMPARATIVA X PUBLICIDADE DE TOM EXCLUDENTE

Outro tipo publicitário que deve ser diferenciado da publicidade comparativa é a publicidade de tom excludente.

Esta espécie publicitária pode ser conceituada como sendo toda a alegação de cunho informativo e comprovável, levada a sério pelo público alvo e na qual se traz à lume que a empresa anunciante ocupa uma posição dominante no mercado<sup>154</sup>.

Lema Devesa afirma que a publicidade de tom excludente é toda afirmação não exagerada e objetivamente comprovável que passará a mensagem de que o anunciante ocupa uma posição no mercado que não é possível de ser alcançada por qualquer outro competidor<sup>155</sup>.

Então, na publicidade de tom excludente não existe uma comparação entre as prestações do anunciante com as prestações de algum concorrente. O anunciante apenas irá elucidar, por intermédio da publicidade, a posição de supremacia que ocupa no mercado.

A publicidade de tom excludente poderá ou não identificar concorrentes, portanto, poderá ou não ser englobada como uma publicidade alusiva. Ao apenas mencionar a sua posição de dominância no mercado, sem tornar identificável qualquer concorrente, não haverá publicidade alusiva, mas somente publicidade de tom excludente. Entretanto, se ao afirmar a sua predominância identificar concorrentes, teremos uma publicidade alusiva de tom excludente.

Analisando-se conjuntamente os conceitos apresentados acima sobre publicidade de tom excludente e publicidade comparativa, a diferença entre as duas eleva-se sobremaneira.

---

<sup>154</sup> DEVESA, Carlos Lema. **La publicidad de tono excludente**. Madrid: Montecorvo, 1980, p. 422, *Apud* PLAZA, Anxo Tato. **La publicidad comparativa**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 50.

<sup>155</sup> DEVESA, Carlos Lema. **Problemas jurídicos de la publicidad**. Estudios jurídicos del Prof. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 24.

Enquanto na publicidade de tom excludente o anunciante apenas afirma sua posição dominante no mercado, podendo ou não identificar ou tornar identificável um ou mais concorrentes e sem realizar qualquer comparação, a publicidade comparativa, como o próprio nome sugere, compara produtos ou serviços do anunciante com os de concorrentes determinados ou determináveis, demonstrando as vantagens das prestações do anunciante.

Frisamos que a publicidade de tom excludente se submete inteiramente ao princípio da veracidade, podendo, desta forma, se revestir de plena licitude. Então, a partir do momento que um anunciante efetua uma campanha publicitária afirmando que sua empresa é “a líder de vendas no mercado” ou “a empresa líder” de determinado segmento, tais afirmações, se caracterizarem publicidade de tom excludente, deverão ter o condão de serem objetivamente comprováveis. Tal comprovação poderá se dar por intermédio de divulgação de dados financeiros, como balanços e balancetes, de dados de crescimento da empresa, expansões, número de vendas, aumento do valor das ações em bolsa, dentre outras formas capazes de demonstrar a sua superioridade frente à concorrência.

Se não houvesse a submissão da publicidade de tom excludente ao princípio da veracidade uma alegação falsa de supremacia no mercado poderia induzir o consumidor a ter um comportamento econômico que não teria diante de uma empresa que não fosse a líder naquilo que faz, nesse caso a publicidade apresentaria um potencial enganoso<sup>156</sup>.

Utilizemos um exemplo para entender melhor: pensemos em um nicho de mercado dotado de vários concorrentes que apresentam para a venda basicamente o mesmo produto, onde um desses concorrentes possui, no produto em questão, um preço mais elevado que os demais competidores. Em sua publicidade, esse concorrente que tem o maior preço coloca-se como a marca líder no mercado, ocupando uma posição de supremacia com relação aos demais. Essa supremacia poderá incutir no consumidor a ideia de que o produto daquele anunciante possui uma qualidade mais elevada do que os demais, por essa razão chegou a ocupar a posição de líder no mercado, justificando-se, assim, o preço mais elevado.

---

<sup>156</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 339.

Se a informação acerca da supremacia não for verdadeira e objetivamente comprovável o consumidor terá sido induzido ao erro, despendendo mais dinheiro do que o necessário para comprar um produto que poderá não ser superior ao da concorrência, de uma marca que, na verdade, não era dominante no mercado. Ou seja, o preço mais elevado não se justificaria.

O caso apresentado acima configuraria, então, um genuíno caso de publicidade enganosa haja vista a indução do consumidor em erro e a falsa veiculação de informação.

Há, entretanto, quem entenda que a publicidade de tom excludente é, em verdade, uma publicidade comparativa onde o anunciante compara suas prestações com todo o restante do mercado<sup>157</sup>. Quem defende esta corrente de pensamento considera que quem se autoafirma o líder em seu nicho de mercado, mesmo que sem fazer alusão a outros concorrentes, estaria, na verdade, realizando uma comparação genérica com todos os demais, afirmando indiretamente que, ao ser o líder, teria, necessariamente, melhores produtos ou serviços do que os concorrentes, e, portanto, ao fazer tal afirmação teria que comprovar de forma objetiva a referida comparação genérica nos termos já elucidados para que fique caracterizada a licitude da publicidade comparativa.

A nós essa linha de pensamento não parece correta, vez que entendemos que a publicidade comparativa deve identificar, ou ao menos tornar identificável, um ou alguns concorrentes, além, é claro, de efetivamente levar à cabo uma comparação entre os produtos e serviços do anunciante com os do concorrente. Não entendemos que a simples afirmação de supremacia possa caracterizar uma comparação frente aos demais concorrentes.

Ainda, mesmo que se adotasse a linha de pensamento de que a publicidade de tom excludente se caracteriza em verdadeira publicidade comparativa, pois a afirmação de supremacia seria entendida como uma comparação genérica, a partir do

---

<sup>157</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 110. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

momento em que uma publicidade faz comparação com todo o restante do mercado não se mostra possível individualizar e identificar os competidores.

Fica inviável, neste cenário, a comprovação objetiva de que o produto ou serviço do anunciante é, de fato, por exemplo, o melhor do mercado.

Então, diante de tal impossibilidade de realizar essas comparações que seriam feitas de forma indireta a partir do momento em que o anunciante afirma a sua superioridade no mercado, diante da impossibilidade de se comprovar de forma objetiva que as prestações do anunciante são melhores do que a de todos os concorrentes e que por esta razão ele, anunciante, é o líder de mercado, toda e qualquer publicidade que afirmasse que determinada empresa é a “empresa líder do mercado” seria, de antemão, ilícita, diante da impossibilidade fática de se fazer a prova objetiva de que suas prestações são, de fato, melhores do que a de todos os concorrentes existentes e que, em decorrência dessa supremacia de prestações a empresa é, realmente, a líder no mercado.

Mereceriam ressalvas, unicamente, os nichos mercadológicos nos quais podemos encontrar duopólios ou oligopólios, casos em que poderia se tornar possível levar a cabo a comparação entre todas as prestações existentes, haja vista o número extremamente reduzido de concorrentes atuando naquele mercado específico.

Não concordamos que uma empresa, para se afirmar líder de um determinado segmento de mercado, tenha que demonstrar, objetivamente, possuir melhores produtos ou serviços do que todos os seus concorrentes. Mas sim, uma empresa que se denomina líder no mercado deverá comprovar de forma objetiva tal posição por intermédio de outras espécies de dados, nos termos ditos acima, sendo que poderá ser a líder de vendas mesmo que não tenha os melhores produtos do mercado.

Deveremos atentar-nos, ainda, para que a publicidade de tom excludente não configure predação. No entender de Durigan, “o predador tenciona liquidar rapidamente seu concorrente.”<sup>158</sup> A predação tratada pelo autor é, em verdade, o uso

---

<sup>158</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 231. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

desmensurado da força, por intermédio, geralmente, do abuso do poder econômico ou tráfico de influência, no intuito de eliminar os concorrentes do mercado.

Para que esteja configurada a publicidade predatória, deverá haver a infringência aos princípios da livre e leal concorrência e à proteção da propriedade industrial. Ou seja, a publicidade predatória é, diferentemente da mera publicidade de tom excludente, uma forma ilícita de fazer publicidade.

Ressalva-se, por fim, para que não se confunda publicidade de tom excludente com publicidade hiperbólica, também chamada de superlativa. Naquela uma empresa afirma ser a líder de um determinado segmento, devendo tal afirmação estar de acordo com a verdade, pois assim será entendida pelo consumidor. Nesta, o anunciante publicita que possui “o melhor produto do mundo”, de forma que a publicidade superlativa não se submete ao princípio da veracidade pois não é tomada como tal pelo consumidor.

## 5.5. PUBLICIDADE COMPARATIVA X AUTO COMPARAÇÃO

A auto comparação pode ser definida como a forma publicitária em que o anunciante demonstra a superioridade de uma prestação atual sua, comparando-a, de forma objetiva e comprovável, com o produto anterior que ele mesmo, anunciante, comercializava, que corresponda às mesmas necessidades e esteja no mesmo patamar<sup>159</sup>.

Na auto comparação, como o próprio nome sugere, o anunciante compara apenas produtos comercializados ou fabricados por si, sem fazer referência a qualquer concorrente, sendo esta a diferença entre as modalidades publicitárias aqui postas em causa.

Entretanto, há que se ter atenção pois é possível que exista uma publicidade comparativa travestida de auto comparação. Ou seja, na auto comparação poderá

---

<sup>159</sup> DEVESA, Carlos Lema. **La publicidad de tono excludente**. Madrid: Montecorvo, 1980, p. 422, *Apud* PLAZA, Anxo Tato. **La publicidad comparativa**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 52.

estar “escondida” uma publicidade comparativa, caso em que deveremos atentar para os seus requisitos de licitude.

Para melhor entender, utilizaremos um exemplo prático: a empresa anunciante, doravante denominada “X”, possui um produto no mercado e realiza uma publicidade comparativa entre o seu produto e os produtos equivalentes de alguns concorrentes determinados ou determináveis. O resultado é que o produto de X é um pouco superior aos demais.

Ato contínuo, a empresa X retira do mercado o produto que havia utilizado para fazer as comparações com os concorrentes, substituindo-o por uma nova geração do mesmo produto, repaginado, mas que corresponda às mesmas necessidades do existente anteriormente e ocupando o mesmo patamar. É, simplesmente, um modelo novo, mais completo, atualizado e mais tecnológico.

A empresa X, então, promove uma nova campanha publicitária, desta vez tendo como alvo o novo produto recém lançado, comparando-o, porém, com o seu próprio produto antigo, demonstrando, como resultado das comparações levadas à efeito, que o novo produto está em um nível acima do comercializado anteriormente, que possui qualidade bastante superior.

Neste exemplo, poderá haver publicidade comparativa velada pois o público alvo da mensagem poderá entender, por intermédio da auto comparação, que há, também, uma comparação do novo produto com os disponibilizados no mercado pelos concorrentes. Isso ocorreria devido à ligação que os consumidores fariam entre a auto comparação e a publicidade comparativa realizada anteriormente.

O próprio público é que seria induzido a fazer a comparação do novo produto lançado pelo anunciante com os demais concorrentes listados na campanha publicitária veiculada pela empresa X do produto antigo. Ou seja, a publicidade comparativa seria efetivada pelos consumidores a partir da auto comparação.

Até aqui não haveria nenhum grau de ilicitude. Tanto a auto comparação quanto a publicidade comparativa são mecanismos lícitos. Porém, a auto comparação poderia, por exemplo, denegrir a imagem e as características do produto antigo, fazendo-o com ofensividade excessiva e, nesse diapasão, poderíamos estar, na verdade, diante de uma publicidade comparativa totalmente ilícita pois o público

consumidor poderia vir a entender que as ofensas excessivas se dirigiam, também, para os produtos dos concorrentes. Afinal, por simples lógica, os consumidores poderiam inferir que se antes da atualização o produto do anunciante já era superior, agora que foi atualizado ele é muito superior aos demais. Portanto, esta ofensividade excessiva presente na auto comparação seria transferida, pelos próprios destinatários da mensagem, para os produtos dos concorrentes, gerando, desta forma, uma publicidade comparativa que estaria denegrindo excessivamente, em um tom acima do permitido pela modalidade publicitária, tanto a imagem empresarial quanto os produtos da concorrência.

Para identificar se, no caso concreto, existe uma publicidade comparativa camuflada de auto comparação, há que se analisar a reação dos consumidores. Se os mesmos entenderem haver referência aos concorrentes na auto comparação, a publicidade será comparativa, suscitando a necessidade de análise de todos os seus elementos e requisitos para concluir-se acerca da licitude ou não da publicidade em questão. Tudo dependerá de uma análise *in concreto*.

## 5.6. PUBLICIDADE COMPARATIVA X PUBLICIDADE SUPERLATIVA

Se mostra de grande importância a distinção entre a publicidade comparativa e a publicidade conhecida por superlativa, hiperbólica ou *puffing*. De forma simplificada, nada mais é do que o mero exagero publicitário.

Conforme se verá a partir de agora, existem duas formas de entender a publicidade superlativa: a) como fazendo parte da publicidade comparativa; e b) de forma autônoma, constituindo ela uma outra modalidade de publicidade, a qual não necessita preencher os requisitos de licitude da publicidade comparativa para que seja considerada lícita.

Quanto à publicidade comparativa já está clara a sua definição, bem como quais são os requisitos de licitude, tanto no Brasil quanto em Portugal. Ambos os países, aliás, com normatizações até certo ponto semelhantes acerca do tema.

Porém, neste momento, veremos uma diferença de certa forma acentuada entre o tratamento dado ao tema nas doutrinas brasileira e portuguesa nomeadamente no que tange ao *puffing*.

A publicidade superlativa nada mais é do que o exagero publicitário o qual é facilmente percebido pelo consumidor médio. O exagero aqui tratado não tem vocação para induzir o consumidor em erro, não será uma desinformação prejudicial ao consumidor nem ao restante do mercado, quando efetivada da forma correta. Fusi, Testa e Cotaffavi definem a publicidade superlativa como “a afirmação publicitária consistente em um evidente *exagero da verdade*, por todos reconhecível como tal, e, portanto, incapaz de levar ao engano mesmo o consumidor mais desavisado”.<sup>160</sup>

Para um entendimento mais facilitado do tema, utilizemos o seguinte exemplo: a partir do momento que um anunciante afirma, em sua campanha publicitária, que tem “o melhor bolo de chocolate do mundo” ele está em verdade dizendo que o seu bolo é melhor do que o de todos os demais concorrentes que existem na face da terra. Podemos dizer que, de certa forma, há uma comparação genérica do bolo de chocolate do anunciante com todos os demais. Porém, não é possível identificar, objetivamente, um ou alguns concorrentes. Dizer que todos os vendedores de bolo do mundo são afetados pela publicidade é demasiadamente genérico e significa, na verdade, que nenhum vendedor de bolos foi realmente afetado. Ainda, tal afirmação “o melhor bolo de chocolate do mundo” não será levada ao sentido literal pelo consumidor, que ao ler tal anúncio entenderá que o bolo deverá ser, realmente, muito saboroso, mas não pensará que seja, efetivamente, o melhor do mundo. Ou seja, o consumidor não entenderá a mensagem como uma verdade absoluta, colhida por intermédio de verdadeiras comparações, testes científicos e laboratoriais.

Se considerarmos o exemplo acima como uma publicidade comparativa, a mesma terá que obedecer a todos os requisitos de licitude a ela inerentes, sob pena de ser considerada ilícita. Neste diapasão, para que a publicidade fosse considerada lícita seria necessário a obediência ao princípio da veracidade, pelo qual toda e

---

<sup>160</sup> FUSI, Maurício; TESTA, Paolina; COTTAFIVI, Pierluigi. **La pubblicità ingannevole**. Milão: Giuffrè, 1993, p.133, *Apud* DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 335.

qualquer publicidade comparativa deverá ser passível de comprovação por intermédio de dados objetivos que deverão estar na posse do anunciante.

Tal comprovação só seria possível com a efetiva comparação entre a prestação do anunciante com a de todos os concorrentes afetados, ou seja, com todos os produtores e comerciantes de bolo de chocolate do mundo, o que, por lógico, é totalmente impossível. Porém, sem cumprir esse requisito a publicidade comparativa seria considerada ilícita por infringência ao princípio da objetividade da comparação. Ou seja, a publicidade hiperbólica enquanto publicidade comparativa seria totalmente inviável de ser veiculada licitamente.

Em sendo assim, no exemplo supra, resta caracterizada uma publicidade superlativa e não publicidade comparativa. Isso ocorre pelo motivo de que, apesar de haver uma comparação quando se afirma que o bolo de chocolate do anunciante é superior a todos os demais bolos de chocolate do mercado, essa comparação é extremamente genérica, não sendo possível identificar um ou alguns concorrentes atingidos pela publicidade, bem como pelo motivo de que os alvos da mensagem publicitária não receberam como uma verdade, mas sim como o que realmente é, um exagero, uma hipérbole publicitária com o fim único de chamar atenção do consumidor.

Desta forma, temos que o exagero publicitário evidente, quando assim entendido pelo consumidor médio, não deve ser considerado como publicidade comparativa, sob pena de se inviabilizar que a mesma seja veiculada nestes moldes.

Ao tratarmos acerca do preconizado em Portugal, autorizada doutrina afirma que é um requisito, apesar de não previsto em lei, para que se caracterize a publicidade comparativa, que os concorrentes com os quais se comparam as prestações do anunciante sejam identificados ou ao menos identificáveis. Se assim não forem estaremos diante de mera publicidade superlativa, como no exemplo acima.

No Brasil a legislação é silente sobre o tema, porém a doutrina não costuma mencionar a necessidade de o concorrente ser identificado ou, ao menos, identificável. Ao contrário, muitos afirmam<sup>161</sup> expressamente e, também, pelas

---

<sup>161</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 101-105. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de

definições que adotam acerca da publicidade comparativa, que o exagero publicitário, a comparação genérica, também seria considerada como sendo publicidade comparativa. Ou seja, a publicidade superlativa poderá ser tratada como sendo integrante da publicidade comparativa.

Esse entendimento acarreta em que, uma publicidade dita hiperbólica, na qual seja impossível comprovar objetivamente o veiculado, haja vista a impossibilidade da comparação efetiva entre os produtos ou serviços do anunciante com todos os demais presentes no mercado, acabe por se tornar ilícita. Posição com esta com a qual não podemos concordamos.

Perfilhamos, portanto, do entendimento de que a publicidade superlativa não irá caracterizar publicidade comparativa, sendo, em regra, uma outra modalidade, também lícita, de se fazer publicidade<sup>162</sup>.

Frisamos que a publicidade superlativa não está submetida ao princípio da veracidade haja vista não possuir aptidão para induzir o consumidor em erro. Em assim sendo, a publicidade que se utilizar de exageros para efetuar comparações genéricas não necessitará comprovar o alegado, não precisará, portanto, utilizando o exemplo dado acima, comprovar que o bolo do anunciante é realmente melhor do que o de todos os demais concorrentes.

Nesta mesma linha de pensamento, ensina Dias que:

Em toda hipérbole publicitária há um mínimo de verdade, afinal, o fornecedor exagera uma qualidade existente no produto. O anunciante, ao falar de sua empresa, mercadoria ou serviço, aumenta excessivamente esse “mínimo veraz”, porém por todos identificado como um exagero desprovido de fundamento objetivo ou de comprovação fática, técnica ou científica. Assim, se uma empresa anuncia que tem “o melhor bolo de chocolate do mundo”, tal

---

2020. Entende o referido autor que “o caso, então, é de um alargamento de conceito, mesmo porque quando são utilizados superlativos não se deixa de comparar. O núcleo conceitual deve conter, então, como essencial, não a identificação do concorrente sim, (i) a menção às próprias prestações; (ii) a referência a outras prestações; e (iii) a comparação entre essas. (...) Um conceito abrangente também não fará distinção entre mensagem que demonstre igualdade de condições em vez de superioridade. Aceitar-se-á que, nessas ocasiões, sempre haverá comparação: não será outra modalidade publicitária, mas mensagem publicitária comparativa que pode, conforme as circunstâncias, ser caracterizada como parasitária. Por consequência, distanciando-se, por exemplo, da doutrina portuguesa, a dissertação tratará da publicidade superlativa como integrante da comparativa.”

<sup>162</sup> No mesmo sentido é o entendimento de MAZZONETTO, Nathalia. **Publicidade comparativa**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/228/edicao-1/publicidade-comparativa>>. Acesso em 09 de abril de 2020.

afirmação, porque notadamente exagerada, não é tomada a sério pelos consumidores, embora um mínimo de verdade dela se deva esperar, isto é, o bolo deve ser de excelente qualidade, ainda que não comprovadamente o “melhor do mundo”. Ou seja, o exagero é lícito se com ele não se faltar substancial e objetivamente com a verdade.<sup>163</sup>

A posição defendida no excerto acima e por nós adotada, diferentemente do posicionamento defendido por parte da doutrina brasileira<sup>164</sup>, vai ao encontro do idealizado na doutrina portuguesa, aproximando muito o pensamento luso com o brasileiro, no sentido do que parece ser a interpretação mais correta acerca da publicidade superlativa.

Há que se tomar cuidado, entretanto, para que sempre se faça a distinção correta entre o simples exagero, incapaz de induzir o consumidor em erro e de subverter o mercado, com afirmações que podem parecer, em uma primeira análise, exageradas, mas que têm o condão de gerar expectativas falsas nos alvos da mensagem publicitária. Esta deverá ser plausível de comprovação, nos termos do que preconizam os princípios da veracidade e da objetividade da comparação.

## 6. AS VANTAGENS E DESVANTAGENS QUE SE AFIGURAM NA PUBLICIDADE COMPARATIVA

Em tempos outros, a publicidade comparativa já foi vista como uma forma de denegrir a imagem de um concorrente, representando atos de concorrência desleal. Por esta razão entendia-se que a mesma apresentava muito mais aspectos negativos do que positivos.

Quanto aos atos de concorrência desleal, Oliveira Ascensão distingue-os quanto ao seu conteúdo em três possibilidades: a) atos de aproveitamento de

---

<sup>163</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 335.

<sup>164</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 101-105. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

elementos empresariais alheios; b) atos de agressão à empresa alheia; e c) atos que induzam o público em erro, mediante a falsa afirmação da própria empresa<sup>165</sup>.

Podemos ver que por intermédio da publicidade comparativa é possível levar à cabo qualquer uma das três modalidades de concorrência desleal descritas acima. Por este motivo, em tempos mais antigos a matéria era, conforme já visto, regulamentada juntamente com a concorrência desleal.

Com a evolução da sociedade o entendimento acerca do tema modificou-se, tendencialmente aos defensores da liberalização da publicidade comparativa, tanto é que hoje, na maior parte do mundo, entende-se pela sua licitude. Nos dias atuais, podemos dizer que “a publicidade comparativa representa importante instrumento a favor dos interesses dos consumidores e da concorrência, ambos intrinsecamente ligados.”<sup>166</sup> Este entendimento, porém, não é unânime, havendo quem ainda entenda que a referida modalidade apresenta mais problemas do que soluções.

Vejamos agora quais as vantagens que a publicidade comparativa configura, tanto para o consumidor quanto para o mercado, bem como algumas possíveis desvantagens existentes.

Como vantagem primeira e mais evidente da publicidade comparativa, podemos citar o fornecimento de informação para o público consumidor, o que torna a compra efetuada mais racional<sup>167</sup>. Essa racionalidade, por lógico, se deve ao maior conhecimento que o consumidor dispõe sobre os produtos presentes no mercado. Com uma quantidade maior de informações à sua disposição, o consumidor otimiza seu tempo e também seu dinheiro, conseguindo, de forma mais fácil e esclarecida, tomar a decisão por qual produto ou serviço contratar.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 16.

<sup>166</sup> CASTRO, Carla Frade de Paula. **O Superior Tribunal de Justiça e a publicidade comparativa desleal: um paradigma para o direito de marcas?** Monografia – Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 36-37. Disponível em < <http://bdm.unb.br/handle/10483/11886>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

<sup>167</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. In: **Direito Industrial, IV**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 242.

<sup>168</sup> CASTRO, Carla Frade de Paula. **O Superior Tribunal de Justiça e a publicidade comparativa desleal: um paradigma para o direito de marcas?** Monografia – Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 36-37. Disponível em < <http://bdm.unb.br/handle/10483/11886>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

Afirma Coelho que a defesa da publicidade comparativa se sustenta no direito à informação, que

Amplia as opções oferecidas ao consumidor, que, munido de mais informações a respeito dos produtos existentes no mercado, pode escolher entre as características do novo produto ou serviço e a qualidade, preço e demais propriedades do produto ou serviço por ele já conhecidos.<sup>169</sup>

Em outras palavras, podemos dizer que o direito à informação se liga à vulnerabilidade do consumidor. Quanto mais informação ele tiver à sua disposição, menos vulnerável estará no mercado de consumo.

Outra vantagem que se afigura da publicidade comparativa é que as pequenas empresas poderão utilizar-se dela para se fazerem conhecidas em um mercado já saturado e dominado por marcas conhecidas do público. Uma marca pouco conhecida e de pouca projeção poderá alavancar a relevância de um anúncio ao citar, na sua publicidade, a marca líder da qual os consumidores geralmente adquirem seus produtos ou, que ao menos saibam que goza de prestígio no mercado.

Estas empresas podem demonstrar, por intermédio da publicidade comparativa, que seus produtos são tão bons quanto, ou até melhores, do que os produtos equivalentes oferecidos no mercado por grandes e conhecidas marcas que, não raras vezes, possuem um preço um tanto quanto mais elevado devido não somente à sua qualidade, mas também ao prestígio de que gozam junto aos consumidores e aos próprios concorrentes.

A utilização, por parte dos pequenos empresários, da publicidade comparativa é um estímulo à concorrência pois auxilia que as grandes corporações não sejam absolutas no mercado. Desta forma, podemos dizer que a publicidade comparativa é um elemento de suma importância para evitar a violação ao princípio da livre iniciativa, consagrado nas sociedades capitalistas<sup>170</sup>. A publicidade comparativa se consubstancia em um elemento para que as pequenas empresas tenham possibilidades de combater o domínio imposto pelas grandes marcas.

Outra vantagem existente é que havendo a possibilidade de concorrentes compararem produtos e serviços por intermédio de campanhas publicitárias que serão

---

<sup>169</sup> COELHO, Daniele Maria Teixeira. A publicidade comparativa e seu tratamento legal. **Revista Forense**, São Paulo, V. 354, 2003, p. 140.

<sup>170</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 138.

vistas por milhões de pessoas, há também um fomento constante à inovação, criação de novas tecnologias, uma melhora constante dos produtos e serviços que são oferecidos no mercado para, com isso, atrair mais consumidores, gerar mais lucro e “pular na frente” na batalha concorrencial.

Os concorrentes irão investir e melhorar sempre no afã de aumentar sua qualidade visando angariar clientes e gerar lucro, o que aumenta de forma positiva o nível da concorrência no mercado. Quanto melhor for a prestação oferecida, mais o anunciante poderá compará-la com as dos concorrentes e mais clientes poderá atrair a partir do momento que demonstra a superioridade dos seus produtos, gerando um maior lucro para si. Isso faz com que os concorrentes queiram utilizar da mesma estratégia e invistam em inovação para poder superar o rival e divulgar sua própria publicidade comparativa, exaltando as qualidades das suas prestações em detrimento das oferecidas pelos concorrentes.

Ou seja, a publicidade comparativa estimula as empresas, sejam elas grandes, médias ou pequenas, a melhorarem constantemente os bens e serviços que oferecem, o que traz grandes benefícios para o consumidor<sup>171</sup>.

A partir do momento em que o anunciante utiliza a publicidade comparativa para afirmar que o seu produto ou serviço é de melhor qualidade do que o do concorrente, este concorrente, visando não perder mercado, se verá obrigado a investir em uma melhoria da sua prestação, ou, então, a reduzir o seu preço, no intuito de se manter competitivo no nicho de mercado no qual atua, ambas situações favoráveis ao consumidor.

Podemos citar, ainda, como pontos positivos da publicidade comparativa a dinamização da economia, o fomento ao mercado de consumo, bem como ao mercado da publicidade, sendo um incremento a mais ao mercado da comunicação<sup>172</sup>,

---

<sup>171</sup> PLAZA, Anxo Tato. **La publicidade comparativa**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 97-98.

<sup>172</sup> WA, Man Sok. **Tutela institucional da concorrência em concorrência desleal, publicidade comparativa e práticas comerciais desleais**. 2012. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 53.

a transparência do mercado, que acaba também por beneficiar o interesse público, vez que permite que os preços se mantenham mais baixos e competitivos<sup>173</sup>.

Fazer publicidade tem um preço para o anunciante (planejamento da campanha, elaboração, divulgação) que irá integrar o custo final do produto pago pelo consumidor<sup>174</sup>. Tal fato, em uma primeira análise, poderia ser tido como uma desvantagem da publicidade como um todo, inclusive da publicidade comparativa<sup>175</sup> pois faria o produto ou serviço chegar ao consumidor com um preço mais elevado do que o necessário.

Porém, ao olharmos mais detidamente para o tema podemos notar que sem a publicidade não haveria o consumo estável e em massa existente hoje em dia, e foi exatamente isso que possibilitou a produção em grandes quantidades nas indústrias, o que leva a uma redução do custo unitário revendido ao consumidor. Ou seja, o que se gasta em publicidade é apenas uma fração mínima do que se teria que gastar por unidade fabricada, não fosse a produção em série.<sup>176</sup>

Quanto mais se produz, maior é a redução do custo unitário. Então a publicidade como um todo, inclusive a comparativa, ao invés de representar um acréscimo de valor ao consumidor, na verdade representa, em teoria, uma economia.

Conforme pudemos notar, existem vários pontos positivos que emergem da utilização não apenas da publicidade comparativa, mas da publicidade em geral, tanto para os consumidores quanto para os próprios concorrentes e para o mercado em si. Neste sentido:

As organizações económicas consideram a publicidade um investimento rentável, já que o investimento do produtor (anunciante) será compensado pela compra dos seus produtos pelo consumidor. Daí a publicidade pagar-se a si mesma, não ter custos, por o preço do produto já englobar certa percentagem relativa aos gastos publicitários, que o consumidor suportará.

---

<sup>173</sup> WA, Man Sok. **Tutela institucional da concorrência em concorrência desleal, publicidade comparativa e práticas comerciais desleais**. 2012. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 119.

<sup>174</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 357.

<sup>175</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 112.

<sup>176</sup> SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria – técnica – pratica**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Learning, 2002, p. 76.

Em contrapartida, beneficiará de informação sobre as específicas qualidades do produto adquirido que poderão satisfazer as suas necessidades.<sup>177</sup>

O consumidor terá ainda as vantagens da redução de preço decorrente da produção em massa, a qual, por sua vez, só pode ser escoada por intermédio da publicidade, adquirindo com ela uma relação de interdependência.

Durigan, na mesma linha de pensamento no momento apresentada, traz em sua obra, como vantagens atinentes ao uso da publicidade comparativa um aumento das condições de concorrência, o que deverá causar uma redução dos preços; uma melhor elaboração de juízo valorativo por parte do consumidor para com os produtos que pretende adquirir, ou seja, uma compra mais informada; bem como é uma forma de as empresas fornecerem dados de seus produtos e demonstrarem a superioridade dos mesmos, de forma objetiva, comprovável e de simples entendimento por parte do consumidor, o que permite ampliar a clientela.<sup>178</sup>

Chaves<sup>179</sup>, por sua vez, elenca como pontos positivos da publicidade, onde podemos incluir também a sua modalidade comparativa: a) criação de mercados para produtos ainda desconhecidos do grande público; b) ampliação vertical e horizontal de mercados; c) ação reguladora sobre o mercado; d) redução dos preços; e) aumento da rentabilidade do capital; f) fomento da concorrência; e g) dinamização do mercado.

Em sentido diametralmente oposto as ideias trazidas acerca das vantagens da publicidade comparativa, há também as desvantagens apontadas por parte da doutrina, sobre as quais falaremos agora.

Contrapondo a ideia trazida anteriormente de que este tipo publicitário traria informação ao consumidor, há quem defenda a não existência desse caráter informativo.

Marco Antonio Marcondes Pereira, um ferrenho defensor da ilicitude da publicidade comparativa<sup>180</sup>, entende que mesmo quando as comparações forem feitas

---

<sup>177</sup> CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 51.

<sup>178</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa: informação persuasiva e concorrência**. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 99. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

<sup>179</sup> CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 52.

<sup>180</sup> Para maior esclarecimento acerca da posição do autor, ver PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014.

seguindo os requisitos de licitude presentes no CP, CBAP e CDC, as mesmas não conseguirão atingir a verdadeira objetividade<sup>181</sup>. Isso pelo motivo de que a apresentação de um ou de alguns dados objetivos e passíveis de comprovação por parte do anunciante, não torna, na visão do autor, a comparação objetiva pois haveria ainda muitos outros dados a serem confrontados, pois os escolhidos para constarem na publicidade o foram pelo próprio anunciante, ou seja, a publicidade é dotada de parcialidade e isso faz com que perca seu caráter informativo.

Continua Pereira:

Difícil conjugar informações de mais de um produto, ou anunciante, e respeitar a veracidade do caráter informativo a partir de dados do concorrente e de seu produto. A distorção comparativa será inevitável, porque o anunciante tende a enaltecer as virtudes de seu produto e a omitir as do concorrente, de tal forma que, haverá de sobressair no mínimo a total desinformação, ou falsa noção, do consumidor em relação aos produtos comparados.<sup>182</sup>

Esse posicionamento tem como base o fato de que a informação veiculada na publicidade seria fornecida pelo anunciante, em causa própria, o que a desvirtuaria.

Tal crítica, em nossa visão, não merece prosperar. É certo que a publicidade comparativa sempre será, como qualquer outra espécie de publicidade, tendenciosa favoravelmente ao anunciante, porém o simples fato de a informação ser fornecida por ele não retira o caráter informativo inerente à esta espécie publicitária.

O anunciante está salientando as vantagens, diga-se, verdadeiras e comprováveis, do seu produto ou serviço em relação aos demais postos no mercado e, não se pode esquecer, será permitido aos concorrentes fazerem o mesmo e demonstrarem as vantagens das suas prestações.

O anunciante não pode ser visto como um juiz atuando em causa própria quando divulga seus produtos e os compara com o outros existentes no mercado, mas sim como um advogado que está ferrenhamente a defender o lado que representa, trazendo à baila todas as vantagens presentes na cercania que defende.<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 151.

<sup>182</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 67.

<sup>183</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. *In: Direito Industrial*, IV. Coimbra: Almedina, 2005, p.242.

Apesar de, na maioria das vezes, a informação veiculada pela publicidade comparativa não estar completa, isso não retira a relevância que a mesma representa para o consumidor no momento de fazer a escolha por qual produto ou serviço adquirir.

Há, também, defensores de que a publicidade comparativa agiria não no sentido de auxiliar as pequenas e médias empresas em sua batalha contra as grandes, mas no sentido oposto. As grandes empresas, mais fortes economicamente, poderiam se utilizar desse instrumento para terem um domínio ainda maior do mercado, inundando os meios de comunicação com publicidades de seus produtos ou serviços, enquanto os concorrentes menores, que não teriam capacidade econômica para travar esta batalha em pé de igualdade, seriam excluídos do mercado.

Desta forma, a publicidade comparativa agiria como um elemento filomonopolista<sup>184</sup>, ou seja, auxiliando a criação de monopólios ou oligopólios, excluindo os pequenos empresários.

Tal entendimento não é perfilhado por nós pois consideramos que a possibilidade de utilização da publicidade comparativa é aberta a todos os concorrentes, por mais que em maior escala por aqueles que já possuem um poderio econômico mais vultuoso. Porém, mesmo assim, se for utilizada dentro dos padrões legais, é um instrumento para fomentar o mercado, não para acabar com a concorrência.

Se não fosse assim, considerando que vivemos em uma sociedade que permite a publicidade comparativa, estaríamos diante de muito mais mercados com nichos organizados em mono ou oligopólios. Entretanto, na verdade o que podemos presenciar é um crescimento de basicamente todos os setores do mercado.

Outro ponto negativo que pode ser citado como inerente à publicidade comparativa é a criação da necessidade de consumo de bens que não são considerados necessários, o consumo exagerado e o endividamento. Ou seja, totalmente ao contrário do que dissemos antes acerca da dinamização da economia.

---

<sup>184</sup> WA, Man Sok. **Tutela institucional da concorrência em concorrência desleal, publicidade comparativa e práticas comerciais desleais**. 2012. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 121.

Outro ponto negativo é a efemeridade dos produtos consumidos ou aceleração da rotação de existências, que nada mais é do que a curta vida útil dos bens consumidos, que logo em seguida serão trocados por outros, gerando problemas até mesmo ambientais em decorrência do excesso de lixo produzido no planeta que encontra sua parcela de culpa no consumismo exacerbado.

Tais fatores não podem ser atribuídos à publicidade comparativa. Não negamos que estes problemas realmente existam em nossa sociedade e que estão intimamente ligados à publicidade, porém, não à publicidade comparativa especificamente, mas sim à publicidade de forma geral.

Argumentar por estas desvantagens é argumentar contra a publicidade no sentido mais amplo possível e, sabemos, proibir a publicidade não é uma alternativa que possa ser defendida. Esses problemas poderão ser amenizados à longo prazo com uma boa educação financeira das gerações vindouras e uma maior igualdade social.

Há, até mesmo, quem elenque como uma desvantagem da publicidade comparativa a potencialidade que a mesma tem de gerar um número vertiginoso de demandas judiciais<sup>185</sup>. Isso porque por intermédio da comparação muitos concorrentes se sentiriam prejudicados, denegridos, recorrendo ao poder judiciário sob o argumento da concorrência desleal ou de que os preceitos atinentes à publicidade comparativa lícita foram desrespeitados, havendo exagerado descrédito, publicidade demasiadamente ofensiva, dentre outros, causando um abarrotamento de ações judiciais.

Entendemos, porém, que a simples possibilidade de que algo acabe sendo judicializado não pode servir de embasamento para que tal seja legalmente impedido. Ademais, como já dito acima, vivemos em uma sociedade que permite a publicidade comparativa há tempos e até os dias atuais não se verificou o citado número excessivo de demandas judiciais<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 146.

<sup>186</sup> Diga-se que no ano de 2019 o CONAR abriu 302 processos éticos, sendo que destes apenas 6,5% versavam acerca de publicidade comparativa, o que faz o argumento cair por terra. Os dados podem ser conferidos no balanço anual divulgado pelo CONAR em <<http://www.conar.org.br/pdf/conar220.pdf>>. Acesso em 30 de julho de 2020.

Por fim, entende Pereira que toda e qualquer publicidade comparativa que omitir alguma informação acerca do produto ou serviço é enganosa, pois veicularia somente as vantagens, deixando de fora as desvantagens existentes naquele produto ou serviço em relação aos demais comparados, o que acabaria por ser uma publicidade enganosa por omissão<sup>187</sup>.

Não se pode aceitar tal afirmação. Sabe-se que o tempo destinado às publicidades na televisão, rádio e afins é bastante escasso e sobremaneira caro em horários nobres. Não é possível aos anunciantes trazerem à lume todas as características presentes nos produtos e serviços anunciados, inclusive as negativas, no curto espaço de tempo que detém.

Da mesma maneira, em textos e panfletos informativos não se mostra viável escrever todas as características de cada produto ou serviço anunciado, ou haveriam que existir verdadeiros cadernos ou livros publicitários para divulgações comparativas.

Justamente por isso é que se exige estarem presentes na publicidade apenas as características essenciais do que está sendo anunciado. Bem como deverão estar à disposição de qualquer interessado os dados comprobatórios de todo o alegado na comparação.

Não ignoramos o risco a que a publicidade comparativa expõe os consumidores quando a mesma veicula informações imprecisas, tendentes a induzir em erro ou enganosas. Por este motivo é primordial que existam formas de defesa do consumidor e, também, sanções para os anunciantes que lançarem mão de campanhas publicitárias com informações falsas ou que não possam ser objetivamente verificadas e comprovadas, bem como quando se verificar qualquer outra espécie que prejudique o consumidor ou o concorrente.

O posicionamento por nós adotado é amplamente favorável à utilização da publicidade comparativa, pois acreditamos se tratar de uma importante forma de fomento à concorrência leal, ao desenvolvimento tecnológico, manutenção dos preços competitivos, além de um importante instrumento informativo disponível ao

---

<sup>187</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 162.

consumidor, sendo benéfica a todos os envolvidos. As vantagens apresentadas suplantam com facilidade os eventuais pontos negativos advindos da publicidade.

Por fim, mas não menos importante, é certo que a liberdade de expressão e informação, assim como a liberdade de imprensa e dos meios de comunicação são valores constitucionalmente garantidos tanto pela CRFB quanto pela Constituição da República Portuguesa – CRP, como sendo direitos fundamentais. Ainda, encontram disposição na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

## **7. A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE COMPARATIVA EM PORTUGAL**

Em Portugal a matéria atinente à publicidade comparativa recebeu especial atenção do legislador no Código da Publicidade, o qual foi modificado algumas vezes desde sua entrada em vigor.

Apesar da legislação pátria, desde a sua promulgação, já ter tratado sobre o tema, foi com a regulamentação comunitária, por parte da União Europeia, que a matéria ganhou os contornos que conhecemos hoje.

Além do Código da Publicidade, o Código da Propriedade Industrial também merece destaque quando tratamos acerca da publicidade, apesar de não tratar especificamente acerca da publicidade comparativa, o mesmo regulamenta a concorrência desleal, a qual, como vimos, apresenta uma relação estreita e histórica com a referida modalidade publicitária. O CPI também sofreu alterações com o passar dos anos, muitas das quais provenientes, também, de Diretivas Comunitárias, da mesma forma como ocorreu com o Código da Publicidade.

Assim sendo, a partir de agora passaremos a analisar estes dispositivos e sua regulamentação atinente à publicidade comparativa, tema cerne deste estudo.

Diga-se que a Lei Maior, a Constituição da República Portuguesa, no artigo 60.º, o qual versa sobre direitos dos consumidores, elenca um conjunto de direitos e matérias ligadas à publicidade e, também, a associações de defesa do consumidor.

Por esta razão, é-nos possível afirmar que a publicidade é uma disciplina de defesa dos consumidores, o que fez com que se o legislador ordinário

Concretizasse uma disciplina publicitária que não tivesse em atenção a defesa do consumidor, a mesma seria inconstitucional. Assim, o instituto da publicidade não pode ser visto apenas como um instituto de regulação do mercado e da concorrência, mas também de protecção do consumidor.<sup>188</sup>

Como podemos notar, a defesa do consumidor em Portugal, assim como no Brasil, foi elevada ao *status* de direito constitucionalmente expresso, indo totalmente de encontro ao texto constitucional qualquer representação contrária aos direitos e à defesa do consumidor.

## 7.1. CÓDIGO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, DIRETIVAS COMUNITÁRIAS E O CÓDIGO DA PUBLICIDADE

Em Portugal, assim como em diversos outros países, inicialmente a publicidade comparativa não era permitida porque era tratada como sendo um ato de denegrição do concorrente, caracterizando a concorrência desleal. Somente com a evolução desta é que foi possível a autonomização daquela.

A primeira legislação portuguesa atinente à concorrência desleal não fazia qualquer menção à publicidade comparativa. Entretanto, o entendimento era de que o artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial de 1941 acabava por vedar a publicidade comparativa com base nos atos de descrédito, independentemente de ser verdadeira ou falsa a informação divulgada com a comparação.

---

<sup>188</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade e tutela do consumidor. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 69, maio – ago. 2011, p. 230. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1323974227.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1323974227.pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

Até o final da década de 1970 a publicidade comparativa não foi objeto de legislação específica e seguiu sendo regulada pela legislação que tratava da concorrência desleal, sob o manto da proibição<sup>189</sup>.

O primeiro diploma legal a tratar, em Portugal, da publicidade comparativa foi o artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 421/80. O referido dispositivo afirmava ser possível a utilização da publicidade comparativa, desde que seguidas as determinações ali constantes. Criou-se um mecanismo de proteção da lealdade e da concorrência sem deixar de defender o consumidor<sup>190</sup>.

Nos dias de hoje, com a existência do Código da Publicidade que regulamenta de forma expressa a publicidade comparativa, bem como sua autonomização da concorrência desleal, não há necessidade de que o Código da Propriedade Industrial, que dispõe acerca da concorrência desleal, traga qualquer menção à publicidade comparativa.

Com isso não excluimos o fato de que a mesma, quando veiculada de forma a não observar os requisitos de licitude dispostos no artigo 16.º do CP, poderá descambar para o campo fértil da concorrência desleal. O artigo 311.º do CPI, ao tratar acerca dos atos que a constituem:

- 1 - Constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica, nomeadamente:
- a) Os atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue;
  - b) As falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes;
  - c) As inovações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios;
- (...)<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> WA, Man Sok. **Tutela institucional da concorrência em concorrência desleal, publicidade comparativa e práticas comerciais desleais**. 2012. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 100.

<sup>190</sup> BARROCA, Ana Cristina Tavares da Cunha Mota de Almeida. **A concorrência desleal na publicidade comparativa: atos de confusão e denegrição**. 2014, p. 19-20. Dissertação de mestrado – Lisboa: ISCTE-IUL, Lisboa, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10071/10994>>. Acesso em 21 de julho de 2019.

<sup>191</sup> PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 110, de 10 de dezembro de 2018. Aprova o novo Código da Propriedade Industrial, transpondo as Diretivas (UE) 2015/2436 e (UE) 2016/943. **Diário Oficial da República Portuguesa** n.º 237/2018, Série I de 2018-12-10. Disponível em <<https://dre.pt/web/guest>>. Acesso em 07 de abril de 2020.

Da redação acima colacionada, podemos perceber claramente que a publicidade comparativa, quando ilícita, não encontrará qualquer dificuldade em incorrer na concorrência desleal, seja devido a atos de confusão, atos de descrédito exagerado ou denegrição “gratuita” ou, ainda, por veicular informação falsa ou capaz de induzir em erro os consumidores<sup>192</sup>. Da mesma forma, qualquer ato que vá contra as normas e os usos honestos do mercado também irá caracterizar concorrência desleal, deixando, o legislador, um conceito bastante aberto para que o aplicador da lei possa manobrar as diferentes situações fáticas que se constituirão no quotidiano. Apesar de hoje em dia ambas serem tratadas como matérias distintas, a publicidade comparativa e a concorrência desleal ainda possuem e sempre possuirão pontos de toque.

Mesmo não havendo qualquer regulamentação expressa na legislação que trata da concorrência desleal sobre a publicidade comparativa, não podemos dizer que a recíproca seja verdadeira.

No CP, no n.º 2 do artigo 16.º, as alíneas “d”, “e”, “g” e “h”<sup>193</sup> se apresentam como disposições especiais da concorrência desleal fora do artigo 311.º do CPI<sup>194</sup>.

A nível comunitário, apesar de a discussão em torno da publicidade comparativa ter tido início ainda no final dos anos de 1970<sup>195</sup>, só houve

---

<sup>192</sup> CAMPINOS, António; GONÇALVES, Luís Couto. **Código da Propriedade Industrial anotado**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 205.

<sup>193</sup> Artigo 16.º

2 – A publicidade comparativa, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão, só é consentida, no que respeita à comparação, desde que respeite as seguintes condições:

d) Não gere confusão no mercado entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente;

e) Não desacredite ou deprecie marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente;

g) Não retire partido indevido de renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes;

h) Não apresente um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.

<sup>194</sup> WA, Man Sok. **Tutela institucional da concorrência em concorrência desleal, publicidade comparativa e práticas comerciais desleais**. 2012. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 77.

<sup>195</sup> WA, Man Sok. **Tutela institucional da concorrência em concorrência desleal, publicidade comparativa e práticas comerciais desleais**. 2012. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 100.

regulamentação no ano de 1997 por intermédio da Diretiva 97/55/CE, de 6 de outubro de 1997, que tratou especificamente da publicidade comparativa.

Os países membros tinham até o dia 23 de abril de 2000 para adequarem suas legislações ao preconizado pela legislação comunitária, a qual foi o grande marco da publicidade comparativa, tanto em Portugal quanto na União Europeia como um todo. A partir da Diretiva foram traçados os requisitos de licitude da publicidade comparativa, que persistem até os dias atuais.

Vale lembrar que a legislação pátria portuguesa já regulamentava esta espécie publicitária desde anos antes do Parlamento Europeu legislá-la. O Código da Publicidade português foi editado ainda no ano de 1990 e já traçava a linha permissiva da publicidade comparativa. Com ele foi feita a sistematização das normas relativas à publicidade comparativa, conciliando os direitos do consumidor com a atividade publicitária<sup>196</sup>.

Em 12 de dezembro de 2006 foi editada uma nova Diretiva Comunitária sobre o tema, a Diretiva 2006/114/CE, que revogou a Diretiva 84/450/CEE que havia sido modificada pela Diretiva 97/55/CE. No entanto, quanto à publicidade comparativa o texto antigo foi preservado, não havendo alterações.

Importante frisarmos que além das limitações constantes na Diretiva atinentes à licitude da publicidade comparativa, não é possível que os países membros, ao fazerem a transposição da mesma para seus ordenamentos nacionais, imponham limitações adicionais. Ou seja, no momento em que o legislador português fez constar no Código da Publicidade a redação da Diretiva 97/55/CE, atual Diretiva 2006/114/CE, não poderiam ser colocados maiores entraves à veiculação da publicidade comparativa do que os que lá já constavam por vontade do legislador comunitário<sup>197</sup>  
<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> BARROCA, Ana Cristina Tavares da Cunha Mota de Almeida. **A concorrência desleal na publicidade comparativa: atos de confusão e denegrição**. 2014. Dissertação de mestrado – Lisboa: ISCTE-IUL, Lisboa, 2014, p. 21. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10071/10994>>. Acesso em 21 de julho de 2019.

<sup>197</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. *In: Direito Industrial, IV*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 254.

<sup>198</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais. *In: Estudos de Direito do Consumidor, CDC/FDUC*, n.º 7, 2005, p. 10. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10316/28796>>. Acesso em 13 de março de 2020.

Já dissemos que inicialmente a publicidade comparativa não era permitida em Portugal sob o prisma da concorrência desleal e que, com o passar dos anos e a evolução dos institutos o entendimento foi, paulatinamente, sendo modificado. No momento da aprovação do Código da Publicidade, a modalidade comparativa passou a ser aceita, no entanto, com requisitos diferentes dos atualmente previstos.

O CP passou por diversas mudanças e, no entendimento de Adelaide Menezes Leitão, até o momento da transposição da Diretiva Comunitária 97/55/CE a licitude da publicidade comparativa, apesar de reconhecida, era tida como exceção. Com a regulamentação feita pelo legislador comunitário e inserida no CP português por intermédio do Decreto-Lei n.º 275/98 passa-se a ideia de permissividade, sendo a ilicitude tida como exceção<sup>199</sup>.

Quanto ao Código da Publicidade nos dias atuais, o artigo 16.º trata acerca da publicidade comparativa, conceituando-a e traçando seus requisitos de licitude. No entanto não o trataremos de forma mais aprofundada porque o mesmo já foi objeto de análise em momentos anteriores. Então, para evitar a repetição desnecessária, remetemos o leitor aos tópicos 3.1 (definição de publicidade comparativa) e 3.3.1 (Requisitos de licitude da publicidade comparativa em Portugal).

## 7.2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PUBLICIDADE NO CÓDIGO DA PUBLICIDADE PORTUGUÊS

Os princípios constituem os alicerces de qualquer sistema jurídico, irradiando efeitos à tudo o que adentrar a este sistema.

O Código da Publicidade elenca, no artigo 6.º, quais são os princípios que regem toda a atividade publicitária, inclusive a comparativa. São eles: princípio da licitude, princípio da identificabilidade, princípio da veracidade e princípio do respeito pelos direitos do consumidor. Eles estão identificados a partir do artigo 7.º do CP.

---

<sup>199</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. *In: Direito Industrial*, IV. Coimbra: Almedina, 2005, p. 254.

Deste momento em diante veremos, de forma individualizada, o que representa cada um dos princípios supra mencionados.

### 7.2.1. Princípio da licitude

O princípio da licitude é o primeiro que nos é apresentado pelo Código da Publicidade, constando no artigo 7.º. O n.º 1 do referido artigo afirma que “é proibida a publicidade que, pela sua forma, objecto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados.”<sup>200</sup>

Este princípio visa estabelecer que não haja uma contrariedade entre o que estipula a lei, os valores sociais, bem como os princípios constitucionais e a publicidade. Ou seja, a publicidade deverá ser realizada dentro de parâmetros de licitude, dentro dos parâmetros legalmente aceites e impostos para ela, sempre de acordo com os princípios e valores constitucionalmente impostos. “O seu objectivo consiste na preservação da ordem pública social, que não poderá ser afectada pela publicidade ilícita.”<sup>201</sup>

Os valores que são protegidos pelo princípio da licitude ultrapassam a defesa do consumidor, é um princípio que atinge vários domínios de proteção, dentre os quais podemos salientar os valores constitucionais e direitos da personalidade, funcionando como uma espécie de “cláusula geral de bons costumes”.<sup>202</sup>

O princípio da licitude impõe:

A proibição de toda a publicidade que viole a Constituição ou a lei, designadamente a publicidade que pela sua forma, objecto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados. Considera-se violadora do princípio da licitude a publicidade que se socorra, depreciativamente, de instituições, símbolos nacionais ou

---

<sup>200</sup> PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 330, de 23 de outubro de 1990. Aprova o Código da Publicidade. **Diário Oficial da República Portuguesa** n.º 245/1990, Série I de 1990-10-23. Disponível em <<https://dre.pt/web/guest>>. Acesso em 8 de julho de 2018.

<sup>201</sup> CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p.188.

<sup>202</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade e tutela do consumidor. *In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 69, maio – ago. 2011, p. 236-237. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1323974227.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1323974227.pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

religiosos ou personagens históricas; estimule ou faça apelo à violência, bem como a qualquer actividade ilegal ou criminosa; atente contra a dignidade da pessoa humana; contenha qualquer discriminação com base na raça ou no sexo; utilize, sem autorização da própria, a imagem ou as palavras de alguma pessoa; utilize linguagem obscena; encoraje comportamentos prejudiciais à protecção do ambiente; e tenha como objectivo ideias de conteúdo sindical, político ou religioso.<sup>203</sup>

Violar tal princípio traz sanções presentes no próprio Código da Publicidade, nos artigos 30.º e 34.º, podendo ser imputado ao infrator responsabilidade civil e contraordenacional<sup>204</sup>.

### 7.2.2. Princípio da identificabilidade

O princípio da identificabilidade está consagrado no artigo 8.º, n.º 1, do Código da Publicidade português. Podemos dizer que, igualmente, o artigo 60.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa consagra o princípio em comento ao proibir toda a publicidade dissimulada ou oculta.

Em decorrência deste princípio, toda e qualquer publicidade deverá ser, inequivocamente, identificada como tal.

Ensina Pereira que

A publicidade é, por sua vez, a manifestação parcial do anunciante, de modo que, por mais verdadeira que pretenda ser, não deixa de ser persuasiva e tendenciosa. Os consumidores então sabem dessa qualidade da publicidade de antemão e naturalmente se protegem dela, ou, pelo menos, tentam construir reservas mentais em relação a ela (publicidade).<sup>205</sup>

Aquele que se depara com um anúncio publicitário deve ter por indubitável entender que se trata disso. Ainda, o n.º 2 do referido artigo 8.º afirma que as publicidades veiculadas na televisão e no rádio deverão ser claramente,

<sup>203</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade e tutela do consumidor. *In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 69, maio – ago. 2011, p. 237. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1323974227.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1323974227.pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

<sup>204</sup> BARROCA, Ana Cristina Tavares da Cunha Mota de Almeida. **A concorrência desleal na publicidade comparativa: atos de confusão e denegrição**. 2014. Dissertação de mestrado – Lisboa: ISCTE-IUL, Lisboa, 2014, p. 8-9. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10071/10994>>. Acesso em 21 de julho de 2019.

<sup>205</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65.

perceptivelmente, separadas do restante da programação normal. Com isso o legislador visou evitar que o consumidor seja enganado e/ou manipulado.

Conforme explanado por nós anteriormente, foi comprovado cientificamente que o consumidor, quando está diante da televisão, utiliza de forma muito mais ativa o hemisfério direito do cérebro, responsável por receber informações de maneira mais emocional.

A publicidade contemporânea dá cada vez mais enfoque a simbologia transcendente e a disseminação de um valor de bem-estar extremo e completo, uma grande felicidade, atrelada ao consumo. Ou seja, quem consome é feliz, bem sucedido e realizado.

Como exemplo do acima referido, usemos um comercial veiculado pela marca de carros Hyundai, para promover seu automóvel HB20S no Brasil. Ele mostra dois colegas de trabalho conversando, em um momento de descontração, tomando um café, quando um deles, que não possui o referido carro, pergunta ao outro “como foi o seu final de semana?” Neste momento aparecem na publicidade uma série de cenas que mostram o final de semana do colega que possui o veículo HB20S.

Nas imagens, podemos ver que ele vivenciou situações de extremo prazer, foi à praia com a mulher que ama e lhe deu flores, foi à um show e recebeu e paleta do ídolo que estava no palco, jantou com uma linda mulher em um “restaurante nas alturas”, bastante exclusivo, dançou em uma balada e viu seu time de futebol ganhar uma partida, comemorando o momento do gol. Todas situações de grande felicidade e que demonstram grande poder aquisitivo.

Estas situações que a publicidade condiciona a possuir aquele determinado carro representam desejos e aspirações de basicamente toda a massa de consumidores, afinal, quem não gostaria de ter condições de ter um final de semana como esse!?

Finda a sequência de cenas, o colega que teve seu final de semana incrível e que tem um HB20S pergunta ao outro “e o seu (fim de semana)?”, e ouve como resposta “melhor nem comentar”. Ou seja, a publicidade deixa claro que aquele colega que não possui um carro da marca teve um final de semana sem graça, tedioso, pior do que aquele que o tem.

Note-se que em momento algum a publicidade foca nas qualidades do automóvel em questão, apenas as menciona durante o filme publicitário, mas o enfoque é total na felicidade do sujeito que possui o carro, atrelando uma coisa à outra<sup>206</sup>.

Não faltam exemplos fiéis dos enfoques cada vez mais hegemônicos na publicidade contemporânea, à simbologia transcendente e a disseminação de um valor de bem estar extremo e completo (a felicidade) atrelado ao consumo de determinado bem ou serviço.

Outro exemplo bastante elucidativo é o comercial do Grupo Pão de Açúcar<sup>207</sup>, onde não há qualquer referência a algum atributo técnico relacionado à rede de supermercados Pão de Açúcar, mas há um apelo estético-musical impecável, emotivo, alegre e contagiante, o tipo de *slogan* que “fica na cabeça”, com a música “O que você faz pra ser feliz?” cantada durante todo o tempo, ou tocada por uma orquestra sinfônica dentro do supermercado associada, é claro, ao *slogan* da marca, “Pão de Açúcar, lugar de gente feliz”.

Quando estamos cientes de que diante de nós está uma publicidade, tendemos a pensar de maneira mais lógica e racional acerca do que estamos vendo, evitando, assim, que abusos sejam cometidos contra o consumidor, bem como que o mesmo aja por impulso, em decorrência das suas emoções. E este é o grande objetivo do princípio da identificabilidade.

O princípio aqui tratado, assim como os demais, segue uma lógica de proteção e defesa do consumidor consagrados no artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> O filme publicitário em questão foi feito para o lançamento do HB20S 2014 no Brasil e está disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=k3yRobpeceQ>>. Acesso em 10 de abril de 2020.

<sup>207</sup> Os referidos filmes publicitários podem ser assistidos nos seguintes sítios eletrônicos: <<https://www.youtube.com/watch?v=OvK2FY0CY2s>>; <<https://www.youtube.com/watch?v=4cFLPHiCusE>>.

<sup>208</sup> **PORTUGAL. Constituição 1976.** Constituição da República Federativa Portuguesa. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10. Disponível em: <<https://dre.pt/>>. Acesso em 07 de abril de 2020.

Este princípio tem como *ratio* nuclear evitar que o consumidor seja exposto aos efeitos persuasivos da publicidade sem que tome ciência da mesma, para que deles possa se defender<sup>209</sup>.

### 7.2.3. Princípio da veracidade

Este princípio, consagrado no artigo 10.º do Código da Publicidade visa, simplesmente, evitar que ela seja enganosa<sup>210</sup>. Além do dispositivo legal recém referido, a proteção contra a publicidade enganosa também se encontra expressa nas Diretivas 2006/114/CE, a qual consolidou as normas sobre publicidade enganosa e comparativa e 2005/29/CE, que versa sobre as práticas comerciais desleais, incluindo-se dentre elas as ações enganosas.

O princípio da veracidade é, talvez, o princípio de maior expressão no controle da atividade publicitária e pode ser encontrado em basicamente todas as legislações de defesa do consumidor existentes ao redor do globo, sempre sob o prisma de repressão à publicidade enganosa. Como exemplo, podemos citar o artigo L.121-1 do *Code de la Consommation*<sup>211</sup>, legislação consumerista francesa; *Codice del Consumo* italiano<sup>212</sup>, artigos 20, 21 e 22; a *Ley General de Publicidad*, da Espanha<sup>213</sup>, no artigo 3, “e”.

<sup>209</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 78.

<sup>210</sup> Artigo 10.º

1 - A publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos.

2 - As afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exactas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes.

<sup>211</sup> FRANÇA, Code de la Consommation. Versión consolidée au 19 de junin 2020. Disponível em: <[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=9671FC1263CE91407A16F739F6C464DB.tplgfr38s\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20200706](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=9671FC1263CE91407A16F739F6C464DB.tplgfr38s_2?cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20200706)>. Acesso em 06 de julho de 2020.

<sup>212</sup> ITÁLIA. Codice del Consumo. Disponível em: <<http://www.codicedelconsumo.it/>>. Acesso em 06 de julho de 2020.

<sup>213</sup> ESPANHA. Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Aprova a Lei Geral de Publicidade. **Boletín Oficial Del Estado** n.º 274, de 15-11-1988. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-26156&p=20140328&tn=0>>. Acesso em 06 de julho de 2020.

Para que a publicidade não seja considerada enganosa ela deverá ser passível de comprovação a todo e qualquer momento, afinal, não há como ser verdadeira se não puder ser comprovada.

Além de ser verdadeira, por intermédio do princípio da veracidade, exige-se, também, que a publicidade se apresente de maneira clara, sem excessos e preciosismos técnicos, em uma linguagem adequada aos consumidores para que não sejam induzidos ao erro nem lhes dificulte o entendimento da mensagem.

Este princípio objetiva alcançar a verdadeira e livre vontade do consumidor a partir do momento em que procura lhe fornecer todos os dados essenciais, de forma clara, objetiva e verdadeira (e, por óbvio, comprovável), para que possa realizar uma escolha racional e informada.

A violação deste princípio, além da sanção prevista, dá origem à publicidade enganosa, proibida pelo art. 11º. do Cód. Pub., por consistir na alteração da verdade ou numa menor clareza sobre as características do produto ou serviço, o que levará o consumidor a agir sob erradas premissas.<sup>214</sup>

Desta feita, também em decorrência da boa-fé objetiva e do dever de veracidade impõe-se que haja sempre uma correspondência entre o conteúdo da publicidade e as características anunciadas dos produtos e serviços.

#### **7.2.4. Princípio do respeito pelos direitos do consumidor**

Consagrado no artigo 12.º do CP, proíbe qualquer publicidade que atente, de alguma forma, contra algum dos direitos do consumidor.

Este princípio, na verdade, engloba os citados anteriormente.

O princípio da veracidade que veda a publicidade enganosa, proíbe que se atente contra um direito do consumidor, qual seja a veracidade das publicidades, da

---

<sup>214</sup> CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p.191.

informação, o que tolheria do consumidor a escolha informada e verdadeiramente racional.

O princípio da identificabilidade proíbe que se atente contra outro direito do consumidor, qual seja o de estar ciente de que diante de si há uma publicidade para, desta forma, poder fazer uma escolha racional.

Por sua vez, o princípio da licitude veda que a publicidade seja realizada em desacordo com a lei e com os valores constitucionais, sendo a proteção e a defesa do consumidor consagrados constitucionalmente, no artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa.

Toda e qualquer publicidade deverá, sempre, respeitar todos os direitos do consumidor, parte mais fraca na relação jurídica.

## **8. DA IMPORTÂNCIA DA HARMONIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ACERCA DA PUBLICIDADE COMPARATIVA NA UNIÃO EUROPEIA**

*Ab initio*, já podemos adiantar que a uniformização da legislação acerca da publicidade comparativa no âmbito da União Europeia é de extrema importância econômica, social e jurídica.

Isso se deve ao fato de que a publicidade, em geral, e a publicidade comparativa, em especial, são mecanismos financeiros que visam a obtenção do lucro. A concorrência entre as empresas dos países membros deve estar igualada em todos os sentidos, para que estes possam expandir suas atividades para os territórios vizinhos sem percalços, como se fosse um mercado único formado por várias nações, onde todas podem ser economicamente exploradas, atingindo, assim, um dos objetivos instituidores da UE. A falta de regras comunitárias sobre o tema sempre foi tida como um motivo que dificultava a livre circulação de mercadorias<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> WA, Man Sok. **Tutela institucional da concorrência em concorrência desleal, publicidade comparativa e práticas comerciais desleais**. 2012. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 109.

Tendo-se em conta o que assevera o tratado formador da União Europeia, as bases sob as quais este bloco se funda, tanto jurídicas quanto econômicas e, também, sociais, não é benéfico para as empresas que uma forma de publicidade, nomeadamente a comparativa, tenha limitações distintas dentro dos Estados membros. Isso causa insegurança jurídica por parte do empresário e do empreendedor, que acabam por ter receio de expandir sua marca pois além de todos os trâmites burocráticos que irão encontrar, teriam, ainda, que ter conhecimento das legislações locais de diversos temas, dentre os quais a publicidade.

Portanto, temos que a uniformização é uma medida imprescindível à realização do mercado interno,

Tendo em conta o aumento exponencial da variedade da oferta e a importância da publicidade enquanto meio muito importante para os consumidores em ordem a criar em toda a Comunidade oportunidades reais de mercado para todos os bens e serviços. Nesse sentido, considera-se que a harmonização do regime da publicidade comparativa contribuirá para demonstrar objectivamente as vantagens dos diferentes produtos comparáveis, podendo servir de estímulo à concorrência entre fornecedores de bens e serviços no interesse dos consumidores.<sup>216</sup>

A falta de harmonização legislativa sobre o tema também não é benéfica para os consumidores, que sem a expansão das empresas estrangeiras ficarão adstritos aos negócios locais, o que vai contra a livre concorrência leal e sadia, que além de beneficiar o consumidor, beneficiaria também o mercado e a sociedade, fazendo girar riquezas.

Tendo em conta a grande função informativa assumida pela publicidade comparativa, sendo extremamente benéfica para o consumidor, quanto mais difundida e utilizada ela for, maiores serão os benefícios aos consumidores e, conseqüentemente, à sociedade como um todo. Certamente a existência de diferentes regimentos jurídicos acerca do tema é um importante fator de desestímulo à sua utilização.

A falta de uniformização dos regimes no tocante à esta modalidade publicitária acarretaria com que as empresas deixassem de utilizá-la, prejudicando, ou melhor,

---

<sup>216</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais. *In: Estudos de Direito do Consumidor, CDC/FDUC*, n.º 7, 2005, p. 4. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10316/28796>>. Acesso em 13 de março de 2020.

deixando de beneficiar o consumidor em uma escolha mais esclarecida. Deixando, também, de fomentar a livre concorrência no mercado de consumo.

Deve-se fazer o possível para eliminar este tipo de fronteiras, que em nada ajudam a evolução econômica do bloco europeu.

Tendo isso em mente, por intermédio das já comentadas Diretivas Comunitárias 97/55/CE e, atualmente, 2006/114/CE, o legislador europeu regulamentou o tema da publicidade comparativa, trazendo significativas alterações legislativas para alguns dos membros do bloco europeu.

Os ordenamentos jurídicos de todos os países membros da União Europeia foram unificados em um só sentido, permitindo, assim, uma maior abertura dos mercados internos às empresas estrangeiras e uma maior concorrência leal.

Essa atitude acarretou em muitos benefícios ao consumidor, como novas possibilidades de escolha, maiores informações adquiridas por intermédio da publicidade comparativa, além de uma competitividade maior nos preços devido aos novos concorrentes que entraram no mercado, mantendo-os a níveis mais baixos e competitivos<sup>217</sup>.

Com isso, “foi criado um último patamar evolutivo, no sentido da admissibilidade da publicidade comparativa, permitindo um mercado único onde vigora a mesma lei<sup>218</sup>.

Desta forma, por intermédio da uniformização da legislação dos países membros sobre o tema em questão, os mercados nacionais alargaram-se aos demais países pertencentes à União Europeia, desaparecendo as fronteiras protecionistas<sup>219</sup>. Não restam dúvidas que a atividade publicitária como um todo é uma grande impulsionadora do mercado, servindo como um instrumento importante para fomentar

---

<sup>217</sup> BARROCA, Ana Cristina Tavares da Cunha Mota de Almeida. **A concorrência desleal na publicidade comparativa: atos de confusão e denegrição**. 2014. Dissertação de mestrado – Lisboa: ISCTE-IUL, Lisboa, 2014, p. 22. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10071/10994>>. Acesso em 21 de julho de 2019.

<sup>218</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. *In: Direito Industrial, IV*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 251.

<sup>219</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Direito da publicidade e concorrência desleal. *In: Direito Industrial, IV*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 272.

a concorrência leal, a qual é sempre benéfica para as empresas, além de beneficiar o consumidor.<sup>220</sup>

Assim, diante do exposto, resta evidente que a regulamentação comunitária da publicidade comparativa não é uma medida apenas de cunho jurídico, mas também econômico e social. O processo de integração econômica idealizado para a União Europeia não poderá ser concluído em sua plenitude enquanto houverem barreiras mercadológicas desnecessárias aos países membros, razão esta que dá azo à regulamentação unificada da publicidade comparativa, juntamente com as demais citadas vantagens, tanto aos consumidores quanto ao próprio mercado.

## 9. A PUBLICIDADE COMPARATIVA NO BRASIL

A partir deste momento, passaremos a uma análise mais detida do sistema adotado pelo Brasil para a regulamentação da publicidade, nomeadamente da publicidade comparativa.

Percorreremos o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a Lei de Propriedade Intelectual e o Código de Defesa do Consumidor, no afã de estabelecermos qual o regime regulamentar adotado pelo país.

### 9.1. A (FALTA DE) LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DA PUBLICIDADE

Diferentemente do que ocorre em Portugal por meio do Código da Publicidade, no Brasil não há uma legislação específica destinada a regulamentar o tema.

---

<sup>220</sup> WA, Man Sok. **Tutela institucional da concorrência em concorrência desleal, publicidade comparativa e práticas comerciais desleais**. 2012. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 52.

Tudo o que existe se resume ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que por ser um diploma criado e salvaguardado pela iniciativa privada não possui força coercitiva, e aos artigos 36, 37 e 38 do Código de Defesa do Consumidor.

Os poucos artigos constantes no código que tutela os direitos consumeristas acerca da publicidade tratam, apenas: a) no artigo 36 sobre a sua forma de veiculação, trazendo em seu bojo o princípio da identificabilidade e no parágrafo único o princípio da veracidade; b) tratam, também, da publicidade enganosa e abusiva, conceituando-as no artigo 37 e seus parágrafos; além de c) estabelecer a quem recai o ônus probatório acerca da veracidade da informação veiculada na publicidade, no artigo 38. Essas são as limitações do CDC, não trazendo sequer um conceito acerca do que vem a ser publicidade.

Apesar de ser um diploma bastante mais recente que o CBAP, o CDC, ao contrário do Código Autorregulamentar, sequer citou a publicidade comparativa, deixando totalmente de regulamentá-la e de reconhecer, expressamente, a sua existência.

Ao menos no pouco que buscou regulamentar sobre a publicidade, o CDC o fez muito bem. Tratou da publicidade enganosa e abusiva de forma bastante clara, colmatando lacunas e não deixando espaço para interpretações diversas da que lhe quis dar o legislador.

Ao contrário do CDC, o artigo 8.º do CBAP possui um conceito do que entende por publicidade e propaganda: “atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias.”<sup>221</sup>

Já definimos os conceitos de publicidade e propaganda no início deste estudo<sup>222</sup>, então podemos dizer que a definição que nos é apresentada pelo CBAP, apesar de não estar errada, é demasiado simples, mas serve ao propósito ao qual se presta. Entretanto, quanto à publicidade comparativa nem mesmo o diploma autorregulamentar, apesar de tratar sobre ela, trouxe uma definição.

---

<sup>221</sup> CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. 1978. Disponível em <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 01 de abril de 2020.

<sup>222</sup> Para um entendimento mais aprofundado e abrangente sobre as definições de publicidade e de propaganda, remetemos o leitor aos tópicos 2.1 e 2.2.

Afora estes dois diplomas, um legal, estatal, público e outro privado, autorregulamentar, há apenas a jurisprudência que, na falta de lei, muito se utiliza do Código Brasileiro de Autorregulamentação para decidir sobre questões relativas à publicidade em geral e, especificamente, sobre a publicidade comparativa. Como o CDC nem ao menos menciona a referida modalidade publicitária e a mesma responde por uma boa parte dos litígios que chegam tanto ao Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR quanto ao judiciário, os julgadores se utilizam até mesmo do direito comparado para traçar seus limites.

A falta de legislação específica sobre a publicidade faz com que existam discussões que seriam facilmente evitadas com a edição de uma Lei, como, por exemplo, a licitude ou não da publicidade comparativa, ou a possibilidade da utilização de marca ou outro sinal distintivo de terceiro, sem sua autorização, na veiculação da publicidade comparativa.

Entretanto, no poder legislativo não existe qualquer sinal de que uma lei tratando sobre o tema possa vir a ser editada a curto e médio prazo. Portanto, necessário trabalharmos com o pouco que existe em *terrae brasilis*, em termos legais, sobre publicidade, juntamente com a regulamentação privada e o já definido pela jurisprudência.

## 9.2. O SISTEMA BRASILEIRO DE REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE

Diante da falta de iniciativa do legislador brasileiro, nos termos vistos acima, compete-nos agora o entendimento sobre o sistema adotado no Brasil para tratar acerca da matéria publicitária.

O sistema de controle da publicidade adotado por um país poderá ser público, privado ou misto.

Será público quando a regulamentação e o controle da atividade forem feitos por intermédio do Estado. É o próprio estado e somente ele que estabelece a possibilidade ou não da veiculação da publicidade, dentro de quais parâmetros a

atividade será lícita e quem pode praticá-la. Ou seja, somente o estado legislou sobre ela e a regulamentou, sem haver espaço para a vontade privada.

Já no sistema privado ou autorregulamentar não há uma legislação estatal acerca do tema. São os próprios agentes que atuam no mercado que, de forma organizada, se associam para regulamentá-lo. O Estado não tem qualquer envolvimento com a regulamentação da atividade. O que chamamos de autorregulamentação é um sistema de controle exclusivamente privado e exercido por quem participa do setor em questão.<sup>223</sup>

No entendimento de Marques Neto, a autorregulação é

A forma de regulação que surge a partir do interesse dos atores econômicos atuantes num dado subsistema, buscando a preservação das condições de exploração econômica, o fechamento deste sistema a novos entrantes ou a anulação ou absorção das interferências externas, de origem estatal ou não. A autorregulamentação tem caráter quase exclusivamente de regulação econômica.<sup>224</sup>

Podemos elencar algumas características inerentes aos sistemas autorregulamentares, quais sejam: a) a existência de uma associação de empresários de um determinado ramo do mercado, que seja de livre adesão; b) a criação de regras éticas e morais, estabelecendo limites para a atuação desses profissionais no mercado, evitando que sejam cometidos abusos; c) a criação de um órgão de controle dessa associação, que seja responsável por fiscalizar a observância das regras criadas; d) que esse órgão possua o poder de impor sanções a quem desrespeitar o regramento vigente.<sup>225</sup>

A maior crítica que se faz à autorregulamentação é a falta de coercibilidade. Diferentemente do que ocorre com um ato emanado do poder legislativo, o ato emanado de um ente privado não tem coercibilidade, não pode obrigar terceiros.

---

<sup>223</sup> PASQUALOTTO, Adalberto; CAUDURO, Luiza Kremer. Sistemas de autorregulamentação da publicidade: um quadro comparativo entre os países. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. 2016, p. 214. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/68476>>. Acesso em 8 de abril de 2020.

<sup>224</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Regulação econômica e suas modalidades. *In: Revista de Direito Público da Economia*. Ano 7, Belo Horizonte, n.º 28, p. 37, outubro/dezembro 2009.

<sup>225</sup> PASQUALOTTO, Adalberto; CAUDURO, Luiza Kremer. Sistemas de autorregulamentação da publicidade: um quadro comparativo entre os países. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. 2016, p. 213. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/68476>>. Acesso em 8 de abril de 2020.

Ensina Costella que o CONAR “é uma sociedade civil, uma entidade privada sem a participação do Poder Público, e suas decisões obrigam as partes somente à nível moral”<sup>226</sup>.

As regras constantes do sistema autorregulamentar, por exemplo as encontradas no CBAP, aplicadas pelo CONAR, se aplicam nos estritos limites do pacto entre os que aderem a este modelo.

O sistema misto, por sua vez, é aquele onde tanto o Estado quanto o ente privado atuam na regulamentação. Ambos os sistemas, público e privado, convivem de forma harmônica e complementar. Isso não significa dizer que ambos estão em igualdade hierárquica.

Havendo colisão entre o que preconiza a legislação estatal e o estatuído pela autorregulação, não resta qualquer dúvida de que irá prevalecer o ato estatal, emanado do poder legislativo e dotado de força cogente. A igualdade entre o sistema público e privado não é um requisito exigido para que se possa ter um sistema misto.

Sabemos que no Brasil a fraca regulamentação da publicidade é levada à cabo pelo CDC, uma norma estatal, de caráter público e dotada de coercitividade perante toda a sociedade. Mas, sabemos também, que no Brasil existe o Código Brasileiro de Autorregulamentação da Publicidade, aplicado pelo CONAR, amplamente respeitado pelos atuantes no setor e bastante adotado como fonte subsidiária para decisões judiciais por juízes e tribunais Brasil à fora. O diploma autorregulamentar é extremamente mais completo do que o CDC, que relegou os pormenores da matéria publicitária.

As normas contidas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária são “orientações que refletem e consolidam os usos e costumes do mercado publicitário, servem de fonte interpretativa subsidiária para o julgador, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.”<sup>227 228</sup>

---

<sup>226</sup> COSTELLA, Antonio F. **Legislação da comunicação social: Curso básico: jornalismo, publicidade, relações públicas, rádio e TV, editoração, cinema.** São Paulo: Mantiqueira, 2002, p. 186.

<sup>227</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 51.

<sup>228</sup> Diz o referido artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:

O Brasil adotou o sistema misto<sup>229 230</sup>, onde o ato legislativo (CDC) convive em perfeita harmonia com a autorregulamentação (CBAP).<sup>231</sup> Tanto o Estado quanto o ente privado têm competência para controlar os abusos cometidos contra os consumidores e contra o próprio mercado por intermédio da publicidade.

Importante frisar que o ente regulamentador privado – CONAR, não legisla, o poder de legislar é exclusivamente detido pelo Estado, por intermédio, via de regra, do poder legislativo. O que o ente privado faz é autorregulamentar a matéria, sem, entretanto, ter o poder de obrigar terceiros a cumprirem a autorregulação que emanou. Então, quando dizemos que o ente privado é dotado de competência para controlar os abusos cometidos por intermédio da publicidade, este controle encontrará sua fronteira limítrofe nos limites que são inerentes à regulação privada, ou seja, não havendo nele qualquer possibilidade de coagir os sujeitos atuantes no mercado a cumprirem suas decisões.

Os diplomas público e autorregulamentar são complementares e harmônicos entre si<sup>232</sup> e as normas lá existentes são éticas e compatíveis com a Constituição da República<sup>233</sup>, o que demonstra o belo trabalho desenvolvido pelo setor privado quando da criação do CONAR e do CBAP, haja vista ambos serem anteriores à promulgação da Constituição da República e, conseqüentemente, do CDC.

Falando especificamente do Brasil e da publicidade comparativa, cumpre destacar que o CDC, apesar de não a regulamentar, também não a proibiu e a autorregulamentação optou por, de forma expressa, permitir que a mesma seja feita, reconhecendo-a como parte integrante e importante dos usos e costumes do mercado publicitário<sup>234</sup>. Mesmo sem que tenha havido um planejamento prévio de confluência

---

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

<sup>229</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 284.

<sup>230</sup> SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. **Publicidade comparativa: regras e limitações**. 1ª ed. São Paulo: Ixtlan, 2009, p. 13.

<sup>231</sup> GONÇALVES, Antonio Baptista. **Propaganda enganosa e publicidade abusiva nas relações de consumo – análise jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 50.

<sup>232</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 317.

<sup>233</sup> FADEL, Marcelo Costa. Breves comentários ao Código de Auto-Regulamentação Publicitária do CONAR. *In: Revista de Direito do Consumidor*, n.º 50, abril/junho 2004. São Paulo, p. 168.

<sup>234</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 358.

entre o CDC e o CBAP, até mesmo no concernente à publicidade comparativa ambos os dispositivos são amplamente compatíveis, complementares e harmônicos entre si.

Apesar de o CBAP não ter sido elaborado e editado pelo legislador que representa a vontade da população, a iniciativa privada o fez de maneira a estar em perfeita harmonia com os princípios gerais que vieram a ser consagrados, posteriormente, na Constituição da República e no CDC.

Isso mostra a seriedade da autorregulamentação, bem como evidencia o pensamento bastante desenvolvido dos empresários da época e a maior prova disso é a semelhança que o artigo 32 do CBAP, que trata sobre a publicidade comparativa, guarda com o artigo 16º do CP português e, conseqüentemente, com a legislação da União Europeia.

Apesar de nosso entendimento, assim como da maioria da doutrina, ser de que no Brasil o sistema de controle da publicidade é misto, há quem defenda a existência de um sistema público. É o caso de Marcus Vinicius F. A. Da Silva. Para o autor não há como se falar em um controle misto da publicidade devido à falta de coercibilidade do órgão de natureza privada<sup>235</sup>. Para ele, inexistindo coercibilidade não há como existir qualquer tipo de controle.

Para esta corrente de entendimento o setor privado não possui competência para regulamentar nenhuma atividade devido, justamente, a falta de coercibilidade que lhe é inerente. Sem o poder de coagir alguém a algo, a cumprir uma decisão ou punição, por exemplo, cai por terra qualquer possibilidade de regulamentação. A máxima defendida é, então, que sem coação não é possível regulamentar.

Frisa-se que, nos exatos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, a competência legiferante é privativa da União Federal no que toca à legislação acerca da publicidade comercial (artigo 22, XXXIX), podendo Lei Complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias consideradas privativas da União conforme se depreende do mesmo artigo 22, parágrafo único. Então, os adeptos da corrente de pensamento ora tratada entendem que somente a

---

<sup>235</sup> SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **O direito do consumidor e a publicidade**. 1ª ed. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 299.

legislação exarada nos exatos termos preconizados pelo disposto na CRFB será capaz de regulamentar a atividade publicitária.

Isso ocorre pois eles entendem que para que haja o efetivo controle, deve haver também a possibilidade de vigilância, orientação, correção, fiscalização, poder de polícia, dentre outros, alguns dos quais a iniciativa privada não detém.

Pasqualotto, na mesma linha de pensamento, defende que

Não parece correta a afirmação de que temos uma regulamentação mista: parte pelo Estado, parte auto-regulamentada. As normas do CONAR, como se viu, são de caráter inteiramente privado. Portanto, não são aptas para produção de efeitos jurídicos perante terceiros. O aparecimento da regulamentação estatal, de caráter imperativo, ocupou-se inteiramente do espaço antes deixado livre à autonomia privada. O estatuto do CONAR é contratual, e a lei não deixou margem alguma para a regulamentação privada dessa matéria.<sup>236</sup>

Apesar do respeitável entendimento exarado por Pasqualotto, não nos parece que essa linha de pensamento mereça prosperar, sendo, no caso brasileiro, um típico controle misto, onde ambos os sistemas se complementam perfeitamente, cada um cobrindo as lacunas deixadas pelo outro<sup>237</sup>.

Apesar de o CONAR, por si só, não poder obrigar terceiros a cumprirem o disposto no CBAP, os Tribunais brasileiros muito se utilizam do referido diploma autorregulamentar para embasar suas decisões e tais decisões tem força cogente. Desta feita, parece-nos mais acertado a opção pelo sistema misto, haja vista a coercibilidade do CBAP se dar pela via judicial.

Outro seria o entendimento se a legislação estatal se ocupasse totalmente de regular a matéria, não deixando espaço para que o órgão autorregulamentar atuasse. Em assim sendo, caso seja editada lei que venha a regular os aspectos tratados pelo CBAP, colmatando as lacunas existentes, não haverá mais razão para a atuação do órgão autorregulamentar, a não ser a resolução administrativa de conflitos. Porém, os mesmos deverão ser decididos nos termos preconizados pela legislação que existiria

---

<sup>236</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69.

<sup>237</sup> MAZZONETTO, Nathalia. **Publicidade comparativa**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/228/edicao-1/publicidade-comparativa>>. Acesso em 09 de abril de 2020.

haja vista a autorregulamentação não poder ser contrária à legislação. Ou seja, o órgão autorregulamentar resolveria administrativamente os conflitos utilizando o preconizado pela lei estatal, para aqueles que optassem por se submeter a esta via alternativa de resolução de conflitos. Aos demais, restaria a via judicial, assim como é atualmente.

Ideal seria, é verdade, que houvesse uma legislação estatal mais completa, seguindo os moldes do CBAP e utilizando-se dos conceitos trazidos pelo CDC acerca da publicidade enganosa e comparativa, ou seja, fazendo uso do que existe de melhor nos dois campos para criar uma legislação mais completa e que seja de cumprimento obrigatório para toda a sociedade.

O sistema apenas privado, autorregulamentar, se mostra insuficiente para exercer a defesa dos consumidores e dos concorrentes prejudicados ante a falta de coercibilidade de suas decisões, bem como diante da falta de poder de polícia, haja vista ser um órgão privado que não pode, por exemplo, aplicar multas em decorrência de publicidades ilícitas. Assim sendo, o sistema misto se mostra, no momento atual, como a melhor alternativa, pois consegue agregar as vantagens do sistema estatal com as do sistema privado.<sup>238</sup>

Portanto, enquanto o momento, no Brasil, de termos um sistema estatal eficiente não chega, temos que assumir que o país possui um sistema misto e que, dentro do possível, o mesmo funciona perfeitamente bem, sendo o CBAP e o CDC muito bem conciliados no dia-a-dia da publicidade e utilizados da melhor forma possível pelo poder judiciário em suas decisões, formando a jurisprudência que acaba por colmatar algumas lacunas ainda existentes.

### **9.2.1. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**

---

<sup>238</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 52.

Curiosamente, a disciplina da publicidade no Brasil partiu de iniciativa dos próprios publicitários, deflagrando o controle privado da publicidade muito antes de o Estado editar o CDC.

Ao final dos anos 1970 o Brasil vivia um regime ditatorial e era cogitado, por parte do governo, criar uma autarquia para regulamentar a publicidade no país, fato este que, sem dúvidas, iria gerar uma grande censura.<sup>239</sup> Cientes do que estava por vir, os empresários do setor se reuniram e fundaram o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, uma sociedade civil sem fins lucrativos que tinha por objetivo aplicar e fiscalizar as normas éticas do setor publicitário<sup>240 241</sup> e zelar pelos bons costumes da publicidade comercial.

Portanto, o CONAR é um ONG – organização não governamental cuja finalidade é zelar pela comunicação comercial, sob todas as formas, tendo por base o CBAP. Como ONG, o CONAR é mantido por agências de publicidade, por empresas anunciantes, veículos de comunicação, além das entidades que o fundaram, tais como a Associação Brasileira de Agências de Publicidade – ABAP; Associação Brasileira de Anunciantes – ABA; Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT; Associação Nacional dos Editores de Revistas – ANER; e Associação Nacional de Jornais – ANJ.

Para cumprir sua finalidade, o CONAR utiliza o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, inspirado em regulamentações estrangeiras e no Código Internacional de Prática Publicitária do ano de 1937, revisado nos anos posteriores<sup>242</sup>, no qual constam os limites e regras da publicidade, freando, assim, a intenção do governo de ditar limites para o seu exercício.

Então, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária surgiu como uma medida para evitar uma possível censura governamental da publicidade e,

---

<sup>239</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 98. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

<sup>240</sup> CASTRO, Carla Frade de Paula. **O Superior Tribunal de Justiça e a publicidade comparativa desleal**: um paradigma para o direito de marcas? Monografia – Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 32. Disponível em <<http://bdm.unb.br/handle/10483/11886>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

<sup>241</sup> PEREZ, Clotilde; BARBOSA, Ivan Santo. **Hiperpublicidade**: fundamentos e interfaces. V.1. São Paulo: Thomson Learning, 2008, p. 65.

<sup>242</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 34.

juntamente com o CONAR conquistou grande êxito no que diz respeito ao acatamento de suas decisões.

A via da autorregulamentação é conhecida por ser muito mais ágil, mais barata e menos burocrática do que a via judicial, o que faz dela um grande atrativo para as empresas resolverem seus litígios.

Desde a sua criação o CONAR, utilizando o CBAP como base de suas decisões, tem prestado um grande serviço à sociedade brasileira, não somente de forma direta resolvendo conflitos, analisando denúncias de consumidores, associados, órgãos do poder público e de seus próprios membros<sup>243</sup>, mas também de forma indireta, evitando que uma grande quantidade de ações abarrotassem ainda mais o já saturado poder judiciário brasileiro.

Imperioso destacar que o CONAR não exerce censura prévia, as regras contidas no CBAP só poderão ser aplicadas quando uma publicidade violadora for veiculada. A intenção não será, jamais, punida.

Por obvio, as publicidades que são veiculadas todos os dias não necessitam passar por qualquer crivo do CONAR, que só atuará se for provocado mediante denúncia de alguma irregularidade ou ofensa ao CBAP, de uma publicidade ilícita, denúncia esta que poderá ser feita por qualquer pessoa física ou jurídica.

Apesar do grande serviço que presta e das vantagens que são apresentadas pela via autorregulamentadora da publicidade, o CONAR não é imune às críticas e a maior delas é quanto à inexistência de coercibilidade de suas decisões. Ou seja, se as mesmas forem descumpridas, não acarretará nenhuma penalidade ao empresário ou empresa que descumpriu e não haverá uma forma de os obrigar a cumpri-las.

Outra crítica contumaz que se faz ao modelo autorregulamentar adotado no Brasil diz respeito às penalidades impostas pelo CBAP e aplicadas pelo CONAR, pelo fato de que as mesmas são destituídas de rigor. Tal crítica, infelizmente, merece prosperar. Nenhuma das sanções impostas pelo CONAR apresentam a devida gravidade.

---

<sup>243</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 147.

O procedimento autorregulamentar funciona da seguinte forma: recebida uma denúncia pelo Conselho, lhe será designado um relator e o órgão irá abrir um processo investigatório, o qual será sigiloso e, concluindo-se por não haver irregularidades, poderá o mesmo ser arquivado; porém, em se verificando a existência de ilicitude da publicidade denunciada ou a evidência de transgressão ao CBAP, haverá um procedimento contencioso, o qual será público<sup>244</sup>, e as sanções, constantes no artigo 50 do CBAP, poderão ser: a) advertência; b) alteração ou correção do anúncio veiculado; c) recomendação aos veículos de comunicação para que sustentem o anúncio; e, por fim, d) a divulgação na mídia da posição do CONAR. Bastante evidente a falta de rigor punitivo.

Contra a decisão proferida são admitidos dois recursos, quais sejam Recurso Ordinário, dirigido à Câmara Especial de Recursos e o Recurso Extraordinário, que é dirigido para o Plenário do Conselho de Ética.

Entretanto, conforme dissemos, as sanções são, além de destituídas de rigor, são também desprovidas de caráter obrigatório, ou seja, não são dotadas de coercibilidade, o que poderá torná-las totalmente inócuas, obrigando a parte que se sentir prejudicada a procurar, após o encerramento do trâmite pela via administrativa e condenação do anunciante pelo CONAR, o poder judiciário para, enfim, ver satisfeita sua pretensão.

No caso de o anunciante condenado descumprir a pena imposta pelo CONAR, a mesma não poderá ser obrigatoriamente imposta de nenhuma forma, haja vista a falta de coercibilidade das decisões do órgão. Isso significa que aquele que se sentiu prejudicado, se ainda desejar exercer alguma pretensão contra a publicidade concorrente, precisará passar por um novo processo, desta vez judicial, se quiser ver satisfeita a sua pretensão.

Não olvidamos do grande potencial lesivo apresentado por uma publicidade enganosa, abusiva, ou que seja, de qualquer outra forma, ilícita, podendo prejudicar de forma extremamente grave os concorrentes. Por essa razão a falta de gravidade das sanções e a conseqüente insuficiência frente aos danos que podem causar a um

---

<sup>244</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 91. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

concorrente são dos maiores motivos de reclamações por parte da doutrina e, até mesmo, de empresários atuantes no setor.

Porém, diante da não obrigatoriedade das decisões, mesmo que o CBAP estabelecesse penalidades mais gravosas, de nada serviriam se os condenados a elas não as cumprissem.

Diga-se, por oportuno, que via de regra os empresários e empresas do setor publicitário, bem como os anunciantes que fazem uso desses serviços, costumam cumprir<sup>245</sup> as decisões impostas pelo CONAR. Nesse cenário a existência de penalidades mais graves se mostraria suficiente para coibir determinados tipos de publicidade ilícita. Porém, não podemos deixar de considerar outro cenário: em sendo as penalidades mais gravosas, considerando não serem as mesmas coercitivas, os empresários poderiam vir a deixar de respeitar as decisões emanadas pelo poder autorregulamentar pois as mesmas lhes seriam demasiadamente onerosas. Ou seja, uma modificação do CBAP no sentido de torná-lo mais rigoroso, poderia vir a torná-lo, também, inócuo, pois afastaria a obediência, hoje existente por parte do setor publicitário, quanto às decisões exaradas.

A grande maioria as discussões advindas no sistema público de controle da publicidade poderiam ter sido resolvidas se o Estado, no momento em que legislou acerca da publicidade, o tivesse feito de maneira suficiente, eficiente e competente, porém não foi o caso. Como veremos, o CDC, apesar de ser uma norma emanada do Estado, por intermédio do poder legislativo, posterior ao CBAP, deixou muito a desejar quando tratou acerca da publicidade. Em havendo um regramento legal sobre o tema aqueles que se sentirem prejudicados poderiam recorrer, diretamente, ao poder judiciário com a segurança jurídica que lhes seria dada pela legislação.

Uma alternativa hoje existente, tanto ao processo da autorregulação quanto ao processo judicial, que poderá ser utilizada pelos concorrentes e, até mesmo, pelos consumidores que se sentirem prejudicados por uma publicidade ilícita é a arbitragem. Porém, para que a mesma seja utilizada há que existir a concordância de ambas as partes quanto à escolha por essa modalidade alternativa de resolução de conflitos. Esta escolha se mostra interessante haja vista que a sentença arbitral, apesar de não

---

<sup>245</sup> SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. **Publicidade comparativa: regras e limitações**. 1ª ed. São Paulo: Ixtlan, 2009, p. 39-40.

poder ser cumprida pelo próprio juízo arbitral, o poderá o ser pelo poder judiciário haja vista ser considerada como um título executivo judicial, nos termos do inciso VII do artigo 515 do Código de Processo Civil brasileiro. A via arbitral é bastante mais célere do que a judiciária, porém, apresenta ainda um alto custo.

É claro que todos aqueles que se sentirem prejudicados em decorrência de uma publicidade poderão se socorrer do poder judiciário, sem haver qualquer necessidade de esgotar a via administrativa, diga-se, passar pelo CONAR. Da mesma forma, terão de fazê-lo se possuírem pretensões às quais fogem à alçada de competência do poder autorregulamentar, como, por exemplo, a reparação financeira por danos sofridos em decorrência de publicidade ilícita.

Apesar das críticas que recebe, a nosso ver justas, e que poderiam ter sido amenizadas pelo CDC, o CBAP e o CONAR trazem um grande benefício à sociedade.

Mesmo sendo uma regulamentação de caráter eminentemente privado, o CBAP é de suma importância para o poder judiciário brasileiro<sup>246 247</sup>, que nele baseia muitas de suas decisões acerca da publicidade, nomeadamente da publicidade comparativa, modalidade que não é tratada em nenhum diploma brasileiro, seja ele legal ou não.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, conforme vimos, traçou as bases de licitude da publicidade comparativa no Brasil, bases essas que vem sendo seguidas pelo judiciário nas decisões que exara e que muito se assemelham ao que preconiza o Código da Publicidade Português.

A princípio, a resposta aos problemas elencados aqui como inerentes à autorregulamentação, ao CONAR e a aplicação do CBAP poderiam ser resolvidos com a outra metade do sistema regulamentar misto, qual seja o lado estatal o que, conforme adiantado por nós alhures, não ocorreu devido à ineficiência do legislador brasileiro no tocante à esta matéria.

É importante destacar que o CBAP abriga diversos princípios atinentes à publicidade comparativa, estando todos eles em perfeita consonância com os

---

<sup>246</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo. Saraiva, 2004. P. 476.

<sup>247</sup> SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. **Publicidade comparativa: regras e limitações**. 1ª ed. São Paulo: Ixtlan, 2009, p. 41.

princípios constitucionais e legais extraídos do CDC. Porém os mesmos serão trazidos à lume e terão a devida importância que lhes é própria em tópico dedicado.

Conforme já salientado por nós em momento anterior, o CBAP trata acerca da publicidade comparativa no artigo 32, traçando seus limites. Assim, da interpretação do referido diploma autorregulamentar podemos dizer que a publicidade comparativa no Brasil, para que seja considerada lícita, deverá:

- a) Ter por objetivo maior o esclarecimento, a informação ao consumidor, senão a sua defesa;
- b) Primar pela objetividade nas comparações realizadas, posto que dados subjetivos de fundo psicológico ou emocional não constituem uma base válida de comparação. Deve ser possível aferir, objetivamente, sua veracidade;
- c) A comparação efetuada deverá ser passível de verificação;
- d) A comparação deverá, via de regra, ser realizada entre bens ou serviços feitos ou fabricados no mesmo ano. A exceção a esta regra é quando se quiser demonstrar evolução, o que deverá ficar amplamente caracterizado;
- e) Não poderá se estabelecer confusão entre produtos, marcas e serviços concorrentes;
- f) Não poderá caracterizar concorrência desleal, denegrição da imagem do concorrente ou de seu produto ou marca;
- g) Não se utilize injustificadamente do prestígio de terceiros concorrentes para alavancar a própria marca;
- h) Quando a comparação for entre produtos que estejam em patamares de preço distintos, tal circunstância deverá ser claramente indicada pelo anunciante;

Embora, como dito, não se trate de normatização cogente, com *status* de lei, haja vista ter sido editada por um órgão privado, tendo sido criado ao arpejo do artigo 22, XXIX da Carta Magna, são os parâmetros estabelecidos pelo CBAP que a jurisprudência brasileira tem adotado para embasar suas decisões na medida em que o preconizado no Código está de pleno acordo com os princípios havidos no bojo da Constituição da República, bem como complementa o pouco existente sobre matéria publicitária constante no Código de Defesa do Consumidor, que receberá, adiante, um olhar mais detido.

Conforme dissemos, o CONAR e o CBAP se mostram de grande importância na sociedade brasileira, trazendo um regramento que é respeitado pelos atuantes no setor e julgando processos de concorrentes acerca das violações efetivadas por intermédio da publicidade.

No ano de 2019 o CONAR julgou<sup>248</sup>, com base nas regras constantes no CBAP, 302 (trezentos e dois) processos, número inferior ao de 2018, quando foram julgados 324 (trezentos e vinte e quatro) processos. Desse número, 68,9% advieram de denúncias feitas por consumidores. A mídia que mais de aso à processos foi a internet, chegando a 69,5%, sendo o segundo lugar ocupado pela televisão, com 13,5% dos processos.

Do total de processos abertos a maior incidência, 39,5%, era sobre a veracidade da publicidade em questão, sendo que o tema atinente à publicidade comparativa pura e simples correspondeu a apenas 6,5% dos processos que chegaram ao CONAR.

Analisando-se friamente os números apresentados, 302 processos julgados durante o transcorrer de todo o ano poderão parecer uma contagem baixa. Entretanto, temos que ter em mente a quantidade de pessoas que poderiam ter sido afetadas pela mensagem, ou que de fato o foram, incidindo em erro, ou sendo prejudicadas de qualquer outra forma, bem como o número de concorrentes que poderiam ser efetivamente atingidos e prejudicados por forma ilícitas de publicidade. Neste cenário, não é difícil imaginar que a ação rápida do CONAR poderá ter evitado que milhões de pessoas, expostas às publicidades espúrias, fossem prejudicadas de alguma forma.

Ainda, todos os processos julgados pelo CONAR foram evitados de abarrotarem ainda mais o sistema judiciário, sendo resolvidos de forma mais célere do que as contendas judiciais e, também, menos dispendiosa financeiramente. Isso mostra a importância do órgão, na medida em que já elucidamos a respeitabilidade de suas decisões por parte dos atuantes no setor publicitário.

Não se olvida que existam muitos processos judiciais instaurados anualmente que versam acerca de contendas publicitárias, publicidade enganosa, abusiva,

---

<sup>248</sup> Os dados podem ser conferidos no balanço anual divulgado pelo CONAR em: <<http://www.conar.org.br/pdf/conar220.pdf>>. Acesso em 30 de julho de 2020.

comparativa, dentre outras ilicitudes capazes de ocorrerem por intermédio da publicidade, que não passaram pelo crivo administrativo por opção dos envolvidos, ou por incompetência do mesmo para analisar as pretensões deduzidas por seus autores, entretanto, tal fato não minimiza a importância da autorregulamentação. Mesmo que como uma via de opção àqueles que se sentirem lesados, não se vendo obrigados a participarem de uma contenda judicial, morosa e dispendiosa, para tentarem ver satisfeita a sua pretensão, da via da regulamentação privada não poderá ser tolhida sua importância.

### 9.2.2. O Código de Defesa do Consumidor

A Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, foi promulgada apenas dois anos após o legislador constituinte originário promulgar a Constituição da República Federativa do Brasil. Esta, por sua vez, que em seu artigo 5º, XXXII afirma que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Ainda no ano de 1976 a Constituição de Portugal foi a primeira a acolher normas de proteção ao consumidor, seguida pela Constituição espanhola<sup>249</sup>. Doze anos depois o Brasil seguiu o mesmo caminho.

Por estar prevista no Título II, Capítulo I, artigo 5º da Constituição da República, o qual trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, a defesa do consumidor foi alçada ao patamar de direito fundamental, o que significa que não poderá, nem mesmo, ser objeto de deliberação uma proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir ou reduzir tal direito, nos termos do §4º do artigo 60 da Carta Magna<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **O direito do consumidor e a publicidade**. 1ª ed. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 119.

<sup>250</sup> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais;

Enfatizando a importância da previsão constitucional da proteção ao consumidor, Marques, Benjamin e Bessa afirmam que:

Efetivamente, no Brasil de hoje, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (*Werystem*), é um direito fundamental e é um princípio da ordem econômica da Constituição Federal (art. 170, V), princípio limitador da autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis (*debilis*), construindo um novo direito privado mais consciente de sua função social.<sup>251</sup>

É de se notar, ainda, que a CRFB também tratou do direito do consumidor em seu artigo 170, V, elevando a defesa do consumidor, além de direito fundamental, a princípio da ordem econômica<sup>252</sup>.

Portanto, o CDC surgiu em perfeita consonância com a Carta Constitucional e com a finalidade de trazer uma maior proteção aos consumidores, considerados a parte mais fraca da relação negocial, reconhecidos como vulneráveis pelo artigo 4º, inciso I do CDC, em suas relações com os fornecedores.

O Código de Defesa do Consumidor é considerado um subsistema decorrente do sistema constitucional, exatamente por isso é tido como sendo uma lei principiológica, sendo aplicável subsidiariamente a outros diplomas legais<sup>253</sup>.

Veremos agora a quem se aplicam as normas constantes do CDC, ou seja, quem são os consumidores que dele podem beneficiar-se e os fornecedores de produtos ou serviços que se submetem à legislação consumerista brasileira.

#### 9.2.2.1. O consumidor e o fornecedor

O Código consumerista não se aplica a toda e qualquer relação comercial, mas terá aplicabilidade apenas às relações ditas de consumo. Isto é, quando as partes que

---

<sup>251</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 196.

<sup>252</sup> 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;

<sup>253</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

compõe a relação fático-jurídica puderem ser caracterizadas como “consumidor” e “fornecedor”.

Assim, para que se apresente uma relação de consumo é necessário que exista uma relação jurídica onde em um dos polos há um sujeito consumidor, nos termos do artigo 2º do CDC, e no polo adverso um outro sujeito, fornecedor, enquadrando-se no conceito do artigo 3º do referido diploma legal.

Para a verdadeira proteção do consumidor, o decisivo é o intérprete, o juiz ou o aplicador da lei determinar com exatidão que se trata de uma relação de consumo<sup>254</sup> e para isso deverá observar presentes *in concreto* alguns requisitos.

O próprio Código, em seus artigos 2º e 3º, se encarregou de nos trazer, respectivamente, os conceitos de consumidor e fornecedor, *verbis*:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.<sup>255</sup>

Marques ensina que consumidor é o indivíduo ou a pessoa jurídica não profissional que retira o produto ou o serviço da cadeia de fornecimento, isto é, o consome de forma definitiva, é o seu destinatário final, sendo, ainda, a parte mais fraca da relação, tida como vulnerável. Consumidor é o destinatário fático e econômico do serviço ou produto<sup>256</sup>.

Considerando que o consumidor poderá ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica, mister entender o critério de “destinatário final” que nos é apresentado, pois é ele que, no caso concreto, irá definir se haverá ou não a aplicação das normas consumeristas.

---

<sup>254</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 99.

<sup>255</sup> BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 12 de setembro de 1990.

<sup>256</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 304.

Quando uma pessoa física vai até a concessionária e adquire para si um automóvel não se olvida que se estabelece a típica relação de consumo regulada pelo CDC. Há, de um lado, o consumidor, como destinatário final, e de outro o fornecedor de um produto, de um bem de consumo.

De forma diversa, não se estabelece uma relação consumerista quando a concessionária compra os carros da fábrica para poder revender. Isso ocorre, pois, a concessionária não é o destinatário final do automóvel; o comprou para revendê-lo em sua atividade fim, ou seja, ele vai lhe gerar lucro de forma direta, está dentro da sua área de atuação.

Situação diversa se afigura se a concessionária comprar um automóvel para o seu diretor utilizar, ou seja, como destinatária final. A essa relação de consumo haverá a aplicação do CDC.

Da mesma forma, ou seja, será uma relação de consumo se a concessionária adquirir, de uma fábrica, móveis para a sala do gerente. Neste caso, a pessoa jurídica também será tida como consumidor final pois adquire bem para uso próprio, totalmente fora da sua área de atuação no comércio.

Quando os produtos adquiridos por uma pessoa jurídica, por uma empresa ou empresário, forem totalmente desvinculados de sua atividade produtiva, este adquirente poderá se constituir em um consumidor, será o destinatário final do bem de consumo e poderá estar presente a vulnerabilidade<sup>257</sup>, que deverá ser comprovada, haja vista se tratar de pessoa jurídica.

Nas circunstâncias elencadas acima a solução ao problema se mostrou de fácil identificação. Afinal, não se afiguram maiores dificuldades em auferir que as empresas seriam, de fato, destinatários finais dos produtos adquiridos nos exemplos dados. Entretanto, certos casos se avultam de difícil resolução ao intérprete do direito, como, por exemplo, pequenas empresas que utilizam insumos não diretos para a produção,

---

<sup>257</sup> NUNES JÚNIOR, Vida Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 15.

ou seja, fora de sua área direta de atuação. Neste caso, provada a vulnerabilidade da empresa, estará configurada a relação de consumo.<sup>258</sup>

Conforme ensinam Benjamin, Marques e Bessa,

O grande desafio do intérprete e aplicador do CDC, como Código que regula uma relação jurídica entre privados, é saber diferenciar e saber “ver” quem é comerciante, quem é civil, quem é consumidor, quem é fornecedor, quem faz parte da cadeia de produção e de distribuição e quem retira o bem do mercado como destinatário final, quem é equiparado a este, seja porque é uma coletividade que intervém na relação, porque é vítima de um acidente de consumo ou porque foi quem criou o risco no mercado. No caso do CDC é este exercício, de definir quem é o sujeito ou quem são os sujeitos da relação contratual e extracontratual, que vai definir o campo de aplicação desta lei, isto é, a que relações se aplica.<sup>259</sup>

Diferentemente do que fez com os conceitos de consumidor e fornecedor, o Código não caracteriza o que entende por destinatário final, ficando tal tarefa à cargo da doutrina e da jurisprudência.

Senso comum, o que vem à mente quando falamos em defesa do consumidor é um civil, não profissional, que estabelece uma relação jurídica com um profissional, para adquirir produto ou serviço. Exemplo bastante caricato é o citado acima, da pessoa física que vai até uma concessionária e adquire para si um automóvel.

Quando falamos de consumidor pessoa física o tema não encontra maiores entraves, pois será destinatário final aquele que comprar o produto ou adquirir ou utilizar o serviço consumindo-o em si mesmo. Que retirá-lo definitivamente do mercado, que utilizá-lo para si. Não se perquire acerca da vulnerabilidade do mesmo haja vista esta ser dotada de presunção absoluta, nos termos do inciso I do artigo 4º do CDC.

O consumidor pessoa física considerado como destinatário final é aquele que utiliza o produto ou serviço sem o intuito de vender ou revender. Ele será, de fato, o último utilizador da cadeia produtiva, não irá repassar a terceiros por intermédio de nova relação comercial e profissional que vise auferir lucro.

---

<sup>258</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 355-356.

<sup>259</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 99.

Temos então, por certo, que ser destinatário final é retirar o bem do mercado. Mas se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo na profissão que exerce, com finalidade de lhe gerar lucro, esse sujeito também deverá ser considerado como destinatário final? Caso afirmativa a resposta, em que circunstâncias isso ocorrerá? O CDC, apesar de trazer uma definição de “consumidor” não responde a estas questões, portanto é necessário à doutrina esclarecer tais obscuridades<sup>260</sup>.

O destinatário final é o consumidor que retira o bem do mercado de forma definitiva, adquirindo-o ou utilizando-o, colocando, de alguma maneira, um fim à cadeia produtiva. Se o bem for utilizado para continuar a produzir, como insumo ou meio de produção, aquele que o adquiriu não será o consumidor final, pois ele recolocará o bem na cadeia do mercado de consumo. Está se utilizando do bem para vender o seu produto ou serviço ao seu cliente<sup>261</sup>.

O tema encontrou discussão na doutrina e na jurisprudência visando estabelecer em quais situações quem adquire ou utiliza produto ou serviço poderia ser tratado como consumidor em uma relação negocial, caracterizando, portanto, uma relação de consumo.

Nesse diapasão surgiram algumas teorias, das quais atualmente adota-se a teoria do finalismo aprofundado. Segundo essa corrente doutrinária, acolhida pela jurisprudência do STJ, é admitido que, em determinadas hipóteses, o adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparado a condição de consumidor por apresentar, frente ao fornecedor, alguma vulnerabilidade. Entretanto, isso deverá ser apreciado de forma individual, a depender de cada caso concreto.

Para a teoria do finalismo aprofundado,

Destinatário final seria aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de

---

<sup>260</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 103.

<sup>261</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 347.

produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.<sup>262</sup>

Para que seja considerado consumidor final, o produto ou serviço adquirido ou utilizado deverá ser estranho à atividade lucrativa daquele que busca ser reconhecido como consumidor. Por exemplo, uma farmácia que compra máquinas de cartão de crédito tem, para com a empresa que as vendeu, uma relação de consumo, contanto que esteja presente, também, a vulnerabilidade. Isso se deve ao fato de que apesar de as máquinas de cartão de crédito serem utilizadas na atividade laborativa, qual seja a farmácia, as mesmas não apresentam ligação com a atividade fim, com a venda de medicamentos e insumos farmacêuticos. Ou seja, as máquinas de cartão de crédito são estranhas à atividade lucrativa da farmácia, não guardam relação de dependência com ela. Mesmo sem as máquinas de cartão de crédito a farmácia continuaria exercendo a sua atividade da mesma maneira, exercendo a mesma atividade e comercializando os mesmos produtos.

Diga-se que para a teoria do finalismo aprofundado o mais importante é a presença ou não de vulnerabilidade de uma das partes da relação jurídica. Ou seja, essa teoria equipara a consumidor o empresário que apresente vulnerabilidade na relação negocial sendo o destinatário final fático e econômico. Deverá cumprir estes três requisitos.

Entretanto, diferentemente do consumidor pessoa física que goza de presunção absoluta de vulnerabilidade, o consumidor pessoa jurídica se quiser descaracterizar a relação empresarial e caracterizá-la como consumerista deverá comprovar que é vulnerável frente à outra empresa.

Ainda, o consumidor pessoa jurídica, para que seja equiparado a consumidor, deverá demonstrar, além da vulnerabilidade, que não adquiriu o produto ou serviço visando utilizá-lo como insumo direto para a realização de sua atividade fim, que o produto ou serviço que adquiriu ou utilizou está fora da sua área de atuação mercadológica. Ou seja: que é fática e economicamente o destinatário final.

Podemos citar como exemplo um hotel que compra, de uma grande empresa, gás para abastecer suas dependências. Pela teoria do finalismo aprofundado há que

---

<sup>262</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 103-104.

se verificar se existe vulnerabilidade do hotel frente à empresa de gás. Em sendo positiva a resposta, deverá, então, ser verificado se o produto adquirido pelo hotel está dentro ou fora de sua área de atuação. No exemplo dado, o hotel não comprou o gás para revendê-lo, mas sim como destinatário final fático e econômico, para manter o estabelecimento em pleno funcionamento. A atividade fim do hotel é o aluguel de quartos e dependências para seus clientes, sendo o gás uma mera comodidade oferecida aos hóspedes ou uma necessidade ao melhor funcionamento do hotel. Mas, mesmo sem o gás a empresa seguiria exercendo suas atividades da mesma maneira.

Diferente seria no caso em que o hotel compra, de uma grande empresa, camas para todos quartos que possui. O hotel não irá revender as camas, porém elas fazem parte de sua atividade. Podemos imaginar um hotel que não utilize sistemas a gás, mas é-nos difícil imaginar um hotel que não disponha de cama para seus hóspedes. Neste caso, então, estaremos diante de uma relação comercial e não de uma relação de consumo.

Outro exemplo, pensemos em uma grande empresa farmacêutica que compra insumos químicos para a produção de medicamentos. A farmacêutica e a empresa vendedora de insumos estabelecerão uma relação comercial, não uma relação de consumo. Isso se deve ao fato de que o comprador irá recolocar o produto comprado no mercado, utilizá-lo como matéria prima, repassando os custos aos seus compradores no momento da venda dos remédios.

Outro seria o entendimento, configurando, portanto, uma relação de consumo, se a empresa farmacêutica comprasse portas de vidro para colocar nos escritórios de seus administradores. Neste caso, as portas de vidro não fazem parte da atividade desenvolvida pela empresa farmacêutica, sendo a mesma vulnerável em relação à empresa vendedora e utilizando o produto como destinatária final.

A vulnerabilidade ora tratada deverá, sempre, ser provada *in concreto* quando se tratar de consumidor pessoa jurídica. Tendo sempre presunção absoluta quando se tratar de consumidor pessoa física.

Pelo entendimento adotado na teoria do finalismo aprofundado, apesar de o encadeamento se dar entre duas empresas ou dois empresários, a relação não será

regida pelas regras do direito empresarial, mas sim pelas regras constantes do CDC, haja vista estarem presentes os requisitos caracterizadores do consumidor.

Cumpra consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor.<sup>263</sup>

Ainda, como terceiro exemplo, cite-se uma empresa que contrata, de outra empresa, seguros no afã de proteger seu patrimônio. Considera-se que a empresa contratante é destinatária final do produto ou serviço contratado, enquanto a empresa contratada é, claramente, fornecedora.

O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2º do CDC.<sup>264</sup>

A vulnerabilidade é, portanto, a peça chave para a aplicação do direito do consumidor às pessoas físicas.

A doutrina entende que existem quatro tipos de vulnerabilidade, quais sejam: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional.

A vulnerabilidade técnica refere-se à falta de conhecimento específico acerca do produto ou serviço de consumo e é presumida, de forma absoluta, para o consumidor não profissional.

A vulnerabilidade jurídica diz respeito à falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e seus reflexos na relação de consumo.

A vulnerabilidade fática é aquela em que por insuficiência econômica, intelectual, física ou até psicológica o consumidor está em desvantagem frente ao fornecedor, sendo a parte mais frágil e fraca da relação jurídica estabelecida.

---

<sup>263</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 357.

<sup>264</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 111.

Por fim, a vulnerabilidade informacional se apresenta frente à insuficiência de informações que o consumidor tem, acerca do produto ou serviço, capazes de influenciá-lo no processo decisório pela compra ou não de determinado bem<sup>265</sup>.

Apesar de estas serem as formas de vulnerabilidade reconhecidas pela jurisprudência brasileira como capazes de estabelecerem a aplicação do CDC, nada impede que no caso concreto a casuística nos apresente novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Assim sendo, qualquer relação comercial ou negocial em cujas partes não se enquadrem nos conceitos acima tratados de consumidor ou fornecedor, nos termos da teoria do finalismo aprofundado, não será regida pelo direito consumerista.

Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente – por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda – o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros.<sup>266</sup>

Podemos afirmar, então, que, em princípio submetem-se à Lei consumerista as relações jurídicas entre o fornecedor e o consumidor não profissional e entre o fornecedor e o consumidor, que pode ser profissional, mas que, naquela relação jurídica em questão, não visa o lucro, não age com profissionalidade. A relação jurídica é estranha à sua álea produtiva, não vai lhe gerar lucro direto, haja vista que a atividade tratada na relação não apresenta conexão com a sua atividade profissional, ou que a sua atividade profissional poderá ser exercida da mesma maneira se retirado o produto ou serviço em questão, seja este consumidor profissional pessoa física ou jurídica<sup>267</sup>.

Por derradeiro, merece destaque a figura do consumidor por equiparação, a nós de suma importância tendo em vista o enfoque dado à publicidade pelo presente estudo.

O ponto de partida para a existência dessa extensão da aplicação do CDC, admitindo a existência de consumidores por equiparação, é duplo: de um lado, a

---

<sup>265</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 109.

<sup>266</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 357.

<sup>267</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 347.

observação de que muitos que não se enquadravam no conceito existente de consumidor poderiam ser negativamente afetados por atos de outras pessoas, físicas ou jurídicas, que exercem atividades no mercado. De outro lado, o fato de que o destinatário final de algo nem sempre é o contratante.

Segundo Marques, no que tange aos consumidores equiparados:

Trata-se de um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencher as qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico do produto ou serviço.<sup>268</sup>

O CDC traz três modalidades de consumidores equiparados, quais sejam:

a) a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (parágrafo único do artigo 2º do CDC). Como exemplo, podemos citar a criança, filha do adquirente de produto alimentício, que ingere o alimento com larvas, portanto defeituoso, e vem a adoecer. A criança não era a titular da relação de consumo, mas interveio faticamente nesta relação, sendo, portanto, considerada consumidora; ainda, a criança que está a brincar com o celular da mãe e este vem a explodir em suas mãos, causando-lhe ferimentos.

b) todas as vítimas do fato do produto ou do fato do serviço (artigo 17 do CDC). Como exemplo, cite-se o transeunte que, ao passar por uma calçada, vê ruir sobre si, devido à um defeito na prestação do serviço de construção, um muro de tijolos recém construído; ou os passantes na rua que são atingidos quando da queda de um avião devido à falha na manutenção. Nenhum destes era titular da relação jurídica originária, porém foram atingidos, foram vítimas, do produto ou do serviço prestado.

Em interessante e didático julgado, o STJ considerou consumidor por equiparação, nos termos do artigo 17 do CDC, o comerciante que teve o olho perfurado em decorrência da explosão de uma garrafa de cerveja<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 347.

<sup>269</sup> Neste cenário, se mostra de interessantíssima leitura o relatório e voto constantes no Recurso Especial n.º 1.288.008 – MG, da lavra do Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino. BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.340.933 – SP de 17/03/2015, Terceira Turma, Ministro Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. *In*: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4387239>>

Logo,

Basta ser “vítima” de um produto ou serviço para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas sobre responsabilidade objetiva pelo fato do produto presentes no CDC – não é necessário ser destinatário final, ser consumidor concreto, basta o acidente de consumo oriundo deste defeito do produto e do serviço que causa o dano.<sup>270</sup>

c) todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais de oferta, de contratos de adesão, de publicidade, de cobrança de dívidas, de bancos de dados, sempre que vulneráveis *in concreto* (artigo 29 do CDC).

O artigo 29<sup>271</sup> abre o capítulo V do CDC, que trata acerca das “Práticas Comerciais” sendo aplicável à todas as práticas comerciais ali dispostas, quais sejam “Da Oferta” (artigo 30 ao 35), “Da Publicidade” (artigo 36 ao 38), “Das Práticas Abusivas” (artigo 39 a 41), “Da Cobrança de Dívidas” (artigo 42 e 42-A), “Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores” (artigo 43 a 45), bem como é aplicável, também, ao capítulo seguinte que trata acerca “Da Proteção Contratual”.

Quanto ao artigo 29, temos que:

Supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa! Para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) *expostas às práticas abusivas*. Estas, mesmo não sendo “consumidores *stricto sensu*”, poderão utilizar as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas.<sup>272</sup>

Para Rizzatto Nunes, o artigo 29 do CDC “indica o consumidor do tipo ideal, um ente abstrato, uma espécie de conceito difuso, na medida em que a norma fala da potencialidade, do consumidor que presumivelmente exista”<sup>273</sup>.

---

6&num\_registro=201201815525&data=20150317&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 9 de abril de 2020.

<sup>270</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 120.

<sup>271</sup> Art. 29. Para os fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas neles previstas.

<sup>272</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 122.

<sup>273</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo. Saraiva, 2004, p. 72.

Com relação à aplicação do artigo 29, importante frisar que a extensão da norma segue exigindo a existência de vulnerabilidade na relação jurídica, dispensado, apenas, o critério de destinatário final.

Como dito por nós acima, o ponto de partida para que o legislador e os aplicadores da lei permitissem a equiparação tem viés duplo. Primeiro, partindo do pressuposto de que muitas pessoas, não se encaixando no conceito de consumidor como vulnerável e, ao mesmo tempo, destinatário final, poderiam ser atingidos ou prejudicados pelas atividades desenvolvidas por fornecedores no mercado<sup>274</sup>. Por segundo, o fato de que o destinatário final nem sempre é o contratante. Desta feita, o artigo 29 do CDC protege os consumidores potenciais, na fase pré-contratual e, também, aqueles que sofrem ou são expostos às práticas abusivas que se desenvolvem sem relação direta com a conclusão de um contrato de consumo<sup>275</sup>.

No que tange a este estudo, relacionado à publicidade, podemos encaixar o público alvo das mensagens publicitárias como consumidores com a utilização da norma de extensão constante no referido artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Preconiza o citado dispositivo legal que se equiparam aos consumidores todas as pessoas, sejam determináveis ou não, expostas às práticas previstas nos capítulos V e VI do CDC. Compõe o capítulo V, conforme dissemos acima, a oferta, a publicidade, as práticas abusivas, a cobrança de dívidas e os bancos de dados e cadastros de consumidores.

Desta feita, temos que um número indeterminável de pessoas é atingido pelas campanhas publicitárias veiculadas, da mesma forma que um número indeterminável de pessoas poderá ser prejudicado por elas. Neste diapasão, tanto pessoas físicas ou jurídicas, sendo elas potenciais consumidores *stricto sensu*, bem como sendo os concorrentes poderão, também, sentirem-se e serem, de fato, prejudicados,

---

<sup>274</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 391.

<sup>275</sup> ZANELATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *In: O direito do consumidor no terceiro milênio*. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público – Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: 2004, p. 21.

imiscuindo-se todos no conceito de consumidor por equiparação, nos termos do artigo 29 da legislação consumerista.

A ação dos fornecedores pode, efetivamente, prejudicar um grupo difuso de indivíduos composto por consumidores *stricto sensu* e consumidores por equiparação, mesmo aqueles profissionais que são equiparados a consumidores, por estarem direta ou indiretamente conectados às práticas dos primeiros<sup>276</sup>.

Por derradeiro, pode-se dizer então que o legislador, por intermédio do artigo 29 do CDC, presenteou um novo e poderoso instrumento para aqueles que não se encaixam na definição de consumidor *stricto sensu*, mas que sofreram danos decorrentes de práticas publicitárias, ou de alguma das práticas elencadas no capítulo V do CDC, possam combater as mesmas, evitando lesão aos próprios direitos mas, também, protegendo outros consumidores e o mercado de forma geral.

Exemplificando-se: um indivíduo que assiste a uma publicidade e por ela é induzido em erro, mas que não contrata ou utiliza o produto ou serviço veiculado na publicidade será considerado consumidor por equiparação, nos termos do artigo 29 do CDC. Da mesma forma, serão também consumidores equiparados os demais empresários e as demais empresas da área de atuação sobre a qual versava a publicidade enganosa. Isso ocorre haja vista todos os citados terem sido expostos à prática publicitária, ou seja, todos assistiram à campanha publicitária, são vulneráveis a ela e foram ou tem potencial de ser por ela prejudicados. Lembrando que tudo deverá ser, sempre, verificado no caso concreto.

Enquadrando-se nos conceitos de consumidor, terão os benefícios que a lei lhes confere, bastante mais abrangentes e benéficos do que em uma relação civil dita comum, regida pelo Código Civil.

Dias<sup>277</sup> entende que é necessário se fazer uma caracterização do consumidor destinatário da mensagem publicitária para que, dessa forma, se possa apreciar os danos difusos decorrentes da mensagem. Tal ideia centra-se no fato de que em uma publicidade enganosa todo o esforço interpretativo é voltado ao consumidor, a que ele

---

<sup>276</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 403.

<sup>277</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 152-158.

faça uma escolha pautada pela lógica e pela racionalidade, portanto, nada mais justo que se examinem os possíveis efeitos deletérios da mensagem justamente a partir dos sujeitos da relação de consumo, sejam eles consumidores *stricto sensu* ou por equiparação.

Neste sentido, para se chegar ao modelo de consumidor-destinatário de determinada mensagem deve-se analisar os seguintes critérios: a) socioeconômico, utilizando-se de qualquer elemento determinante que auxilie na avaliação do grupo de consumidores atingidos (localização geográfica do local onde difundida a mensagem; grau de escolaridade das pessoas atingidas; nível médio de renda, modo de difusão da mensagem); b) sociocultural, por intermédio da idade, sexo dos destinatários e comunidades culturais nas quais estão inseridos; c) veículo de comunicação utilizado, se for uma mensagem veiculada por rádio, televisão, televisão paga, revistas, revista científica, considerando-se se o veículo é de uso mais restrito ou da massa populacional; d) natureza dos produtos ou serviços anunciados, ou seja, o que está sendo anunciado e qual a sua finalidade; e) preço, considerando-se o sentido de quanto maior for o preço mais o consumidor tende a ser cauteloso e crítico quanto à análise da publicidade, prestando, também, mais atenção no momento de contratar o produto ou serviço.

O fato de o consumidor ser especialista em determinada matéria pode ser um elemento importante na avaliação da indução em erro em virtude de afirmação publicitária que poderia ser enganosa para outras pessoas. Isso não significa que esse consumidor típico não pode ser induzido em erro, mas apenas que a análise da enganabilidade deve ter em conta as características do grupo específico de destinatários.<sup>278</sup>

Por óbvio, nas publicidade veiculadas nas mídias de acesso às grandes massas, como, por exemplo, a televisão aberta, devido ao alcance que sabidamente este veículo de comunicação possui, o cuidado ao caracterizar o consumidor-destinatário deverá ser maior no sentido de que a mensagem, em princípio, é apta a ser recebida por qualquer consumidor, independentemente de idade, sexo, escolaridade, classe social, dentre outros critérios. Portanto, não se poderá colocar maiores entraves e idealizar um consumidor-destinatário com características

---

<sup>278</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 156-157.

especiais, sejam elas quais forem, que a grande massa populacional quase que com certeza não possui.

Quanto à legislação portuguesa, não se fazem necessárias manobras interpretativas para definir quem serão os destinatários da mensagem publicitária protegidos pelo Código da Publicidade. O artigo 5.º do referido diploma legal afirma que será considerado destinatário “a pessoa singular ou colectiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida.” Carlos Ferreira de Almeida<sup>279</sup> afirma que a mensagem deverá ser dirigida ao público, o qual deverá definir-se pela “indeterminação e amplitude dos destinatários, independentemente de quem sejam os receptores.”

Este público poderá ser constituído tanto por efetivos clientes, consumidores, quanto por clientes em potencial que foram atingidos pela mensagem publicitária. Ainda pelos demais atuantes no mercado, sejam eles concorrentes diretos ou não, mas que tenham sido expostos à publicidade, os quais poderão ser, também, clientes em potencial do anunciante.

Estabelecido, então, o conceito de consumidor e suas normas de extensão, passemos a uma breve análise de quem integra o outro polo da relação consumerista, qual seja, o fornecedor.

Quanto ao conceito de fornecedor apresentado pelo artigo 3º do CDC<sup>280</sup>, podemos notar que o legislador serviu-se de definição bastante ampla, abarcando um enorme número de hipóteses nas quais estarão configuradas o fornecedor. Isso ocorreu com o fito de evitar que eventual conduta danosa ao consumidor acabasse por escapar da incidência das normas do CDC.

Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, o que traz, também, que deverá haver certa habitualidade no desenvolvimento destas atividades. Tais afirmações acabam por

---

<sup>279</sup> ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Conceito de publicidade**. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n.º 349, 1985, p. 115-134 *Apud* CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p.185.

<sup>280</sup> Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

excluir do âmbito de aplicação da norma do CDC todos os contratos firmados entre consumidores, entre sujeitos não profissionais, relações estas que serão puramente civis, portanto, regidas pelo Código Civil. Tal exclusão se afigura correta, pois ao mesmo tempo que o CDC traz muitos direitos aos consumidores, ele também cria diversos deveres, bastante amplos, para os fornecedores.<sup>281</sup>

Temos que, quando o artigo 3º fala em “desenvolver atividade”, liga o termo atividade ao seu sentido tradicional, o qual poderá referir-se à uma atividade típica ou atípica.

Assim, o comerciante estabelecido regularmente exerce atividade típica descrita em seu estatuto. Mas é possível que o mesmo comerciante exerça uma atividade atípica, quando, por exemplo, age, de fato, em situação diversa da prevista, o que pode dar-se de maneira rotineira ou eventual. E a pessoa física vai exercer atividade atípica ou eventual quando praticar atos do comércio ou da indústria.<sup>282</sup>

Assim sendo, é excluído do conceito de fornecedor aquele empresário ou aquela empresa que está vendendo produto ao qual não é habituado(a) a vender. Por exemplo, uma grande loja de roupas que vende um dos computadores que era utilizado para o controle do estoque. Tal relação de compra e venda não será regida pelo direito do consumidor haja vista que o vendedor não se enquadra no conceito de fornecedor pois ele vendeu algo que não lhe é habitual vender. Falta-lhe habitualidade, o que descaracteriza a profissionalidade da venda. Pouco importa, nesta situação, se o comprador se enquadra ou não no conceito de consumidor.

Porém, se a mesma loja de roupas vende para a mesma pessoa as roupas que tem expostas restará configurada, por logico, como sendo fornecedora de produtos e a relação de consumo estará estabelecida se a parte contrária se amoldar ao conceito apresentado de consumidor.

Por sua vez, a estudante que, para pagar seus estudos, compra roupas e depois revende para seus colegas, com lucro, exerce atividade de fornecedor. Outro seria o entendimento se a mesma estudante vendesse, em um determinado dia, roupas suas que não usa mais com o intuito de arrecadar algum dinheiro. Neste caso

---

<sup>281</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 124.

<sup>282</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo. Saraiva, 2004, p. 86.

lhe faltaria habitualidade e profissionalidade, não se enquadrando no conceito de fornecedor.

Da mesma forma, não é considerada como relação de consumo a formada entre um particular que vende o seu carro para outro particular. Isso ocorre pois não há profissionalidade e nem habitualidade na venda, o que descaracteriza a relação de consumo e caracteriza uma relação civil entre dois particulares. Entretanto, se o particular tem por hábito comprar e revender carros a outros particulares, lucrando em cima destas vendas, fazendo-o de forma regular, será, ao menos teoricamente, considerado fornecedor.

Em casos assim, em eventual discussão judicial suscitada pelo consumidor, poderão haver problemas relacionados à prova de a atividade ser ou não regular. Entretanto, essa é uma questão processual que não desvirtua o caráter do direito material ora tratado.

#### 9.2.2.2. Produto e serviço

Pode-se notar que tanto o conceito de consumidor quanto o de fornecedor tratam acerca de produtos e serviços, portanto, é-nos também importante entender o que o legislador considera como produtos e serviços.

O próprio CDC se encarrega de dirimir tal dúvida nos §1º e 2º do artigo 3º. Produto nos é conceituado como sendo “qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Enquanto serviço é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira e de crédito, salvo as relações de caráter trabalhista”<sup>283</sup>.

Nesse sentido,

O espírito do CDC é aberto e expansivo subjetivamente, pois *ex vi lege* amplo o suficiente para incluir um grande número e todas as espécies de relações de consumo envolvendo serviços, relações contratuais, pré-contratuais, pós-

---

<sup>283</sup> § 2º e 3º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.

contratuais e extracontratuais *ex delicto*, como também se pode notar nas amplas definições de consumidor, de fornecedor de serviços...<sup>284</sup>

Os conceitos apresentados acima formam uma base inicial do direito do consumidor no Brasil, sendo importante entendê-los para que possamos identificar quando uma relação será tida como de consumo e a sua razão de o ser. Ou seja, para a aplicação ou não das normas constantes no Código de Defesa do Consumidor, inclusive as relativas à publicidade que, como visto, se relacionam ao conceito de consumidor por equiparação trazido pelo artigo 29 do CDC.

### 9.2.2.3. A publicidade no Código de Defesa do Consumidor

Vistos os conceitos iniciais tratados no CDC, passaremos, a partir de agora, a explicitar o tratamento dispensado à publicidade pela legislação consumerista.

*Ab initio*, o primeiro momento em que o CDC toca na temática atinente à publicidade é já em seu artigo 6º, IV<sup>285</sup>, o qual prevê como sendo um direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, bem como outras práticas comerciais abusivas, desleais e coercitivas. Sobre publicidade enganosa e abusiva, o CDC trata de forma pormenorizada na Seção III do Capítulo V, especificamente nos artigos 36 e 37, bem como no artigo 38 atribui o ônus da prova em tais situações, os quais serão merecedores de nossa atenção. Já as práticas comerciais desleais encontram guarida na Seção IV, artigos 39 a 41 do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 36, *caput*, assevera que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal”. Ou seja, o *caput* do artigo 36 prevê ao consumidor o direito de ter a consciência de que está diante de uma mensagem publicitária.

---

<sup>284</sup> NUNES JÚNIOR, Vida Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 28.

<sup>285</sup> Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços;

O objetivo do referido dispositivo legal é que o consumidor saiba que está diante de uma publicidade, para que assim não corra o risco de ser induzido, convencido a algo, sem nem ao menos saber que estava diante de uma chamada que tinha por finalidade convencê-lo a consumir<sup>286</sup>.

Temos então, consagrado no *caput* do artigo 36, o princípio da identificação da publicidade ou da identificabilidade, presente também no Código da Publicidade português e no CBAP, conforme por nós já explicitado.

O parágrafo único do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, afirma que “o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.” São estes dados que irão garantir que a mensagem veiculada é, de fato, verdadeira e deverão ser fornecidos sempre que necessários ao consumidor. Consagrado estão, então, os princípios da veracidade e, também, da objetividade da comparação e da fundamentação.

O artigo 37 se preocupou em regulamentar a publicidade enganosa e a publicidade abusiva. O *caput* do referido artigo traz a proibição das citadas modalidades de publicidade, enquanto seus parágrafos cuidam de conceituá-las.

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

§1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo que 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.

§2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a 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 regramento trazido pelo CDC no tocante à publicidade se resume aos artigos tratados acima.

Podemos notar que o Código “optou por definir a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, embora se abstraindo de dar qualquer conceito genérico de

---

<sup>286</sup> NUNES JÚNIOR, Vida Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 155.

publicidade”<sup>287</sup>. Ou seja, sabemos a definição dos desvios de conduta, das condutas vedadas, mas não temos um conceito legal do que seja, efetivamente, a publicidade.

Apesar desta omissão do CDC, o conceito de publicidade já foi por nós tratado no começo deste estudo. Cumprindo o papel que lhe é devido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência cuidaram de criar e adaptar conceitos à publicidade<sup>288</sup>, conceitos aqueles que se encaixam perfeitamente ao diploma legal em comento.

Na lição de Marques:

Preferimos, porém, entender como publicidade, no sistema do CDC, toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover, junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou o meio de comunicação utilizado.<sup>289</sup>

Assim, no entendimento da referida autora, por nós perfilhado, fica excluído do conceito de publicidade, para o Código de Defesa do Consumidor, a propaganda política, bem como a chamada publicidade governamental, pois a mesma não tem por finalidade promover atos de consumo. Dito isso, podemos notar que o CDC, mesmo de forma implícita, acaba por separar o que é publicidade do que é propaganda. Sendo assim, o elemento caracterizador da publicidade é mesmo a sua finalidade consumista.

O Código não trata acerca da publicidade comparativa, porém elenca expressamente como proibidas, no artigo 37, a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, apenas. A contrassenso, tem-se que a publicidade comparativa não estaria vedada pelo Código, contanto que obedeça aos princípios constantes no CDC e não se emoldure ao conceito de publicidade abusiva e nem seja enganosa<sup>290</sup>.

Como vimos anteriormente, o Brasil adota o sistema misto de controle da publicidade, formado pelo regramento constante no Código Brasileiro de

---

<sup>287</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 285.

<sup>288</sup> Remetemos o leitor aos tópicos 2, 2.1 e 2.2, onde abordamos, de forma mais aprofundada, o conceito de publicidade e a distinção de suas figuras afins.

<sup>289</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 907.

<sup>290</sup> CASTRO, Carla Frade de Paula. **O Superior Tribunal de Justiça e a publicidade comparativa desleal: um paradigma para o direito de marcas?** Monografia – Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 41. Disponível em < <http://bdm.unb.br/handle/10483/11886>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

Autorregulamentação Publicitária e, também, pelo constante na Lei n.º 8.078 de 1990, vulgo Código de Defesa do Consumidor.

Quando tratamos acerca do CBAP e de sua aplicação pelo CONAR, trouxemos alguns aspectos positivos e outros negativos da regulamentação privada. Da mesma forma, tratando agora acerca da regulamentação emanada pelo Poder Legislativo, ou seja, estatal, legal, por intermédio do CDC, traremos também de alguns aspectos negativos nele presentes.

Possivelmente a principal crítica ao modelo privado seja a falta de força vinculante, de coercibilidade de suas decisões. Quanto a este aspecto, o CDC parece resolver a questão, porém, traz à lume problemas outros, inexistentes no sistema privado, mas sempre presentes no sistema estatal.

A “lentidão e o formalismo da atuação estatal e as dificuldades de acompanhamento e ajustamento às necessidades do mercado”<sup>291</sup> que está em constante mudança, bem como o alto valor de um processo judicial, são os aspectos negativos atinentes ao sistema estatal de regulamentação da publicidade.

Resta evidente que o CDC não regulamenta a publicidade de forma tão pormenorizada, exaustiva e minuciosa quanto o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. É bem verdade que a legislação estatal trouxe bons conceitos de publicidade enganosa e abusiva, bem como deixou em aberto um leque de alternativas para que se possa encaixar um sem número de espécies publicitárias e condutas que sejam ofensivas, antiéticas ou imorais na categoria de “publicidade abusiva”. Porém, no restante deixou muito a desejar. Cite-se, como exemplo, o tema central deste estudo e uma das maiores fontes de contendas ligadas à publicidade, qual seja a publicidade comparativa, que nem ao menos foi citada pelo legislador no CDC quando da sua edição, nem lembrada ao longo dos anos em suas modificações legislativas.

Imperativo, o Brasil necessita de uma regulamentação estatal acerca da publicidade, de forma que se possam reunir os benefícios advindos do CBAP aos do

---

<sup>291</sup> PASQUALOTTO, Adalberto; CAUDURO, Luiza Kremer. Sistemas de autorregulamentação da publicidade: um quadro comparativo entre os países. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, p. 207-230. 2016. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/68476>>. Acesso em 08 de abril de 2020.

CDC, uma regulamentação minuciosa e que seja, ao mesmo tempo, coercitiva. Que seja atual, conforme os ditames do sempre em evolução mercado de consumo e que consiga acompanhar, dentro do possível, esse constante avanço, sem que fique defasada em um curto período de tempo.

Em suma, faz-se necessário que o legislador brasileiro edite uma lei tratando sobre a matéria, podendo-se tomar como base o regramento constante do CBAP, no intuito de resolver os problemas que se afiguram no atual sistema que rege a publicidade no país.

Em verdade, podemos dizer que o grande avanço trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, com relação à publicidade, é a definição, trazer um conceito muito bem embasado e sem deixar margens para grandes discussões interpretativas que possam fugir ao desejo hermenêutico do legislador, acerca da publicidade enganosa e da publicidade abusiva<sup>292</sup>. Porém, poderiam ter sido colmatadas todas as lacunas atinentes à temática publicitária, trazendo um diploma legal realmente completo.

O CDC protege de maneira extremamente eficiente o consumidor e, à época de sua promulgação, foi uma grande novidade legislativa, além de ser de suma importância para a sociedade. O Código é tido como uma das melhores leis editadas no Brasil, porém, por alguma razão o legislador cuidou de forma pouco satisfatória do tema atinente à publicidade, o que não desmerece, em absoluto, a importância e eficiência do CDC com relação aos temas lá tratados.

A crítica que fazemos não se dirige ao diploma legal, mas sim apenas à falta de regulamentação acerca da publicidade, onde na edição do CDC o legislador perdeu sua maior oportunidade de legislar sobre o tema.

Apesar de o CDC ter dedicado poucos artigos para falar sobre publicidade, podemos retirar dele diversos princípios que regem a atividade publicitária no Brasil e que servem como base de decisões judiciais e de posicionamentos doutrinários. Muitos dos quais estão presentes, também, no CBAP. A estes princípios reservamos tópico próprio, conforme à importância que possuem diante da falta de norma legal

---

<sup>292</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 284.

expressa tocante à matéria, fato este que agiganta ainda mais a importância principiológica.

### 9.2.3. A Lei n.º 9.279/96 – Lei de Propriedade Industrial

A publicidade comparativa pode ser também analisada sob a ótica da legislação vigente acerca da propriedade industrial, a Lei n.º 9.279/96, a qual regulamenta o registro de marcas, patentes, desenhos industriais, concorrência desleal dentre outros assuntos.

Gize-se que a proteção das marcas não existe somente na referida lei, mas a Constituição da República também a consagra como um direito fundamental, no artigo 5º, XXIX:

A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

A partir do que preconiza a Constituição, foi criada a LPI, a qual regulamenta e da voz à norma constitucional.

Dos que defendem a ilicitude da publicidade comparativa, muitos o fazem tendo como embasamento legal alguns artigos da Lei de Propriedade Industrial<sup>293</sup>, alegando que a proteção dada às marcas inviabiliza que seja levada à cabo a publicidade comparativa explícita<sup>294</sup>, ao menos sem a autorização do titular do direito de exclusivo sobre a marca.

Antes de continuarmos, cremos ser de alguma importância a verificação do conceito do que vem a ser a marca, o que é, realmente, protegido pela lei. Sobre o tema nos ensina Santos Junior que:

---

<sup>293</sup> BRASIL. Lei n.º 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 15 de maio de 1996.

<sup>294</sup> SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. Publicidade comparativa: regras e limitações. 1ª ed. São Paulo: Ixtlan, 2009, p. 72-74; 80-85.

Marca é o símbolo identificador de produtos ou serviços. É todo sinal, distintivo e visualmente perceptível, aposto facultativamente aos produtos e artigos das indústrias em geral para identificá-los e diferenciá-los de outros ou semelhantes de origem diversa.<sup>295</sup>

Não concordamos com a posição de que a LPI acabe por vedar a publicidade comparativa e, a partir de agora, teceremos os devidos comentários acerca desta linha de pensamento. Os que a defendem simplesmente entendem que a publicidade comparativa é ilícita apenas pelo fato de utilizar signos de terceiros sem a autorização dos detentores desses direitos, ferindo, assim, a proteção dada às marcas pelo direito e, em alguma medida, podendo caracterizar atos de concorrência desleal pelo uso indevido de marca alheia.

Desta maneira, no presente momento será deixado de lado se o anúncio é verdadeiro, se causa confusão no mercado ou entre os consumidores, bem como se traz, de fato, denegrição à marca concorrente. Será analisado apenas o texto legal acerca da possibilidade de inserção dos signos distintivos, sem levar em consideração os seus efeitos e consequências. Embora às vezes essas duas questões sejam tratadas conjuntamente, pertencem a universos distintos. Um deles cuida da análise dos textos legais acerca da possibilidade da inserção dos signos, sem levar em conta seus efeitos; o outro cuida das consequências.<sup>296</sup>

*Ab initio*, cumpre destacar quais são os dispositivos legais invocados na defesa da ilicitude da publicidade comparativa. O primeiro deles é o artigo 129 da LPI, que possui a seguinte redação:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao seu titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

Nos termos do artigo 129, o titular de uma marca possui o direito de usá-la de forma exclusiva em todo o território nacional, o que inviabilizaria que concorrentes fizessem uso dessa marca, designação ou sinal distintivo em suas campanhas publicitárias comparativas.

---

<sup>295</sup> SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. **Publicidade comparativa: regras e limitações**. 1ª ed. São Paulo: Ixtlan, 2009, p. 70.

<sup>296</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa: informação persuasiva e concorrência**. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 175. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

Outro artigo invocado contra a licitude da publicidade comparativa no âmbito da LPI é artigo 130, *verbis*:

Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de:  
I – ceder seu registro ou pedido de registro;  
II – licenciar seu uso;  
III – zelar pela sua integridade material ou reputação

Pelo disposto no inciso III do artigo 130 o titular da marca poderá zelar pela sua integridade ou reputação, o que, no entender daqueles que defendem a ilicitude da publicidade comparativa com base na Lei n.º 9.279/96, dá a esses titulares o direito de impedir que a marca seja utilizada em publicidades comparativas dos concorrentes, pois as mesmas teriam o condão de manchar a reputação da marca comparada, o que faz nascer a possibilidade de zelar pela referida marca.

Por fim, temos o artigo 132, também invocado como impeditivo da publicidade comparativa:

Art. 132. O titular da marca não poderá:  
I – impedir que comerciantes ou distribuidores utilizem sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização;  
II – impedir que fabricantes de acessórios utilizem a marca para indicar a destinação do produto, desde que obedecidas as práticas leais de concorrência;  
III – impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 68; e  
IV – impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo.

Quanto ao artigo 132, afigura-se importante o inciso IV, o qual, em uma leitura *contrario sensu*, dá ao titular da marca o direito de impedir que a mesma seja utilizada por terceiros, que não sejam o titular, com finalidade comercial.

Este inciso seria a última *ratio* na proibição da publicidade comparativa no Brasil. Gusmão<sup>297</sup> defende que o inciso IV do artigo 132, ao determinar as possibilidades nas quais o titular da marca não poderá impedir o seu uso por terceiros,

---

<sup>297</sup> GUSMÃO. José Roberto D’Affonseca. Anais do XIX Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, p. 71-75. Editora ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, 1999, *Apud* DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 176. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

acabou por, residualmente, estipular em quais situações o titular da marca poderá fazer isso, sendo uma delas a publicidade comparativa, haja vista ser a mesma dotada de finalidade comercial.

No entanto, esta linha de entendimento não merece prosperar. Com a edição da LPI o legislador não visou a vedação à utilização da marca concorrente em publicidade comparativa, mas sim resguardar o proprietário de uma eventual apropriação indevida e/ou que lhe seja afetada a reputação.

Ainda, há que se levar em consideração a principiologia envolvida no direito da publicidade, direito do consumidor, direito marcário, industrial e da concorrência, além do constante no artigo 32 do CBAP.

Quanto à legislação consumerista, temos que o CDC consagra os princípios da veracidade, da identificação da mensagem publicitária, da não abusividade, da transparência da fundamentação, da informação ao consumidor e boa-fé.

No âmbito do microsistema de defesa do consumidor, portanto, evidencia-se que, conquanto a propaganda comparativa não seja objeto de tratamento específico geral, ela é por este alcançada tal como qualquer outra espécie de publicidade, devendo ser observadas, portanto, as vedações à enganabilidade e à abusividade, bem como a informação ao consumidor sendo sempre primordial.

O princípio do direito à informação, que envolve a autodeterminação do consumidor, a consideração de sua vulnerabilidade e, portanto, necessidade de defesa, impulsiona a interpretação para a admissão da publicidade comparativa, mesmo com a menção dos sinais distintivos de terceiros. O mesmo estímulo é dado pelo princípio da transparência, que se desdobra no da veracidade, da clareza, da precisão, da comprovação e da ampla informação.<sup>298</sup>

No âmbito do direito industrial e marcário, como visto acima, o uso da marca sem o consentimento de seu titular é, em regra, vedado. Tendo em vista o disposto no inciso IV do artigo 132, teríamos que ter por terminantemente proibida a utilização de qualquer anúncio comparativo explícito. Entretanto, a regra há de ser lida juntamente com os princípios constitucionais aplicáveis à propriedade industrial, tais

---

<sup>298</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 186. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

como o princípio da livre concorrência, da liberdade de expressão na atividade de comunicação, do direito de acesso à informação, dentre outros.

Esse é, também, entendimento esposado pelo STJ, conforme se pode perceber:

Há, portanto, uma evidente tensão entre as normas que asseguram proteção à marca e aquelas que garantem a livre concorrência, a liberdade de expressão e o acesso à informação, de modo que, para fins de se avaliar a licitude da publicidade comparativa, os direitos assegurados pela LPI devem ser sopesados à luz dos princípios e objetivos traçados pela Constituição, incumbindo ao intérprete do Direito o exame das circunstâncias específicas da hipótese concreta a fim de alcançar conclusão acerca da licitude ou não do anúncio publicitário.<sup>299</sup>

Podemos afirmar, então, que a simples menção à marca de uso exclusivo de terceiro não poderá, por si só, impedir a realização da publicidade comparativa. Para tal afirmação utilizamos como base os princípios gerais da publicidade, da defesa do consumidor e da livre concorrência.

A publicidade comparativa deverá ser analisada na situação concreta conjuntamente com as demais circunstâncias citadas no decorrer deste estudo. Outro não é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em seus julgados<sup>300</sup><sup>301</sup> bem como pela maioria da doutrina.

Coelho entende que no que toca aos direitos industriais de um concorrente que seja citado na publicidade comparativa, não há lesão de qualquer natureza pela simples menção à marca que titulariza<sup>302</sup>. Segue seu raciocínio o célebre doutrinador asseverando que, no Brasil, a rigor, só haverá irregularidade na publicidade comparativa analisada frente ao direito industrial em duas hipóteses: a) se ao mencionar a marca concorrente o anunciante imita seus produtos ou serviços, ou

---

<sup>299</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.668.550 – RJ de 23/05/2017, Terceira Turma, Ministro Relator: Nancy Andrighi. *In*: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201401063470&dt\\_publicacao=26/05/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401063470&dt_publicacao=26/05/2017)>, p. 10. Acesso em 30 de julho de 2020.

<sup>300</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP de 19/12/2014, Quarta Turma, Ministro Relator: Luís Felipe Salomão. *In*: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202580116&dt\\_publicacao=19/12/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202580116&dt_publicacao=19/12/2014)>. Acesso em 14 de março de 2020.

<sup>301</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.668.550 – RJ de 23/05/2017, Terceira Turma, Ministro Relator: Nancy Andrighi. *In*: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201401063470&dt\\_publicacao=26/05/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401063470&dt_publicacao=26/05/2017)>. Acesso em 30 de julho de 2020.

<sup>302</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 363-365.

causa no mercado e/ou nos consumidores confusão, sendo esta conduta, inclusive, tipificada como crime pelo artigo 189, I da LPI; e b) se a publicidade comparativa denegrir a marca concorrente.

Qualquer entendimento diverso acarretaria a impossibilidade de utilização da publicidade comparativa explícita pois o concorrente teria que autorizar o anunciante a utilizar a sua marca, demonstrando que esta marca ou produto é inferior ao anunciado. Difícil imaginarmos uma situação onde tal coisa aconteceria. Nenhum concorrente autorizaria outro a demonstrar, objetivamente, a superioridade de seus produtos ou serviços no mercado de consumo.

O entendimento adotado em Portugal sobre o tema é semelhante ao aqui tratado, sendo que o emprego de uma marca ou de qualquer sinal distintivo na publicidade comparativa é lícito, não violando o círculo do direito de exclusivo, desde que vise unicamente a comparação e não pretenda aproveitar-se do prestígio de outra marca.

Desta feita, deverá ocorrer uma interpretação sistêmica da legislação existente, de forma conjunta aos princípios, o que nos permite chegar à conclusão de que a publicidade comparativa não foi vedada pela LPI, desde que obedeça aos ditames acima expostos, bem como à todo o regramento e princípios tratados no decorrer do presente estudo.

### 9.3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PUBLICIDADE NO BRASIL

O sistema da publicidade no Código de Defesa do Consumidor é informado por princípios jurídicos próprios, que auxiliam no controle da legalidade da mensagem publicitária. Diferentemente do que ocorre em Portugal, onde o próprio Código da Publicidade elencou alguns dos princípios basilares do sistema, no Brasil esta tarefa de descortinar os princípios aplicáveis ao direito da publicidade coube exclusiva e totalmente à doutrina.

Ante a parca normatização expressa acerca da publicidade, os princípios ganham ainda mais importância na resolução de conflitos que versem sobre alguma modalidade publicitária e na definição do regime jurídico vigente. Visam concretizar o dever maior de lealdade, transparência e confiança nas relações de consumo.

Da mesma maneira, podemos identificar diversos princípios também no diploma autorregulamentar que, lado a lado aos constantes na legislação, informam todo o sistema publicitário nacional.

Nesta esteira, identificaremos e localizaremos na legislação cada um dos princípios norteadores da publicidade no Brasil, de forma geral e, ato contínuo, os princípios próprios da publicidade comparativa, os quais se aplicam tanto no Brasil quanto em Portugal.

### **9.3.1. Princípio da identificação da publicidade**

O princípio da identificação da publicidade está expressamente indicado no Código de Defesa do Consumidor, artigo 36, *caput*, bem como no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária nos artigos 9.º, 28, 30 e 31. Vejamos, antes de mais nada, o que preconiza cada um dos mencionados dispositivos:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Artigo 9.º A atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva.

Artigo 28 O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.

Artigo 30 A peça jornalística sob a forma de reportagem, artigo, nota, texto-legenda ou qualquer outra que se veicule mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não confunda o Consumidor.

Artigo 31 Este Código condena os proveitos publicitários indevidos e ilegítimos, obtidos por meio de "carona" e/ou "emboscada", mediante invasão do espaço editorial ou comercial de veículo de comunicação.

Aquele que se depara com um anúncio publicitário deve ter ciência disso. Deve saber ao que está sendo exposto para que não corramos o risco de que o destinatário da mensagem publicitária a confunda com, por exemplo, um artigo jornalístico, ou, até mesmo, científico e acabe por tomá-la como verdade absoluta e científica.

O princípio ora tratado decorre da boa-fé, do dever de transparência e lealdade que devem pautar todas as relações sociais e jurídicas, inclusive as relações de consumo e publicitárias.

Tendo em vista que o ocultamento do caráter publicitário de determinada mensagem poderá induzir o consumidor em erro quanto à sua natureza de finalidade comercial, tendo o condão de fazê-lo entendê-la como tendo fins meramente informativos, totalmente desinteressados<sup>303</sup>, agiganta-se a importância do princípio ora tratado.

A desobediência deste faz com que a publicidade seja não identificada, a qual não é permitida, o que faz com que seja, então, uma publicidade ilícita. Ou seja, o consumidor, quando estiver diante de uma mensagem publicitária, deverá ser totalmente capaz de identifica-la como tal. Esta é a norma extraída do *caput* do artigo 36 do CDC.

Pasqualotto afirma que “a lei admite o assédio honesto e declarado ao consumidor, rechaçando a clandestinidade”<sup>304</sup>. Não é outra a razão da existência do princípio da identificação da mensagem publicitária. Proteger o consumidor do assédio clandestino, não identificado.

O sujeito alvo da mensagem deverá, sempre, saber que o que está a assistir, ouvir ou ler é uma publicidade que tenta convencê-lo a consumir algum produto ou serviço. Ciente de tal situação o consumidor poderá tomar a sua decisão de maneira mais consciente, racional e informada.

Este princípio assume extrema importância, estando previsto em diversas legislações além da brasileira. Por exemplo, o *Code de Pratiques Loyales en Matière* da Câmara de Comércio Internacional traz disposição específica acerca da identificação da publicidade em seu artigo 11, *verbis*: “*la publicité doit pouvoir être*

---

<sup>303</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 79.

<sup>304</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. *Apud* DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa: informação persuasiva e concorrência**. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 151. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

*nettement distinguée comme telle, quels que soient la forme et le support utilisés.*”<sup>305</sup>

Também o artigo 9 da *Ley General de Publicidad*, legislação espanhola, assevera que “*los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios*”<sup>306</sup>. Por sua vez, conforme já elucidado em momento anterior, o Código da Publicidade português trata do assunto no artigo 8º, n.º 1, o qual tem redação afirmando que “a publicidade tem de ser inequívocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado”.

Por derradeiro, considerando-se o princípio da identificação da mensagem publicitária o anúncio “deve ser divulgado e apresentar-se como tal, oferecendo ao destinatário a consciência inequívoca de que se encontra diante de uma manifestação publicitária e com clareza em seu conteúdo”<sup>307</sup>.

Conforme por nós destacado em momento anterior, comprovou-se por intermédio de estudos científicos que o consumidor, ao ser submetido à uma publicidade televisiva, acaba por utilizar mais o lado direito do cérebro, responsável por processar as informações de maneira um tanto quanto mais emocional.

A partir do momento que o consumidor souber que está diante de uma publicidade, mesmo utilizando mais o hemisfério direito do cérebro pra processá-la, poderá se policiar para tentar ser o mais racional possível para que não seja convencido, de maneira emocional, a consumir algo que absolutamente lhe seja desnecessário. Não se deixará dominar pelas emoções nem será induzido, sem ter consciência, a adquirir algo que não precisa e, no mais das vezes, nem ao menos deseja verdadeiramente.

Com a finalidade de evitar flagrante tautologia, remetemos o leitor ao tópico 7.2.2, que trata acerca do princípio da identificabilidade no Código da Publicidade português, o qual tem perfeita aceitação ao ora tratado.

---

<sup>305</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 78.

<sup>306</sup> ESPANHA. Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Aprova a Lei Geral de Publicidade. **Boletín Oficial Del Estado** n.º 274, de 15-11-1988. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-26156&p=20140328&tn=0>>. Acesso em 06 de julho de 2020.

<sup>307</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104.

### 9.3.2. Princípio da vinculação contratual da publicidade

O segundo princípio acerca do qual trataremos encontra previsão legal nos artigos 30 e 35 do CDC.

O artigo 30 da legislação consumerista brasileira introduz o princípio da vinculação contratual da publicidade às relações de consumo, *verbis*:

Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Em brevíssimas palavras, a publicidade obriga. O que for veiculado pelo anunciante, por intermédio da publicidade, deverá ser por ele cumprido. O anunciado na campanha publicitária vincula o anunciante, torna o cumprimento da oferta constante da publicidade obrigatório e integra os termos do futuro contrato a ser celebrado. Os termos publicitados, automaticamente, já passam a integrar o contrato que vier a ser celebrado entre um sujeito que foi atingido pela publicidade e o anunciante.

Isso ocorre, pois, ao veicular uma oferta que seja suficientemente clara e precisa acerca de produtos ou serviços o anunciante cria no público consumidor uma expectativa legítima de que poderá usufruir daquela oferta constante na publicidade e esta expectativa é protegida pelo direito do consumidor<sup>308</sup>.

De acordo com os ensinamentos sempre elucidativos de Benjamin, Marques e Bessa:

A vinculação atua de duas maneiras: primeiro, obrigando o fornecedor, mesmo que se negue a contratar; segundo, introduzindo-se (e prevalecendo) em contrato eventualmente celebrado, inclusive quando seu texto o diga de modo diverso, pretendendo afastar o caráter vinculante.<sup>309</sup>

---

<sup>308</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 91.

<sup>309</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 262-263.

O fornecedor ficará obrigado nos exatos termos da oferta que veicular em publicidade, desde que a mesma seja suficientemente clara e precisa.

O artigo 35 do CDC traz os direitos que o consumidor terá caso o fornecedor anunciante se negue ao cumprimento da oferta, sendo eles: a) exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos exatos termos veiculados na publicidade; b) aceitar outro produto ou serviço equivalente no lugar daquele sob o qual se recusou o cumprimento da oferta; c) rescindir o contrato já celebrado, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos, inclusive morais, porventura existentes<sup>310</sup>.

Importante frisar que a escolha por uma das alternativas apresentadas caberá, sempre, de forma alternativa, ao consumidor e mesmo nas duas primeiras hipóteses será possível que se pleiteie, assim como na terceira está expressamente previsto, perdas e danos, tanto patrimoniais quanto extrapatrimoniais.

### **9.3.3. Princípio da veracidade da publicidade**

O princípio da veracidade da mensagem publicitária, também conhecido por princípio da transparência, da transparência da fundamentação da mensagem publicitária, da precisão ou da comprovação da informação ou, ainda, como princípio da vedação à enganosidade, está contido nos artigos 6.º, IV, 36, parágrafo único e 37 *caput*, todos do CDC, bem como nos artigos 1.º e 27 do CBAP e decorre da própria boa-fé objetiva, de modo que os consumidores possam fazer suas escolhas de forma livre e bem informada.

Tal princípio é de suma importância na defesa do consumidor e justamente por isso está previsto na grande maioria das legislações ao redor do globo que versam

---

<sup>310</sup> Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar o cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente, e à sua livre escolha:

I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II – aceitar outro produto ou prestação de serviços equivalente

III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

acerca dos direitos consumeristas, como, por exemplo, no Código da Publicidade português<sup>311</sup>, no *Code de la Consommation*<sup>312</sup> francês, na *Ley General de Publicidad*<sup>313</sup> espanhola e o *Codice del Consumo*<sup>314</sup> italiano.

Depreende-se do princípio em questão que a publicidade deverá ser clara e verdadeira, não poderá veicular quaisquer informações falsas ou capazes de induzir o consumidor ao erro. Para que a mensagem possa ser considerada verdadeira deverá ser passível de comprovação objetiva. Afinal, se não puder ser comprovada, não há como afirmar ser verdadeira.

Neste mesmo sentido, nos termos do parágrafo único do artigo 36 do CDC, o consumidor terá amplo acesso aos dados técnicos, fáticos e científicos que comprovem a veracidade da publicidade, sendo ainda que tais dados deverão estar sempre em poder do fornecedor, do anunciante. Na mesma linha preleciona o §1º do artigo 27 do CBAP, configurando-se, então outro princípio, qual seja o princípio da fundamentação<sup>315</sup>.

Na falta dos dados técnicos acima referidos, a publicidade não será passível de comprovação objetiva, sendo considerada como enganosa. Isto é, não basta que seja verdadeira, cabe ao anunciante o dever de demonstrar tal veracidade sempre que solicitado, mantendo em seu poder os dados necessários para tanto.

Além de essencialmente verdadeira, a mensagem deverá ser clara, possuir uma linguagem que possibilite aos consumidores o entendimento da mensagem, sem excessos e preciosismos técnicos que dificultem a sua compreensão ou que possam induzir ao erro<sup>316</sup>. Ora, de nada adianta uma mensagem publicitária verdadeira, embasada em dados essencialmente verdadeiros, mas veiculada em linguagem extremamente técnica e basicamente incompreensível pelos destinatários, pelo

---

<sup>311</sup> Vide artigo 10º.

<sup>312</sup> Vide artigos L121-1 e L121-2.

<sup>313</sup> Vide artigos 3º e 4º.

<sup>314</sup> Vide artigos 20 e 21.

<sup>315</sup> Vide tópico 10.3.

<sup>316</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 152. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020

consumidor destituído de conhecimentos profissionais específicos. O destinatário da mensagem deverá conseguir entendê-la e interpretá-la sem maiores esforços.

Pelo princípio da veracidade, temos também que a publicidade não pode se socorrer de afirmações duvidosas, ou seja, frases ou expressões que gerem dúvida, devendo ser clara, direta e objetiva<sup>317</sup>.

Não cumpridos tais requisitos, a publicidade poderá cair em enganabilidade ou abusividade, modalidades publicitárias ilícitas nos termos do *caput* e parágrafos do artigo 37 do CDC.

Por fim, acerca da veracidade das informações publicitárias, nas sempre construtivas palavras de Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias,

A propósito, é importante não confundir publicidade não verdadeira com publicidade enganosa. Poderá haver enganabilidade ao consumidor sem que a publicidade veicule falsas afirmações, a exemplo da enganabilidade por omissão. Por outro lado, não se poderá afirmar haver enganabilidade decorrente da publicidade manifestamente exagerada ou fantasiosa, como é o caso dos exageros publicitários inócuos. Necessário distinguir, portanto, entre a publicidade não verdadeira – e que nem sempre consiste em violação ao princípio da veracidade – e a publicidade enganosa, isto é, aquela que, por algum meio, induz o consumidor em erro acerca dos produtos ou serviços anunciados.<sup>318</sup>

Diga-se que nas situações trazidas no excerto acima, onde trata-se sobre de exageros publicitários como uma espécie de exceção ao princípio da veracidade, onde tais não se enquadram como sendo uma publicidade enganosa, o exagero deverá ser evidente, de forma que os consumidores assim o entendam. Ou seja, o cerne da questão está em determinar como os consumidores receberam a mensagem, se entenderam se tratar de mero exagero (*puffing*) ou se a compreenderam no sentido literal.

Acerca da publicidade enganosa por omissão, afirma o §3º do artigo 37 que a publicidade assim o será quando deixar de informar sobre algum dado essencial do produto ou do serviço. Por dado essencial, entendamos aquele capaz de influenciar na escolha do sujeito por adquirir ou não um determinado produto ou serviço.

---

<sup>317</sup> PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104.

<sup>318</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 86-87.

### 9.3.4. Princípio da inversão do ônus da prova

Na publicidade vige o princípio da inversão do ônus da prova. Isso significa dizer que o anunciante é quem deverá provar que a publicidade que veicula não é enganosa, ao contrário do que usualmente ocorreria em situações normais, onde aquele que alega ter o direito deveria provar em juízo o que alegou. Ou seja, o consumidor que se considera prejudicado teria que comprovar a ilicitude da publicidade posta em causa.

O princípio ora tratado está presente nos artigos 6.º, VIII e, especificamente quanto à publicidade, no 38 do Código de Defesa do Consumidor.

O inciso VIII do artigo 6.º trata sobre direitos básicos do consumidor e traz como sendo um deles a inversão do ônus da prova, conforme se pode observar de sua redação, a qual afirma que são direitos básicos do consumidor:

A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Como se pode notar, a inversão do ônus da prova constante no dispositivo legal acima é *ope judici*, a critério do juiz, desde que preenchidos os pressupostos apresentados, quais sejam a verossimilhança das alegações do consumidor ou quando for hipossuficiente. Ou seja, sua aplicação é discricionária ao magistrado.

Ocorre que no que tange à matéria publicitária o artigo 38 do CDC traz regramento próprio quanto à inversão do ônus da prova, mais benéfico ao consumidor do que o constante no inciso VIII do artigo 6.º. Diz o artigo 38 que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.” Ou seja, a inversão do ônus da prova constante no artigo 38 é *ope legis*, não dependendo da vontade nem do entendimento do juiz acerca da hipossuficiência do consumidor, verossimilhança das alegações ou qualquer outro critério.

A inversão do ônus da prova consagrada no artigo 38 é de aplicação obrigatória. Uma vez que se apresente uma situação onde um consumidor, tanto *stricto sensu*, quanto por equiparação, questione a veracidade de uma campanha

publicitária, caberá ao anunciante comprovar que os dados lá veiculados são fidedignos.

Tal princípio se afigura importante pois considera-se que seria ônus demasiadamente grande para o consumidor ter que provar que a publicidade veiculada pelo anunciante é enganosa. Por vezes, tais demonstrações probatórias dependem de testes científicos e laboratoriais, bastante complexos e financeiramente dispendiosos, o que poderia acabar por afastar a demanda do consumidor da apreciação judicial, afrontando os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e do livre acesso à justiça.

### 9.3.5. Princípio da correção do desvio publicitário

O princípio da correção do desvio publicitário está consagrado no artigo 60 do CDC<sup>319</sup>. A correção do desvio publicitário

Consiste em medida que objetiva desfazer no imaginário dos consumidores a mensagem abusiva ou a qualidade enganosa do produto anunciado, especialmente em situações nas quais o fornecedor divulgou peça publicitária por longo tempo, tornando-a capaz de permanecer no imaginário do público consumidor mesmo após a sua cessação.<sup>320</sup>

A dita correção é feita por intermédio da chamada contrapropaganda, constante no artigo 60 do CDC que, conforme já por nós explicitado alhures, deveria denominar-se, se tecnicamente correto fosse, de “contrapublicidade” em razão de uma correção semântica e gramatical do termo, adequando-o às diferenças existentes entre os termos “publicidade” e “propaganda”.

A “contrapublicidade” ou, na denominação trazida pelo Código, a contrapropaganda, nada mais é do que a veiculação de uma nova campanha

---

<sup>319</sup> 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.

<sup>320</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 108.

publicitária, nos moldes da anterior, que fora considerada enganosa ou abusiva, que terá por finalidade precípua desfazer o malefício trazido pela enganosidade ou abusividade publicitária. Ou seja, trazer à tona a verdade sobre o produto ou serviço acerca do qual, anteriormente, tenha-se veiculado informações enganosas ou abusivas por intermédio de uma campanha publicitária.

No entender de Domingues<sup>321</sup> a “contrapublicidade”, que ele refere como retificação publicitária, consiste em uma sanção ao anunciante que o obrigará a efetuar uma publicidade retificativa onde expressamente declara que a divulgação anterior apresentava afirmações inexatas.

Jacobina<sup>322</sup>, por sua vez, entende a “contrapublicidade” como sendo uma sanção administrativa, que deverá ser imposta independentemente de outras sanções judiciais porventura cabíveis ao caso concreto. A “contrapublicidade” visa desfazer os efeitos danosos da publicidade enganosa ou abusiva na sociedade, sendo veiculada sempre às expensas do anunciante que divulgou a mensagem anterior e, de preferência, no mesmo veículo, local, espaço ou horário anterior.

Já Ceneviva<sup>323</sup>, por sua vez, define a “contrapublicidade”, na relação de consumo, como sendo uma punição ao fornecedor-anunciante que irá consistir em uma divulgação publicitária esclarecendo acerca da enganosidade ou abusividade constante da publicidade anteriormente veiculada pelo mesmo fornecedor-anunciante. Prossegue o referido autor afirmando ser “uma obrigação de fazer, positiva, como ato pessoal do fornecedor, de natureza material”<sup>324</sup>.

A “contrapublicidade” é uma dentre as doze sanções administrativas previstas no artigo 56 do CDC, devendo ser cominada àqueles que infringirem as normas de defesa do consumidor incorrendo na prática de publicidade enganosa ou abusiva.

---

<sup>321</sup> DOMINGUES, Douglas Gabriel. Publicidade e propaganda das marcas e retificação publicitária. *In: Revista Forense*, São Paulo, V. 285, p. 119, 1984.

<sup>322</sup> JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 101-102.

<sup>323</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 133.

<sup>324</sup> CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 133-134.

Frisa-se que, apesar de ser uma sanção administrativa constante no rol do referido artigo 56, poderá o juiz, em um processo judicial, condenar o anunciante a efetuar “contrapublicidade”, às suas expensas, nos mesmos moldes trazidos acima.

### **9.3.6. Princípio da fundamentação da mensagem publicitária**

O princípio da fundamentação da mensagem publicitária diz respeito a que a mesma esteja sempre calcada e devidamente fundamentada por dados técnicos e científicos. Sem esta sustentação a mensagem não poderá, nem mesmo, ser tida por verídica, afinal, não se pode ter por verdadeiro algo que não pode ser comprovado.

É dever do anunciante ter estes dados em seu poder e fornecê-los aos legítimos interessados sempre que necessário.

### **9.3.7. Princípio da informação**

O referido princípio não tem aplicação somente à matéria publicitária, mas à toda ordem do microsistema do direito do consumidor sendo a ele de suma importância. É, também, corolário da dignidade da pessoa humana, tal é a sua relevância nas relações de consumo.

O dever de informar foi desenvolvido na teoria contratual na doutrina alemã, pelo *Nebenpflicht*, ou seja, da existência de deveres acessórios, deveres secundários ao da prestação contratual principal.<sup>325</sup> Deveres estes que são oriundos do princípio da boa-fé na relação contratual e chamados de deveres anexos. Tratando-se de boa-

---

<sup>325</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 874.

fé e publicidade, sem qualquer embargo, a principal manifestação da boa-fé objetiva se dá no dever de informação.<sup>326</sup>

O princípio da informação, em verdade, se traduz em um direito básico do consumidor, previsto no artigo 6.º, inciso III do CDC, além de estar insculpido constitucionalmente, como um direito fundamental, no artigo 5º, inciso XIV da Constituição da República. Leciona o ministro Humberto Martins, em acórdão de sua lavra, que o direito à informação é “garantia fundamental da pessoa humana (...) é gênero do qual é espécie também previsto no Código de Defesa do Consumidor.”<sup>327</sup>

Ainda é, também, um dever do fornecedor. O dever de o fornecedor informar ao consumidor sobre o produto ou serviço que o mesmo está adquirindo ou cogitando em adquirir está previsto no CDC nos artigos 6.º, III, 12, 14, 18, 20, 30, 31, 46 e 54, §3º e §4º.

É direito básico do consumidor, nos termos preconizados pelo CDC “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”<sup>328</sup>.

Resta evidente, haja vista o tratado até o momento sobre a publicidade e suas limitações de tempo, se for televisiva, sonora, ou afins, e de tamanho, caso seja impressa, que não necessitarão constar na publicidade todos os elementos trazidos à baila pelo inciso III do artigo 6.º do CDC.

Sabemos que deverá integrar a publicidade apenas aquilo que for considerado dado essencial do produto ou serviço. Porém, o referido artigo 6.º, III do CDC se aplica aos momentos posteriores à publicidade, nos quais o direito à informação, por parte do consumidor, é ainda mais amplo do que o é na publicidade, e o dever de prestá-la, por parte do fornecedor, continuará se fazendo presente de maneira mais intensa e,

---

<sup>326</sup> SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **O direito do consumidor e a publicidade**. 1ª ed. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 217.

<sup>327</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.364.915 – MG, de 24/05/2013, p. 2, Segunda Turma, Ministro Relator: Humberto Martins. *In*: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1232887&num\\_registro=201300216370&data=20130524&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1232887&num_registro=201300216370&data=20130524&formato=PDF)>. Acesso em 5 de setembro de 2020.

<sup>328</sup> Código de Defesa do Consumidor, artigo 6.º, inciso III.

nestes casos, deverá o mesmo informar ao consumidor, ou potencial consumidor, todo o preconizado no referido dispositivo legal em comento.

O dever de informação é intrínseco ao negócio, devendo estar presente não apenas na formação do contrato, mas, também, durante a sua execução, visando assegurar ao consumidor uma escolha consciente, informada e quando possível, lógica, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam, de fato, atingidas. “Para a proteção efetiva do consumidor não é suficiente o mero controle da enganiosidade e abusividade da informação. Faz-se necessário que o fornecedor cumpra seu dever de informação positiva”.<sup>329</sup> Nesse sentido é o posicionamento do STJ:

A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do *caveat emptor* como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, inclusive, como oferta e publicidade enganosa por omissão.<sup>330</sup>

Desta feita, o dever de informar “passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus pró-ativo atribuído aos fornecedores”.<sup>331</sup>

Podemos dizer que o direito à informação assegura a realização da transparência no mercado de consumo, a qual é objetivada pelo artigo 4.º do CDC. Transparência, por sua vez, vem a ser “maior clareza, é veracidade e respeito, através de maior troca de informações entre o fornecedor e o consumidor, em especial, na fase pré-contratual”.<sup>332</sup>

A transparência na relação e o direito à informação irão reger o momento pré-contratual, a eventual conclusão do contrato, o próprio contrato e o momento pós-contratual.

---

<sup>329</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 272.

<sup>330</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 586.316 – MG de 19/03/2009, p. 2, Segunda Turma, Ministro Relator: Herman Benjamin. *In*: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 5 de setembro de 2020.

<sup>331</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 874.

<sup>332</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 873.

Outro não é o entendimento exarado pelo STJ:

O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do princípio da boa-fé objetiva e do princípio da confiança, todos abraçados pelo CDC.<sup>333</sup>

A informação dada pelo fornecedor deverá ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (não prolixa ou escassa), ostensiva (de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.

O artigo 31 do CDC desdobra a obrigação de informar em quatro categorias principais, imbricadas entre si, quais sejam: a) informação-conteúdo (características intrínsecas do produto e serviço); b) informação-utilização (como se usa o produto ou serviço); c) informação-preço (custo, formas e condições de pagamento); e d) informação-advertência (riscos do produto ou serviço)<sup>334</sup>.

Por derradeiro, o direito à informação apresenta, como finalidade precípua, fornecer o completo esclarecimento ao consumidor quanto à escolha do produto ou do serviço que deseja contratar. Desta maneira, haverá um maior equilíbrio na relação jurídica, reduzindo a vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor por intermédio da informação clara e adequada<sup>335</sup>.

Em se tratando de publicidade, esta informação deverá dizer respeito aos dados essenciais da prestação anunciada e, mais à frente, em momento de conclusão do negócio jurídico ou oferta dirigida, a informação deverá ser mais completa e ostensiva, nos termos ditados pelo artigo 31 do CDC.

---

<sup>333</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 586.316 – MG de 19/03/2009, p. 2, Segunda Turma, Ministro Relator: Herman Benjamin. *In*: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 5 de setembro de 2020.

<sup>334</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 874.

<sup>335</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 976.836 – RS, de 05/10/2010, p. 6, Primeira Seção, Ministro Relator: Luiz Fux. *In*: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=924969&num\\_registro=200701873706&data=20101005&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=924969&num_registro=200701873706&data=20101005&formato=PDF)>. Acesso em 5 de setembro de 2020.

## 10. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PUBLICIDADE COMPARATIVA

Finda a análise acerca do sistema brasileiro de regulamentação da publicidade, da parca legislação estatal sobre o tema e da regulamentação privada, bem como dos princípios que regulamentam a publicidade de forma geral no Brasil, é chegada a hora de uma análise mais detida a respeito dos princípios que balizam, especificamente, a publicidade comparativa.

Em Portugal, apesar de não olvidarmos da importância da aplicação principiológica no que tange à publicidade, há uma legislação estatal, com força cogente, que rege as práticas publicitárias no país, tratando de forma expressa e satisfatória acerca da publicidade comparativa, qual seja o Código da Publicidade. Não dizemos que tal legislação seja perfeita, mas, diferentemente do que ocorre em *terrae brasílis*, ela existe e supre as necessidades dos anunciantes e, também, dos sujeitos expostos às publicidades.

Desta feita, apesar de indubitavelmente importante, a rede principiológica, no que tange à matéria publicitária, tem um papel menos fundamental em solo luso do que em terras tupiniquins e isso se dá, justamente, pelo fato de que o legislador brasileiro quedou silente, o país não possui qualquer regulamentação estatal acerca do tema, não tem normas cogentes que legislem sobre a publicidade comparativa. Assim, a importância do tema principiológico se agiganta quando falamos em Brasil.

Apesar da malfadada inexistência de normas o judiciário não poderá se furtar de decidir contendas que versem sobre esta modalidade de direitos. Em razão disso a importância dos princípios se afigura maior no Brasil, pois eles são uma das principais fontes que os juízes utilizam, diuturnamente, para resolver os litígios que a eles se apresentam.

Assim sendo, a partir de agora passaremos a uma análise dos princípios balizadores da publicidade comparativa, que se depreendem tanto da legislação e autorregulamentação brasileira quanto da portuguesa. Ou seja, os princípios tratados abaixo podem têm aplicação tanto em Portugal quanto no Brasil.

## 10.1. PRINCÍPIO DA FINALIDADE DA COMPARAÇÃO

O CBAP trata do referido princípio na Seção 7, que versa expressamente sobre a publicidade comparativa, mais especificamente no artigo 32, alínea “a”. O Código da Publicidade, por sua vez, trata sobre o mesmo no n.º 2, alíneas “b” e “c” do artigo 16.º.

A mensagem publicitária para ser útil, deve ter uma finalidade na comparação para além de convencer o consumidor a consumir. Poderá ser, por exemplo, a informação do consumidor acerca dos produtos ou serviços comparados. “Os dados fornecidos ao público lhe são úteis, direta ou indiretamente, ou que são interessantes ao mercado do ponto de vista concorrencial”<sup>336</sup>.

Deve-se, então, por este princípio, perquirir a finalidade útil da comparação. Podemos dizer que a mensagem publicitária útil é aquela que supera um mero confronto gratuito entre anunciantes, mas que visa à um fim específico além do convencimento dos sujeitos que dela são alvo. Geralmente, esse fim específico é a informação dos consumidores.

Portanto, temos que a publicidade terá uma finalidade persuasiva, mas não só. Deverá ter, também, uma outra finalidade, uma utilidade que realmente a justifique e que usualmente é a informação ao consumidor.

O princípio da finalidade poderá ser acionado quando, por exemplo, uma comparação tenha o fim único de denegrir o concorrente, haja vista a finalidade desta publicidade ser ilícita conforme a vedação à denegrição.

---

<sup>336</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 156. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

## 10.2. PRINCÍPIO DA OBJETIVIDADE DA COMPARAÇÃO

Este princípio está insculpido nos artigos 27, §2º, 32 alíneas “b” e “h” do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e na alínea “c” do n.º 2 do artigo 16.º do CP.

Somente poderão ser comparadas informações objetivamente comprováveis. O subjetivo, a “questão de opinião”, não tem espaço quando estamos a falar de publicidade comparativa. A confrontação de características dos produtos e serviços dos anunciantes com os dos concorrentes deve ser objetiva, passível de demonstração por intermédio de testes, sejam eles quais forem, mas que sejam indubitáveis.

Nada obsta, porém, que no bojo da mensagem publicitária se utilize de subjetivismo. O que é expressamente vedado é que a comparação seja referente a características subjetivas das prestações postas em confronto.

Como exemplo, podemos citar uma publicidade onde a empresa A diz que a cerveja que fabrica tem gosto melhor do que a cerveja da concorrente, empresa B. O gosto, o paladar, é algo extremamente subjetivo, não sendo possível a sua medição objetiva. Desta feita, não podemos afirmar, de forma lícita, em uma campanha publicitária, que uma das bebidas tem o gosto melhor do que a outra, da marca concorrente, sob pena de incorrerem em publicidade comparativa ilícita por ferir o princípio da objetividade da comparação.

O que se poderia fazer para resolver a presente questão é “transformar” a publicidade comparativa exemplificada acima em uma publicidade que se utiliza de pesquisa de mercado para afirmar a superioridade do seu produto. Explica-se: a empresa A, anunciante, oferece, sem rótulos, a sua cerveja e, também, a cerveja da empresa concorrente, denominada empresa B, para que transeuntes na rua às experimentem. Neste caso, os consumidores que experimentarem as bebidas sem os rótulos deverão dizer de qual delas gostaram mais e, sendo o resultado favorável à empresa A, esta poderá anunciar em sua publicidade que, por exemplo, a cada dez

pessoas que provaram a sua cerveja e a cerveja da empresa B, oito delas afirmaram preferir o sabor da cerveja da empresa anunciante, ou seja, da empresa A.

Desta forma, não haveria qualquer perigo de a publicidade ser considerada enganosa ou abusiva, desde que, é claro, as informações constantes da pesquisa de opinião feita junto ao público consumidor sejam dotadas de dados essencialmente verdadeiros.

Por fim, diga-se que quando forem comparadas prestações cujos preços são de faixas distintas, tal informação deverá constar da publicidade para que os consumidores possam ter ciência de que estão diante de produtos de patamares distintos. Afinal, confrontar prestações cujos preços demonstrem uma grande discrepância sem salientar tal fato, em nosso entender, retira da comparação o seu caráter de objetividade.

### 10.3. PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO

Aplicável não somente à publicidade comparativa, mas a praticamente todas as espécies de publicidade, o princípio em tela adquire maior grau de importância quando tratamos acerca das comparações haja vista terem o condão de causar maiores prejuízos aos concorrentes do que outras modalidades publicitárias.

O princípio da fundamentação tem base legal no artigo 36, parágrafo único e 37 *caput* do CDC, bem como se fundamenta nos artigos 27 §1º e 32, alínea “c” do CBAP, e nas alíneas “a”, “b” e “c” do n.º 2 do artigo 16.º e artigo 11.º do CP, se afigurando de fácil entendimento. O princípio da fundamentação nada mais é do que a necessidade de a publicidade comparativa estar fundamentada em dados técnicos para, assim, poder comprovar o que veicula.

Quanto aos artigos 37 *caput* do CDC, 11.º e 16.º alínea “a” do CP, os quais consagram a proibição da publicidade enganosa, podemos dizer que se relacionam intimamente com o princípio da fundamentação na medida em que uma publicidade que não estiver devidamente fundamentada não poderá ser objetivamente

comprovável e, portanto, será considerada como enganosa. Simplificando, uma publicidade que obedeça ao princípio da fundamentação, via de regra, será considerada enganosa haja vista a impossibilidade existente de provar o que veicula. Temos, então, que os princípios da fundamentação, da objetividade da comparação e da vedação à enganosidade não se confundem, mas estão ligados por uma relação de interdependência.

Não podemos, porém, confundir fundamentação com comprovação. Não se exige que o anunciante, no curto espaço de tempo que possui no rádio ou na televisão, ou no pequeno espaço físico que dispõe em folhetos publicitários, comprove tudo aquilo o que veicula em sua publicidade comparativa.

O que, em verdade, o princípio da fundamentação preleciona é que os dados que forem apresentados na campanha publicitária, as comparações realizadas, devem estar fundadas em estudos e pesquisas as quais, apesar de não poderem, por falta de tempo ou de espaço, figurarem juntamente da publicidade, poderão ter a sua existência mencionadas na mesma e devem estar à disposição do consumidor ou de qualquer interessado para consulta.

Resta evidente, então, que o que deverá ser fundamentado e demonstrado são as comparações efetivamente levadas à efeito que se relacionem com fatos e dados objetivos, conforme os requisitos de licitude da publicidade comparativa. “Esses dados, por sua vez, deverão ser os essenciais, como diz o princípio da pertinência.”<sup>337</sup>

#### 10.4. PRINCÍPIO DA PERTINÊNCIA

Do alto de sua simplicidade, o princípio da pertinência, consagrado no artigo 32, alínea “d” do CBAP, e alíneas “b”, “d” e “f” do artigo 16.º, n.º 2 do CP, refere que

---

<sup>337</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa**: informação persuasiva e concorrência. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 158. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

as comparações deverão ser pertinentes entre si e deverão ter um propósito claro de informar ao consumidor sobre a prestação anunciada.

Exemplificando: *in abstracto* não estaria de acordo com o princípio da pertinência uma comparação entre dois bens de faixas de preço completamente distintas, como, por exemplo, um carro popular e um carro esportivo de uma marca *premium*, que é sabidamente famosa no mercado por sua elevada qualidade e consequentes preços elevados.

Mas afinal, por qual motivo tal comparação não seria pertinente? A resposta é sobremaneira simples: porque tal comparação não se apresenta benéfica ao consumidor. É deveras difícil imaginar uma situação onde exista uma dúvida no consumidor se compra um carro popular, de baixo custo, ou um esportivo *premium*, de custo altíssimo, bem como de manutenção extremamente dispendiosa. Tal comparação não se mostra pertinente, benéfica, útil ao consumidor.

Ressalva-se que, no caso concreto, poderá ocorrer alguma hipótese em que tal comparação acabe por ser pertinente, por isso mesmo dissemos que “*in abstracto*” tal comparação desobedece ao princípio da pertinência.

Não há que se confundir o princípio da pertinência com o da finalidade da comparação. Este assegura que a publicidade comparativa deverá ter algum fim útil, que não se restrinja a apenas atacar o concorrente e suas prestações. Enquanto aquele garante que esta finalidade será pertinente ao consumidor. Por exemplo, uma publicidade onde se busca, por intermédio da comparação, trazer informações ao consumidor acerca das vantagens dos produtos oferecidos pelo anunciante em detrimento daqueles oferecidos pelo concorrente estará de acordo com o princípio da finalidade. Porém, para que esteja também de acordo com o princípio da pertinência as informações trazidas deverão ser realmente úteis ao consumidor.

Utilizando novamente o exemplo de comparação entre características de um carro popular e um carro esportivo *premium* extremamente caro, a referida publicidade comparativa é dotada de finalidade, ela busca informar o consumidor. Porém, não é dotada de pertinência vez que as informações trazidas não tem o condão de realmente beneficiar o consumidor ou o mercado, nos termos já expostos acima.

## 10.5. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À CONFUSÃO

Tal encontra guarida constitucional no Brasil, mais especificamente no artigo 5.º, XXIX da Constituição da República, bem como tem correspondência no artigo 32, “e” do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e no artigo 16.º, n.º 2, “d” do Código da Publicidade.

Já tratamos, em momentos anteriores neste estudo, de maneira um tanto quanto detalhada, acerca da vedação à confusão<sup>338</sup>. Desta feita, neste momento não buscaremos exaurir novamente o assunto, poupando o leitor à tautologia.

Porém, mister frisar que a vedação ao estabelecimento de confusão entre prestações de concorrentes é um dos princípios basilares da publicidade comparativa e não só, é de suma importância na publicidade em termos gerais sendo que o seu desrespeito tem o condão de enquadrar-se como ato de concorrência desleal.

Pelo princípio da vedação à confusão a publicidade não poderá induzir o consumidor em erro quanto ao produto ou serviço anunciado, bem como à marca anunciante. “Diversas ações podem, pois, ingressar nesse conceito, tendentes sempre, mediante assemelhação indevida, a afastar-se a diversidade natural dos produtos e, assim, atrair clientela alheia.”<sup>339</sup> Explica-se: o consumidor não poderá, em decorrência da publicidade, confundir a prestação do anunciante com a de um concorrente, nem mesmo suas marcas ou símbolos distintivos.

A publicidade comparativa deverá estabelecer diferenças entre as prestações do anunciante com as dos concorrentes, sendo vedada a assemelhação por meio da qual poder-se-á causar confusão tanto no mercado quanto entre os consumidores, que por sua vez poderão ser induzidos ao erro.

---

<sup>338</sup> Vide tópicos 3.3.1 e 3.3.2, os quais tratam, respectivamente, acerca dos requisitos de licitude da publicidade comparativa em Portugal e no Brasil.

<sup>339</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Concorrência Desleal**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54.

## 10.6. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DENEGRIFICAÇÃO

Outro princípio de primordial importância quando falamos em publicidade comparativa, mas que também já foi trabalhado por nós no presente estudo, é a vedação à denegrição. Este, tal como o princípio da vedação à confusão, também está acolhido no texto constitucional brasileiro, artigo 5.º, XXIX, bem como nos artigos 2º, 5º e 32, alínea “f” do CBAP e alínea “e” do n.º 2 do artigo 16.º do Código da Publicidade.

Há que se ter uma aplicação cuidadosa do presente princípio, haja vista que toda a publicidade comparativa trará, de alguma forma e em algum grau, uma certa denegrição à marca ou ao produto ou serviço concorrente.

Tentamos idealizar uma hipótese na qual a publicidade comparativa fosse efetivada sem causar qualquer espécie de denegrição à marca concorrente, tarefa bastante difícil. A nós parece que a única alternativa plausível seria onde a comparação é feita única e exclusivamente em relação ao preço<sup>340</sup> da prestação do concorrente. Neste caso específico podemos aceitar que tal comparação não prejudique a imagem da marca, até pelo motivo de que, não raras vezes, ter preço superior é aliado à qualidade superior, tendo efeito totalmente contrário à denegrição.

Porém, apesar do exemplo comparativo acima, a regra é que toda publicidade comparativa traga um certo grau de denegrição e descrédito à marca concorrente. Diga-se que não é esta denegrição, inerente a qualquer comparação, que o princípio ora tratado busca vedar, mas sim aquela denegrição dita gratuita, desnecessária, agressiva.

Por denegrição devemos entender como sendo atos capazes de causar prejuízo aos concorrentes. A publicidade comparativa não pode ter por finalidade precípua denegrir os produtos, serviços, nome, marca ou signos distintivos dos concorrentes. Se assim o for, a referida publicidade será ilícita

---

<sup>340</sup> SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. **Publicidade comparativa: regras e limitações**. 1ª ed. São Paulo: Ixtlan, 2009, p. 60.

Como dito acima, a vedação à denegrição não significa que os concorrentes não poderão ter suas prestações ou marcas afetados negativamente por intermédio da publicidade comparativa veiculada por outro concorrente, mas sim que a publicidade veiculada não possua a denegrição como sua finalidade primeira, não seja excessivamente agressiva, sendo, apenas, uma decorrência lógica da comparação lícita e ética.

A vedação à denegrição já foi tratada no presente estudo nos tópicos 3.3.1 e 3.3.2, razão pela qual o tema não será esgotado neste momento poupando o leitor, novamente, de flagrante tautologia.

## **11. A PUBLICIDADE COMPARATIVA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL: O ENTENDIMENTO ADOTADO PELO STJ**

Conforme já visto nos tópicos anteriores, o Brasil não possui legislação que trate, especificamente, da publicidade comparativa. A temática ainda é muito incipiente, não só a nível legislativo, mas também, quanto à sua utilização prática no país, principalmente na modalidade explícita e, da mesma forma, é incipiente na jurisprudência do STJ.

Não é comum, no Brasil, vermos a publicidade comparativa explícita sendo utilizada. O que ocorre, em verdade, é um certo receio dos anunciantes e das agências publicitárias na sua utilização, o que se dá, em certa medida, devido às incertezas causadas pela falta de lei sobre os limites, sobre o que é, realmente, permitido no campo da publicidade comparativa.

Em verdade, podemos dizer que há um certo *looping*, no sentido de que a falta de utilização prática faz com que os legisladores não se debrucem sobre uma lei que a regulamente; ao mesmo tempo em que a falta de uma lei faz com que exista uma baixa utilização devido à insegurança jurídica.

Como já dissemos alhures, a falta de legislação estatal acerca da publicidade faz com que a jurisprudência tenha uma importante função, por intermédio dos

precedentes judiciais, na decisão de casos envolvendo publicidade, sobretudo a publicidade comparativa.

Neste diapasão, coube ao STJ se pronunciar acerca da licitude ou não da publicidade comparativa no Brasil, bem como delimitar os limites da sua utilização.

Em sendo a publicidade comparativa uma modalidade publicitária ainda pouco utilizada no país isso faz com que sejam raros os casos que versem sobre a matéria a passar pelo crivo do STJ. Prova disso é que a primeira vez que o Tribunal se debruçou, a primeira vez que foi instado a se manifestar sobre o tema de forma satisfatória, foi no ano de dois mil e quatorze, no Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP<sup>341</sup>, julgado pela Quarta Turma do STJ, cuja relatoria coube ao eminente ministro Luís Felipe Salomão, por maioria de votos. É acerca deste processo que passaremos a tratar.

O caso em questão envolvia duas grandes empresas, quais sejam a Danone LTDA, doravante denominada Danone, e a *Dairy Partners Americas Brasil LTDA*, daqui para frente denominada *Dairy Partners*.

A Danone ajuizou ação contra a *Dairy Partners* visando que a mesma se abstivesse de veicular publicidade onde fazia uma comparação entre o seu produto, Nesvita, da marca Nestlé, pertencente à *Dairy Partners* e o produto da marca Activia, pertencente à Danone. Alegou a Danone que é líder na fabricação de produtos derivados do leite e que a *Dairy Partners*, a partir de 05/01/2007, passou a veicular filme publicitário para divulgação do seu produto, qual seja o Nesvita, no qual as marcas Danone e Activia foram indevidamente utilizadas em uma comparação.

Alegou a Danone que a Lei de Propriedade Industrial confere ao titular do registro marcário validamente expedido a exclusividade no uso de sinal, assim como o direito de zelar pela sua integridade material e reputação, bem como que a referida lei vedaria de forma expressa publicidade que utilize marca alheia sem autorização.

---

<sup>341</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP de 19/12/2014, Quarta Turma, Ministro Relator: Luís Felipe Salomão. In: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202580116&dt\\_publicacao=19/12/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202580116&dt_publicacao=19/12/2014)>. Acesso em 14 de março de 2020.

Requeru que fosse cessada a campanha publicitária sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Ainda, pretendia a Danone a condenação da parte adversa em danos materiais e extrapatrimoniais decorrentes da veiculação de espécie publicitária que, no seu entendimento, deveria ser proibida.

Em sede de julgamento no primeiro grau de jurisdição, a 34ª Vara Cível da Comarca de São Paulo julgou procedente a ação, condenando a *Dairy Partners*. Em sede recursal, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença do juízo *a quo*, julgando, então, improcedente o pedido. Tal decisão fez com que fosse interposto novo recurso, desta vez destinado ao STJ, o qual deu aso à decisão em comento.

A campanha publicitária em questão se tratava de um pequeno filme<sup>342</sup>, ambientado em um supermercado, onde se podia ver e distinguir claramente as marcas objeto da campanha, tanto a marca do anunciante (*Dairy Partners – Nestlé – Nesvita*) quanto a do concorrente (Danone – *Activia*).

O pequeno filme contava com o seguinte diálogo:

“Voz feminina (1): Intestino preguiçoso, né?”

Voz feminina (2): oi?

Voz feminina (1): Vem cá. Você já comparou a tabela nutricional da Nesvita com esse?

Voz feminina (2): Como é que é?

Voz feminina (1): Compara só. Nesvita, além de auxiliar no funcionamento do intestino, tem 18% (dezoito por cento) menos calorias e 26% (vinte e seis por cento) menos gorduras e além disso, vem com 2 (duas) vezes mais cálcio. Fora que ele é o único que combina actifibras e probióticos. E é uma delícia.

---

<sup>342</sup> O filme publicitário pode ser acessado em um dos seguintes links: <<https://www.youtube.com/watch?v=b-NKvM2lOqk>>; <<https://www.youtube.com/watch?v=29VYc8iOkbA>>. Ambos com acesso em 28 de julho de 2020.

Locutor: Nesvita da Nestlé é o único que combina actifibras e probióticos que auxiliam no funcionamento do intestino. Experimente Nesvita, leve 2 (dois) pague 1 (um) para sentir a diferença.”

Conforme podemos notar, em nenhum momento é citado, verbalmente, o nome da marca concorrente. No entanto, é claramente mostrada, de forma visual no filme publicitário, a marca. Houve exposição visual pela qual os consumidores claramente puderam fazer a comparação entre o Nesvita, produto cerne da campanha publicitária, com o Activia, da marca concorrente (Danone).

Conforme dito acima, o juízo de origem julgou a ação procedente, acabou por condenar a *Dairy Partners* a se abster da veiculação de qualquer publicidade que utilizasse, sem autorização, as marcas da Danone, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), além da condenação em indenização arbitrada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por danos extrapatrimoniais e por danos materiais a ser fixada em sede de liquidação de sentença. Não adentraremos no fato de a sentença prolatada pelo juízo de piso ser *ultra petita* quanto à multa diária haja vista que tal não possui relação com o presente estudo. Analisaremos apenas os fatos e o direito atinentes à publicidade comparativa.

Inconformada com a sentença de primeiro grau, a *Dairy Partners* recorreu ao TJ – SP, o qual deu provimento ao recurso de apelação por considerar não ter havido qualquer ofensa à marca ou ao produto da concorrente, pois:

A propaganda comparativa constitui técnica lícita e, portanto, permitida, desde que respeite a marca e o produto do concorrente, não os denegrindo, podendo ser considerada, ademais, verdadeiro instrumento de decisão para o consumidor, que pode comparar as propriedades de cada produto.

(...)

Assim, o seu conteúdo deve conter apenas caráter informativo, não podendo sugerir ou insinuar ofensa à marca ou ao produto do concorrente, pois caracterizaria concorrência desleal.

(...)

No caso dos autos, a propaganda veiculada pela apelante apenas fez uma comparação entre os produtos das partes, ressaltando as suas diferenças e esclarecendo o consumidor, sem denegrir a imagem da apelada, pelo que não se verifica o uso indevido da marca ou mesmo concorrência desleal.<sup>343</sup>

---

<sup>343</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP de 19/12/2014, Quarta Turma, Ministro Relator: Luís Felipe Salomão. *In*: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202580116&dt\\_publicacao=19/12/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202580116&dt_publicacao=19/12/2014)>, p. 7. Acesso em 14 de março de 2020.

Temos uma evidente colisão entre o entendimento exarado pelo juízo de primeiro grau, o qual considerou que a publicidade comparativa realizada é ilícita e a posição adotada pelo tribunal paulista, o qual entendeu pela plena licitude da publicidade comparativa, desde que a mesma não caracterize atos de concorrência desleal.

Desta feita, a Danone interpôs Recurso Especial ao STJ, ao qual coube definir, diante da falta de legislação, se a publicidade comparativa é lícita, bem como quais são os limites dessa licitude e de sua utilização.

Frisa-se que a alegação da Danone era de que a *Dairy Partners* utilizou marca registrada, exclusiva da Danone, em sua publicidade, o que tornaria a publicidade comparativa veiculada ilícita por violação marcária ao direito de exclusivo. Apoiou-se, para tanto, na LPI.

Ora, já tratamos sobre o tema alhures e a nós considerar como correta a posição defendida pela Danone seria o mesmo que proibir a publicidade comparativa sob um manto de permissividade. A partir do momento em que se proíbe qualquer menção ao concorrente, inviabiliza-se que seja efetivada uma comparação na publicidade.

O referido Recurso Especial interposto pela Danone deu azo a três votos, dois dos quais diametralmente distintos, sendo do Ministro Luís Felipe Salomão, Relator do presente caso e prolator do voto vencedor, e do Ministro Raúl Araújo, que pediu vistas e foi voto vencido. Tal fato demonstra, também, a discrepância de entendimentos sobre o tema mesmo a nível da Corte Superior, demonstrando com ainda mais vigor a necessidade de uma regulamentação sobre a matéria dando alguma segurança jurídica aos atuantes no setor. O terceiro voto, de desempate, foi da lavra da Ministra Maria Isabel Gallotti, a qual acompanhou o voto do relator. Vejamos agora o posicionamento e a argumentação de cada um dos ministros.

Em seu voto, já de início, o ministro Luís Felipe Salomão elucida que a principal questão a ser decidida ali é sobre a licitude ou não da publicidade comparativa e, sendo a mesma lícita, quais seriam os seus limites<sup>344</sup>.

No entendimento do eminente Ministro, amparado em forte doutrina, a publicidade comparativa é lícita desde que obedeça às diretrizes traçadas pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária<sup>345</sup>, em seu artigo 32, bem como o que preconiza o CDC nos artigos 36 e 37 e a LPI, quando concede proteção às marcas registradas. Isso significa que não poderá ser enganosa e nem abusiva, não poderá visar denegrir a imagem e nem causar confusão com a marca do concorrente, além da necessidade de a comparação ser objetiva e comprovável.

Tendo isso em consideração, de forma ao nosso ver acertada, o entendimento exarado pelo Ministro foi no sentido de que a publicidade veiculada pela *Dairy Partners* não ofende, de forma alguma, o CDC pois compara, de forma objetiva, dois produtos concorrentes, o que apenas fornece informações ao consumidor para que possa realizar uma compra mais esclarecida.

Ainda, o anúncio foi claro ao distinguir os produtos comparados, não havendo qualquer hipótese de gerar no consumidor confusão quanto às marcas.

A publicidade em questão não teve o intuito de denegrir a imagem do concorrente, coisa que efetivamente não fez. Apenas houve uma comparação objetiva acerca dos valores nutricionais dos produtos em questão, que não teve sua veracidade contestada em momento algum.

Ainda, no que toca à LPI, o entendimento vai ao encontro do exarado por Fábio Ulhoa Coelho<sup>346</sup>, inclusive citado pelo relator em seu voto, de que a publicidade

---

<sup>344</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP de 19/12/2014, Quarta Turma, Ministro Relator: Luís Felipe Salomão. *In*: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202580116&dt\\_publicacao=19/12/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202580116&dt_publicacao=19/12/2014)>, p. 6, *verbis*: “A principal questão controvertida é saber se é lícita a propaganda comparativa entre produtos e marcas distintas e, em caso positivo, quais são seus limites.” Acesso em 14 de março de 2020.

<sup>345</sup> Na esteira do por nós referido no presente estudo, apesar de o CBAP não ser um diploma legal de autoria do Poder Legislativo, mas sim uma regulamentação privada, diante da falta de lei acerca da publicidade o diploma em comento é bastante utilizado pela jurisprudência para embasamento de seus julgados.

<sup>346</sup> COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. V. 1, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 438, *Apud* BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP de 19/12/2014, Quarta Turma, Ministro Relator: Luís Felipe Salomão. *In*:

comparativa somente irá contra o direito industrial, mais especificamente o direito de marcas, em dois casos, a saber. O primeiro deles ocorre quando o anunciante, ao fazer a comparação com o produto da marca concorrente, os imita ou, de alguma forma, tenta causar confusão entre os produtos, induzindo em confusão os consumidores. O segundo caso irá ocorrer se, por intermédio da publicidade comparativa, o anunciante denegrir a marca do concorrente.

Em seu voto, afirma o Relator que para que a publicidade comparativa

Viole o direito marcário do concorrente, as marcas devem ser passíveis de confusão ou a referência à marca deve estar cumulada com ato depreciativo da imagem de seu produto/serviço, acarretando a degenerescência e o consequente desvio de clientela.<sup>347</sup>

O caso em comento claramente não se enquadra em nenhuma das hipóteses aventadas, portanto, não ofende o direito da propriedade industrial na vertente do direito marcário.

Em conclusão, o Ministro Luís Felipe Salomão, emitiu seu voto no sentido de que a publicidade comparativa “é a forma de publicidade que identifica explícita ou implicitamente concorrente de produtos ou serviços afins, consagrando-se, em verdade, como instrumento de decisão do público consumidor”<sup>348</sup>.

Por fim, para que a publicidade comparativa seja ilegal a mesma deve induzir ao “erro o consumidor, causando confusão entre as marcas, ocorrendo de maneira a depreciar a marca do concorrente com o consequente desvio de sua clientela, prestando informações falsas e não objetivas.”<sup>349</sup>

---

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202580116&dt\\_publicacao=19/12/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202580116&dt_publicacao=19/12/2014)>, p. 13. Acesso em 28 de julho de 2020.

<sup>347</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP de 19/12/2014, Quarta Turma, Ministro Relator: Luís Felipe Salomão. *In*: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202580116&dt\\_publicacao=19/12/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202580116&dt_publicacao=19/12/2014)>, p. 14. Acesso em 28 de julho de 2020.

<sup>348</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP de 19/12/2014, Quarta Turma, Ministro Relator: Luís Felipe Salomão. *In*: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202580116&dt\\_publicacao=19/12/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202580116&dt_publicacao=19/12/2014)>, p. 11. Acesso em 28 de julho de 2020.

<sup>349</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP de 19/12/2014, Quarta Turma, Ministro Relator: Luís Felipe Salomão. *In*: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202580116&dt\\_publicacao=19/12/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202580116&dt_publicacao=19/12/2014)>, p. 15. Acesso em 28 de julho de 2020.

O Ministro Raul Araújo, por sua vez, em voto-vista discordou do posicionamento adotado pelo relator sob os fundamentos a seguir elencados.

No sentir do eminente Ministro, a publicidade comparativa, da forma como foi feita, ofende o direito de marcas. Entende que após o registro da marca o seu titular adquire diversos direitos, dentre os quais o direito de exclusividade do uso da marca, bem como o de impedir a sua citação em uma publicidade comercial que lhe seja desfavorável, como no caso em análise.

Assevera que o ordenamento jurídico brasileiro vedaria claramente a utilização de marca de titularidade de terceiro em razão do direito de exclusividade estabelecido nos artigos 129, 130 e 132 da Lei n.º 9.279/96, a LPI.

Com o fito de melhor elucidar o tema, transcreveremos os dispositivos ora citados:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao seu titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de:

I – ceder seu registro ou pedido de registro;

II – licenciar seu uso;

III – zelar pela sua integridade material ou reputação

Art. 132. O titular da marca não poderá:

I – impedir que comerciantes ou distribuidores utilizem sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização;

II – impedir que fabricantes de acessórios utilizem a marca para indicar a destinação do produto, desde que obedecidas as práticas leais de concorrência;

III – impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 68; e

IV – impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo.

Da leitura dos artigos acima, destaca o Ministro Raul Araújo que, nos termos do artigo 129 o uso da propriedade registrada é exclusivo ao seu titular, ou seja, outras marcas não podem utilizá-la, o que vedaria a publicidade comparativa.

Já o artigo 130 confere ao titular da marca, nos termos do inciso III, o direito de zelar pela sua reputação. No entender do eminente ministro, a publicidade comparativa, mesmo que verdadeira, objetivamente comprovável e informativa, acaba

por denegrir a reputação da marca comparada, o que dá ao seu titular o direito de impedir que tal publicidade comparativa seja veiculada.

Por fim, o artigo 132, inciso IV, em uma leitura *contrario sensu*, daria ao titular da marca registrada o direito de impedir que ela seja citada quando houver conotação comercial.

Portanto, diante do exposto, o voto-vista foi no sentido de que a publicidade comparativa somente seria lícita se o concorrente autorizasse o anunciante a utilizar a sua marca na campanha publicitária. Caso contrário, estar-se-ia indo de encontro ao direito marcário.

Tal posicionamento beira o absurdo e acabaria por inviabilizar totalmente a veiculação de qualquer publicidade comparativa. Afinal, qual empresa ou empresário autorizaria o seu concorrente a utilizar a sua marca em uma comparação onde ficará demonstrado que a prestação do anunciante é melhor, mais vantajosa, mais benéfica que a sua?

Por sorte, tal posicionamento não foi o adotado pelo egrégio STJ, haja vista o terceiro voto, da Ministra Maria Isabel Gallotti, ter sido no sentido de acompanhar o relator.

Afirma a ministra que os dispositivos legais invocados supra não têm o intuito de impedir “a menção à marca concorrente em publicidade comparativa, mas visam a resguardar o proprietário de uma eventual apropriação indevida e/ou impedir que lhe seja afetada a respectiva reputação”<sup>350</sup>. Afirmação esta com a qual concordamos plenamente.

Adotar qualquer posicionamento contrário ao acolhido pelo STJ seria um grande retrocesso, voltando a considerar a publicidade comparativa como uma forma de denegrir o concorrente, caracterizando a concorrência desleal, modelo há muito superado.

---

<sup>350</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP de 19/12/2014, Quarta Turma, Ministro Relator: Luís Felipe Salomão. In: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202580116&dt\\_publicacao=19/12/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202580116&dt_publicacao=19/12/2014)>, p. 32. Acesso em 28 de julho de 2020.

Finaliza a eminente ministra destacando que

Respeitados os limites da lealdade na competição pelo mercado e da informação objetiva e verdadeira, impedir a menção ao concorrente acaba por tolher a liberdade e criatividade publicitária, bem como restringir a informação e subestimar a capacidade de decisão e o grau de entendimento do consumidor, o que, a meu ver, somente traz prejuízos ao espírito da livre concorrência<sup>351</sup>.

A decisão acima foi a primeira, no âmbito das Cortes Superiores brasileiras, a se manifestar acerca da temática da publicidade comparativa, afirmando a sua licitude e estabelecendo os limites desta licitude, nos termos preconizados pelo CBAP, o qual foi utilizado pela Corte de forma subsidiária, de acordo com o que sustenta o artigo 4.º da LINDB<sup>352</sup>. A decisão, apesar de datar do ano de dois mil e quatorze segue atual, sendo utilizada até os dias de hoje como paradigma na resolução de contendas análogas.

É evidente que o referido *decisum* não cobre todas as possibilidades legais de utilização e de licitude da publicidade comparativa, nem mesmo a lei possui tal capacidade devido às frequentes, por não dizer diárias, mudanças sofridas pela sociedade. A legislação não tem o condão de prever todas as situações possíveis e imagináveis, e isso não apenas em publicidade, mas em qualquer ramo do direito. O que ela faz, em verdade, é traçar algumas balizas dentro das quais a jurisprudência, por intermédio da hermenêutica jurídica, poderá interpretar os casos concretos e aplicar-lhes o direito.

Como vimos já de forma exaustiva, o Brasil não possui tal legislação geral que trate do tema publicitário, porém, a partir do momento em que se afirma, no âmbito da Corte Superior, que a publicidade comparativa, para ser lícita, deverá seguir o disposto no CBAP, podemos dizer que foi, então, traçado um círculo de licitude, trazendo, assim, uma maior segurança aos atuantes no mercado e aos consumidores.

Tal afirmação também corrobora a posição por nós defendida, bem como parece colocar um ponto final na discussão acerca do sistema brasileiro de

---

<sup>351</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP de 19/12/2014, Quarta Turma, Ministro Relator: Luís Felipe Salomão. In: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202580116&dt\\_publicacao=19/12/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202580116&dt_publicacao=19/12/2014)>, p. 33. Acesso em 28 de julho de 2020.

<sup>352</sup> Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

regulamentação publicitária ser misto, como por nós perfilhado, ou apenas estatal, público, como defendido por alguns doutrinadores. A partir do momento que o próprio STJ, para balizar a licitude da publicidade comparativa, se socorre do disposto no código autorregulamentar, põe fim à discussão e a nós parece que determina possuímos, realmente, um sistema misto.

Outro caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2015, mais especificamente pela Terceira Turma e cuja relatoria coube ao Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva<sup>353</sup> trata sobre uma edição jornalística em que o anunciante teria divulgado ser o líder de predileção do público na cidade de São Miguel do Oeste, no estado de Santa Catarina.

O jornal “A folha do Oeste” divulgou ser o jornal líder na preferência do público na localidade em que circulava, citando, expressamente, os nomes dos demais concorrentes e o percentual de votos que receberam, os quais eram substancialmente menores do que os obtidos pelo anunciante, que detinha mais do que o dobro do percentual de votos. Como embasamento para tal afirmação, o anunciante utilizou-se de uma pesquisa de opinião que ele mesmo (anunciante) havia feito na região.

Diante da situação, um dos concorrentes citados pela pesquisa divulgada pelo jornal anunciante sentiu-se prejudicado e ajuizou ação judicial buscando indenização por danos extrapatrimoniais. A demanda judicial tinha por fundamento o fato de que o anunciante teria mencionado o nome do concorrente sem a sua autorização, bem como que o resultado da pesquisa divulgada teria tido propósito de depreciar a marca concorrente, caracterizando a concorrência desleal. Frisa-se que em momento algum a veracidade e idoneidade da pesquisa foram questionadas.

Por sua vez, o STJ consignou<sup>354</sup> que a divulgação objetiva de uma pesquisa de opinião, ainda que tencionando publicitar que o anunciante é o jornal predileto do público leitor no município, não caracteriza, de forma alguma, concorrência desleal.

---

<sup>353</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.481.124 – SC de 07/04/2015. Terceira Turma, Ministro Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. *In*: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201304138531&dt\\_publicacao=13/04/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201304138531&dt_publicacao=13/04/2015)>. Acesso em 01 de agosto de 2020.

<sup>354</sup> BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.481.124 – SC de 07/04/2015. Terceira Turma, Ministro Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. *In*:

Diferente seria se fosse questionada a veracidade da pesquisa veiculada. Caso ficasse demonstrada a inverdade do veiculado jornalisticamente estaríamos diante de uma hipótese de concorrência desleal. Entretanto, não foi o que ocorreu no caso em tela.

Considerou, ainda, o STJ que a pesquisa divulgada possui natureza informativa, não sendo revestida de qualquer caráter publicitário, *verbis*

Mesmo que fosse possível afirmar, a partir de enorme esforço interpretativo, que a divulgação do resultado da pesquisa comparativa objeto de toda a presente controvérsia possui contornos publicitários e não informativos, a situação em exame, ainda assim, serviria de exemplo perfeito daquilo que a doutrina e jurisprudência tem entendido como publicidade comparativa admissível.

Desta feita, no entendimento da Colenda Corte de Justiça, nem ao menos restou configurado o caráter publicitário da pesquisa divulgada, haja vista ser uma pesquisa de opinião embasada em dados verdadeiros, que não visou denegrir a imagem dos concorrentes, mas somente divulgar, informar, a predileção do público leitor dos jornais da pequena cidade, ou seja, informação pura e simples aos leitores.

Outra não é a posição por nós defendida quando alhures indicamos a pesquisa de opinião como uma forma lícita de resolver o problema de uma publicidade comparativa calcada em elementos subjetivos.

Além do primeiro caso citado acima, tido como paradigmático no que toca à publicidade comparativa no direito brasileiro, são pouquíssimos os que chegam à Corte controvertendo o tema em questão. Até a data de 10 de setembro de 2020, na pesquisa de jurisprudência do sítio eletrônico do STJ<sup>355</sup>, utilizando-se das palavras “publicidade comparativa”, no campo de busca são encontrados apenas cinco acórdãos que tratam sobre o tema, dentre os quais um é o paradigma citado acima e outro este por nós trazido à lume por último, sobre a pesquisa de opinião divulgada pelo jornal anunciante

Dos cinco acórdãos, apenas o tido por paradigma se debruça sobre a licitude da publicidade comparativa e seus requisitos de forma um tanto quanto satisfatória. O

---

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201304138531&dt\\_publicacao=13/04/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201304138531&dt_publicacao=13/04/2015)>, p. 8. Acesso em 01 de agosto de 2020.

<sup>355</sup> <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>>.

segundo acórdão por nós tratado, ao fim e ao cabo, não era caso de publicidade comparativa, mas apenas de divulgação de pesquisa informativa. Os demais casos resolvem questões periféricas ao tema, como honorários sucumbenciais, danos patrimoniais e publicidade enganosa, não se dedicando à análise da temática atinente à publicidade comparativa, razão pela qual não adentraremos na análise de nenhum deles.

Anteriormente à decisão paradigmática do STJ o ponto que apresentava maior controvérsia no Brasil, no que tange à licitude da publicidade comparativa, era justamente a possibilidade da utilização de marca ou qualquer outro sinal distintivo alheio, de concorrente, na publicidade com fins de estabelecer comparações com aquele determinado concorrente, isso devido ao posto nos supracitados artigos da LPI.

A maior parte da doutrina brasileira já se posicionava no sentido da possibilidade, desde que a publicidade fosse verdadeira, não objetivasse denegrir o concorrente, não visasse tirar proveito de sua reputação, não caracterizasse, de nenhuma forma, a concorrência desleal, nos termos também demarcados pelo *decisum*. Entretanto, apesar da posição majoritária, o tema não era pacífico na doutrina e nem na jurisprudência, conforme ficou claro pelos posicionamentos elucidados tanto do juiz que julgou a ação em primeira instância, qual do Ministro Raúl Araújo, que emitiu voto no julgamento do Recurso Especial. Da mesma forma, haviam doutrinadores que defendiam a impossibilidade da utilização de marca alheia em campanha publicitária comparativa e afigurava-se como base jurídica dessa corrente de pensamento os artigos 129, 130 e 132 da LPI, agora rechaçados pelo STJ.

O tema reclamava uma decisão de Tribunal Superior afim de abonar o debate doutrinário bem como de trazer aos jurisdicionados alguma segurança jurídica. Diante da decisão adotada pelo STJ, coloca-se uma pedra em cima das referidas discussões e deverá ser adotada pela jurisprudência o precedente do Tribunal Superior. Quanto à doutrina, não há como vedar que a discussão continue, porém, agora com um posicionamento firme da jurisprudência.

Ademais, adotamos, no Brasil, o mesmo entendimento acerca do tema já abarcado em Portugal, o emprego de uma marca ou de qualquer sinal distintivo na

publicidade comparativa é lícito, não violando o círculo do direito de exclusivo, desde que vise unicamente a comparação e não pretenda aproveitar-se do prestígio de outra marca. Para Dias, no caso, há uma flexibilização do direito de exclusividade sobre as marcas, que é de certa forma sobrepujado pela livre concorrência e pelo direito à informação<sup>356</sup>.

Desta forma, temos que diante da falta de Lei no Brasil sobre publicidade comparativa o Superior Tribunal de Justiça acabou por traçar os seus limites de licitude tendo por base a regulamentação privada do CBAP.

Em um mundo ideal o Poder Legislativo estaria, ao menos, se articulando para trazer à baila uma legislação específica acerca da publicidade, não somente comparativa, mas em termos gerais, abarcando, por óbvio, todas as espécies das quais publicidade é gênero.

Enquanto a competência legiferante não é exercida pelos membros do Congresso Nacional podemos notar que o STJ fez uso do Código de Defesa do Consumidor, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, da Lei de Propriedade Industrial, bem como dos princípios gerais que regem o direito para chegar a um círculo de licitude dentro do qual a publicidade comparativa é considerada permitida no Brasil, afirmando o sistema misto de controle da publicidade.

Expondo a paradigmática decisão trazida acima, juntamente com o já analisado acerca da regulamentação existente, podemos afirmar que os padrões definidores da licitude da publicidade comparativa no Brasil em muito se assemelham do padrão português.

## **12. AS ESPÉCIES PUBLICITÁRIAS PROIBIDAS NO BRASIL**

---

<sup>356</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 359.

Conforme já afirmamos anteriormente, a publicidade comparativa não encontra guarida na legislação consumerista, nem na LPI brasileira, sendo tratada apenas pela autorregulamentação, ou seja, de forma privada.

Entretanto, o CDC conceitua e proíbe as modalidades de publicidade que o legislador entende nocivas, deixando de fora deste círculo proibitivo a publicidade comparativa. Assim sendo, estabelecemos que *contrario sensu* e tendo-se em consideração todo exposto, a referida modalidade entende-se como sendo lícita.

Os artigos 36 a 38 do CDC constituem umas das inovações mais comentadas quando de sua promulgação. Isso se dá pois até então o direito brasileiro regulava a publicidade apenas quanto aos efeitos que poderia causar como concorrência desleal ou criação autoral.<sup>357</sup>

Com o advento do CDC passamos a ter conceitos acerca do que vem a ser a publicidade enganosa e, também, a publicidade abusiva, bem como foram traçados os seus âmbitos de proibição, apesar de, é verdade, o legislador ter pecado por não ter trazido uma definição acerca da publicidade em si.

Dito isso, trataremos, a partir de agora, acerca das modalidades legalmente proibidas de publicidade no Brasil, afigurando-se, haja vista a sua não proibição, bem como a definição de sua licitude pelo STJ, como permitida a publicidade comparativa.

## 12.1. PUBLICIDADE ENGANOSA

A primeira modalidade proibida da qual trataremos é a publicidade enganosa, que encontra vedação no artigo 37 *caput* e §1º e §3º do CDC. O referido dispositivo legal tem redação afirmando que é proibida toda publicidade que seja enganosa ou abusiva e o §1º conceitua a publicidade enganosa da seguinte maneira:

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

---

<sup>357</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 905.

natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos ou serviços.

Em outras palavras, interpretando o acima transcrito, podemos dizer que se trata, em verdade, de verificar se a mensagem publicitária possui potencial de enganar os consumidores, de induzi-los ao erro no momento da compra, influenciando o seu comportamento econômico. Ou seja, indo totalmente de encontro ao que preconiza a publicidade lícita, que visa uma maior informação ao consumidor para que o mesmo possa efetuar uma compra mais lúcida, da forma mais racional e bem informada possível.

Da atenta leitura do constante §1º do artigo 37, podemos notar, portanto, que ao definir publicidade enganosa o legislador adotou o critério finalístico, ou seja, “denomina enganosa a publicidade apta a induzir o consumidor em erro”<sup>358</sup>, não necessitando, efetivamente, que o consumidor erre, que seja de fato enganado e prejudicado. Basta a possibilidade de que o consumidor seja enganado pelo anúncio publicitário, “é necessário que os dados falsos tenham um efetivo potencial de indução dos consumidores em erro”<sup>359</sup>, mas não sendo necessário que os mesmos venham, efetivamente, a incidir neste erro.

Desta feita, temos que “o resultado naturalístico é dispensável, bastando, deste modo, a potencialidade lesiva, qual seja, a aptidão para induzir em erro.”<sup>360</sup> “O anúncio é enganoso antes mesmo de ter atingido qualquer consumidor em concreto; basta ter sido veiculado”<sup>361</sup>.

Isso significa dizer que não há uma preocupação com a vontade daquele que fez veicular a mensagem publicitária. Ou seja, não se perquire a sua culpa ou dolo. Não se analisa se, ao veicular a publicidade, o agente tinha ou não a vontade de enganar o consumidor, ou se agiu de forma negligente, imprudente ou com imperícia<sup>362</sup>. Apenas se proíbe um determinado resultado, qual seja que a publicidade tenha o condão e induzir o consumidor ao erro, que seja enganosa, podendo sê-lo,

---

<sup>358</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157.

<sup>359</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 323-324.

<sup>360</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157.

<sup>361</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo. Saraiva, 2004, p. 467.

<sup>362</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 854.

também, por omissão, nos mesmos moldes<sup>363</sup>, pouco importando o elemento subjetivo do anunciante.

O §3º do artigo 37 do CDC trata da publicidade enganosa por omissão, afirmando que “para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

Elucidando o tema, Dias afirma que

Na proibição à enganosidade por omissão o que se pretende evitar é que as expectativas geradas nos consumidores no momento da veiculação da publicidade não sejam posteriormente frustradas pelo conhecimento de alguma informação essencial do produto ou serviço, silenciada na mensagem ou veiculada de modo imperceptível, e que, se conhecida, teria a aptidão de influenciar a sua escolha econômica.<sup>364</sup>

Neste diapasão, torna-se importante saber o que é considerado, para o direito consumerista e publicitário, como sendo um dado essencial. Nunes responde à essa questão afirmando que “essencial será aquela informação ou dado cuja ausência influencie o consumidor na sua decisão de comprar, bem como não gere um conhecimento adequado do uso e consumo do produto ou serviço “realmente” tal como são.”<sup>365</sup>

Desta forma, não será essencial, por exemplo, na publicidade de um automóvel, anunciar que o mesmo possui direção. Isso ocorre, pois, a direção é essencial para qualquer automóvel, razão pela qual não o é para a publicidade de um automóvel, vez que qualquer consumidor saberá que o produto alvo do anúncio, com certeza, tem uma direção. Tal falta de informação (não constar na publicidade que o automóvel possui direção) não influenciaria no momento da compra.

Portanto, há uma distinção clara entre o que é essencial para o bem em si que está sendo anunciado e o que é essencial para a publicidade. Disso podemos entender que para cada produto ou serviço anunciado considerar-se-ão essenciais informações distintas, não sendo possível fornecer um conceito único e engessado do que vem a ser uma informação essencial. Podemos afirmar então que

---

<sup>363</sup> SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **O direito do consumidor e a publicidade**. 1ª ed. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 234.

<sup>364</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 171.

<sup>365</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo. Saraiva, 2004, p. 477.

Haverá omissão de informação relevante se ela for apta a modificar ou redimensionar o alcance das afirmações ou indicações constantes da oferta publicitária, ou se dela resultarem condições ou limites à própria utilização do bem ou serviço anunciado e que não foram de qualquer modo ressalvadas no material publicitário.<sup>366</sup>

“O caráter de “essencialidade” da informação cuja omissão se avalia consiste, portanto, em conceito jurídico indeterminado que deverá ser preenchido casuisticamente no exame da indução em erro dos consumidores”.<sup>367</sup>

Ainda, mister destacar que tudo aquilo o que a lei determina que o anúncio publicitário deve conter é considerado como um dado essencial<sup>368</sup>. Tal afirmação adquire maior importância quando nos reportamos a certos tipos de publicidade especialmente regulamentadas, como, por exemplo, bebidas alcoólicas e agrotóxicos<sup>369</sup>. Se descumpridas as determinações legais quanto à forma publicitária para estes produtos, que via de regra devem apresentar advertências aos consumidores quanto ao seu uso, a publicidade será considerada enganosa por falta de dado essencial.

A publicidade enganosa, além de iludir os consumidores, também acaba por impactar o mercado e os concorrentes daquele anunciante que veiculou o anúncio enganoso, furtando-lhes clientela e acarretando em concorrência desleal.

Em suma, na sempre clara lição de Dias:

Poderá haver publicidade enganosa por meio da veiculação de informação total ou parcialmente falsa, induzindo positivamente o consumidor em erro no tocante às diversas características do produto ou serviço anunciado (enganosidade por comissão), como também por meio da veiculação de informação verdadeira, mas que ainda assim induza o consumidor em erro se, por exemplo, deixar de informar sobre algum dado essencial do produto ou serviço, isto é, sobre algum dado que constitua informação relevante ao consumidor no momento de sua escolha (enganosidade por omissão).<sup>370</sup>

Importante frisar, por fim, que nem toda a publicidade falsa irá constituir uma enganosidade apta a induzir o consumidor ao erro. A mensagem publicitária poderá

<sup>366</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 172.

<sup>367</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 176.

<sup>368</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo. Saraiva, 2004, p. 478.

<sup>369</sup> O artigo 220, §4º da Constituição da República assevera que: “A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais (...) e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

<sup>370</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 121.

conter informações manifestamente falsas, mas totalmente incapazes de induzir o consumidor ao erro, como no caso das fábulas e sátiras costumeiramente utilizadas em campanhas publicitárias.

## 12.2. PUBLICIDADE ABUSIVA

A publicidade abusiva também está elencada no rol do artigo 37 do CDC, mais especificamente no §2º, como uma espécie proibida de publicidade. O conceito que nos é apresentado no referido §2º afirma que:

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

Como se pode notar, a conceituação da publicidade abusiva é deveras ampla e flexível, não deixando o intérprete da lei engessado a situações certas e determinadas. No caso concreto o julgador tem ampla liberdade para “andar sobre o conceito”, podendo preenche-lo conforme a situação *in concreto* que a ele se apresentar.

Sobre o tema, afirmam Nunes Junior e Serrano:

Esta opção, ao que parece, prende-se ao fato de que qualquer definição poderia ficar aquém das expectativas do legislador. Deste modo, optou por uma enumeração, que, além de arrolar hipóteses, serve de parâmetro para a identificação de outras mensagens publicitárias de caráter abusivo.<sup>371</sup>

Podemos dizer que há uma cláusula geral de não abusividade<sup>372</sup>, a qual proíbe que se atente contra determinados valores sociais, até mesmo verdadeiros direitos fundamentais e é no caso concreto que essa cláusula geral irá incidir para, de acordo com a interpretação do aplicador da lei e dos fatos apresentados a ele, caracterizar ou não a publicidade abusiva.

---

<sup>371</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 162.

<sup>372</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 209.

Confirmando o posicionamento exarado no parágrafo anterior, temos a expressão “dentre outras”, adotada no começo do §2º do dispositivo legal. A expressão nos remete a que qualquer outra situação de publicidade, que porventura seja ilícita, poderá ser abarcada pelo parágrafo em questão. “A preocupação inicial do legislador neste parágrafo é o respeito aos valores éticos, sociais e morais, garantidos a qualquer cidadão diante de sua dignidade humana.”<sup>373</sup>

Não se pode olvidar que a publicidade abusiva poderá ser totalmente verdadeira, desde que se encaixe em alguma das hipóteses trazidas pelo CDC. Nada impede que uma campanha publicitária traga informações verdadeiras sobre o produto ou serviço ao qual se refere, mas, também, desrespeite valores ambientais, por exemplo.

Assim, está claro que a abusividade publicitária não tem, necessariamente, relação com o produto ou serviço anunciado na campanha, mas sim com os possíveis efeitos que a mensagem veiculada na publicidade poderá causar em seus destinatários.

Porém, nada impede a uma publicidade de ser, ao mesmo tempo, abusiva e enganosa. Para tanto, basta que seja, concomitantemente, potencialmente indutora dos consumidores em erro e que agrida os valores vinculados à abusividade.

Há a possibilidade de se verificar a abusividade de um anúncio sem sequer saber qual é o produto ou serviço anunciado. Não necessita, a publicidade abusiva, para que reste configurada, que ocorra, de fato, um dano ao consumidor, ou que o consumidor, de fato, acabe por desrespeitar valores ambientais, ou quaisquer das demais hipóteses constantes no parágrafo em questão. Basta que exista o perigo de que tais fatos aconteçam<sup>374</sup>.

Na abusividade a atenção do legislador não está, precipuamente, na identificação de informações acerca dos produtos e serviços, mas antes aos valores manejados pela campanha publicitária<sup>375</sup>. Se for concluído que não houve desrespeito

---

<sup>373</sup> SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **O direito do consumidor e a publicidade**. 1ª ed. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 238.

<sup>374</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo. Saraiva, 2004, p. 487-488.

<sup>375</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 211.

ao que preconiza o CDC acerca da abusividade, então os olhos do legislador voltar-se-ão para o produto ou serviço divulgado na publicidade.

Da mesma forma como ocorre com a publicidade enganosa, na publicidade abusiva também não é necessário se perquirir acerca do dolo ou da culpa do anunciante. Não há necessidade de que o mesmo aja com o fim específico da abusividade ou que incorra em alguma das modalidades de culpa para que a mensagem publicitária fique caracterizada como abusiva. Basta que o anúncio tenha o condão de gerar alguma das situações previstas no §2º do artigo 37 do CDC.<sup>376</sup>

Uma vez mais, Dias nos brinda com suas palavras:

O referido §2º não traz em seu texto normativo um conceito preciso de abusividade, mas, com base nas situações nele exemplificadas, pode-se definir como abusiva a publicidade que contrarie o sistema valorativo que permeia o ordenamento jurídico da nossa sociedade, sobretudo os mandamentos da Constituição Federal e das leis, tais como o valor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da paz social, da igualdade e não discriminação (arts. 3º, IV e 5º *caput*, da CF), da proteção à criança e ao adolescente (art. 227 da CF) e ao idoso (art. 230 da CF), da tutela à saúde (art. 196 da CF), e ao meio ambiente (art. 225 da CF), dentre tantos outros de importância para o desenvolvimento de uma sociedade justa e solidária.<sup>377</sup>

Na mesma linha, segue o entendimento de Benjamin, Marques e Bessa:

O direito, como já observado, ainda não descobriu um critério infalível para a identificação da abusividade. Trata-se de uma noção plástica, em formação. Por um critério residual, em matéria publicitária patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo o que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das leis, não seja enganoso.<sup>378</sup>

Então, a publicidade abusiva é, em resumo “a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”.<sup>379</sup>

### 12.3. PUBLICIDADE NÃO IDENTIFICADA

<sup>376</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 496.

<sup>377</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 208-209.

<sup>378</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 298.

<sup>379</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 913.

A vedação à publicidade não identificada encontra guarida no já mencionado princípio da identificação publicitária.

Tanto o CDC quanto o CBAP trazem em seu bojo dispositivos cuja redação é no sentido de que a publicidade, quando veiculada, deverá ser amplamente identificada. Com o fito de evitar redundâncias e repetições desnecessárias, remetemos o leitor aos tópicos 3.3.1 e 3.3.2, além dos tópicos 7.2.2 e 9.3.1, que tratam, respectivamente, acerca dos requisitos de licitude da publicidade comparativa em Portugal e no Brasil e do princípio da identificabilidade da publicidade em Portugal e no Brasil.

O referido princípio visa impedir que a publicidade, embora atinja o consumidor, não seja por ele identificada. Desta feita, podemos concluir que o princípio da identificação publicitária visa impedir a publicidade dissimulada, a publicidade clandestina e a publicidade subliminar, as quais são espécies de publicidade não identificada.

Iremos, brevemente, trazer à baila as distinções existentes entre as três modalidades acima.

Quanto à publicidade dissimulada, também conhecida como publicidade redacional, é aquela que aparenta ser uma notícia isenta, como, por exemplo, uma matéria jornalística ou um informe econômico, mas que na verdade é uma publicidade travestida, dissimulada. Por oportuno, exemplifica-se: nos dias atuais os informes econômicos têm sido utilizados, por vezes, por corretoras de investimentos como uma forma de publicidade travestida, visando trazer o consumidor-investidor e, por consequência, seu capital, para a corretora de investimentos, por intermédio de publicidades que por vezes parecem ser apenas um informe financeiro diário, semanal ou mensal.

A publicidade dissimulada apresenta, portanto, um caráter objetivo, de informação e não deixa claro o seu caráter publicitário<sup>380</sup>. Pode ser mais comumente

---

<sup>380</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.

encontrada em reportagens jornalísticas que são, na verdade, publicidades travestidas.

Esta modalidade publicitária, portanto, se caracteriza como se fosse uma notícia isenta e objetiva, eminentemente informativa.

Diferentemente, a publicidade clandestina é uma técnica utilizada para “veicular produtos e serviços de forma indireta por meio de inserções em programas e filmes”<sup>381</sup>. Por intermédio deste método, por nós já tratado quando comentamos acerca do *merchandising*, muitos produtos são veiculados sem que os consumidores se deem conta de que estão diante de uma prática publicitária, o que é vedado não apenas pelo ordenamento brasileiro, mas também português. “De fato, quando uma personagem importante da novela das oito entra num bar e pede uma Coca-Cola, o telespectador-consumidor não sabe se aquela demonstração específica é ou não publicidade do produto veiculado. Nem tudo é, mas muitas são.”<sup>382</sup>

Por sua vez, no que concerne à publicidade subliminar, podemos conceituá-la como sendo um tipo de publicidade imperceptível ao nível de consciência daquele que é exposto a ela. “Os estímulos seriam tão fracos ou de duração tão efêmera, que escapariam à percepção da consciência, mas suficientemente poderosos para influenciar no comportamento.”<sup>383</sup>

Em 1957, nos Estados Unidos, foi realizado um experimento que serviu para aferir a efetividade da publicidade subliminar. Ao transcorrer de um filme em uma sala de cinema de New Jersey foi projetado na tela, a cada cinco segundos, as frases “*drink Coke*” e “*eat popcorn*”. O tempo que as frases ficavam na tela era suficientemente curto para que o consciente dos espectadores não às notassem. O resultado foi o aumento da venda de Coca-Cola em 57,7% e a de pipoca em 18,10%<sup>384</sup>. Ou seja, a efetividade da mensagem publicitária subliminar se comprovou bastante elevada e

---

<sup>381</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **As novas formas ocultas de publicidade**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/274838/as-novas-formas-ocultas-de-publicidade>>. Acesso em 11 de março de 2020.

<sup>382</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **As novas formas ocultas de publicidade**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/274838/as-novas-formas-ocultas-de-publicidade>>. Acesso em 11 de março de 2020.

<sup>383</sup> NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.

<sup>384</sup> CALAZANS, Flávio Mário de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus Editorial, 2006, p. 20.

não é outro o motivo pelo qual é tão importante que esta espécie seja coibida no cotidiano do público consumidor.

A publicidade não identificada, portanto, pode ser definida como:

Toda a publicidade que veda de forma eficaz a sua natureza aos olhos do consumidor médio, de modo que este seja incapaz de distinguir a finalidade promocional da mensagem, porque esta se camufla atrás de uma aparência de uma comunicação informativa ou de qualquer outra índole.<sup>385</sup>

Do dito até aqui podemos inferir que para que se possa evidenciar uma publicidade oculta é necessário que se demonstrem dois requisitos, quais sejam: a) a finalidade promocional da mensagem; e b) o efetivo ocultamento desta finalidade, de forma a induzir em erro os destinatários, que ao vê-la não percebem estarem diante de uma mensagem publicitária.

Por fim, destacamos que a partir do momento em que se percebe haver, de fato, uma finalidade promocional na mensagem veiculada, é fundamental, para que se verifique a ocorrência da publicidade oculta, que se evidencie que a referida finalidade promocional realmente não foi identificada por parte de seus destinatários. “O ocultamento é o elemento constitutivo da *fattispecie*, já que esta modalidade de publicidade ilícita consiste justamente na total ausência de identificação pelo consumidor de que certa comunicação representa uma atividade publicitária.”<sup>386</sup>

As três modalidades publicitárias vistas acima, quais sejam a publicidade enganosa, a publicidade abusiva e a publicidade oculta ou não identificada são as espécies de publicidade expressamente proibidas pela lei brasileira.

Em Portugal, também se afigura proibida a publicidade não identificada nos termos do artigo 9.º do Código da Publicidade.

### 13. A UTILIZAÇÃO PUBLICITÁRIA DE TESTES COMPARATIVOS

---

<sup>385</sup> Carballo-Calero, Pablo Fernández. **Publicità oculta e produto placement**. Pádua: Cedam, 2004, p. 13. *Apud* DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 79.

<sup>386</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 288.

Inicialmente, cabe-nos conceituar o que se entende por testes comparativos.

Podemos dizer que são aqueles nos quais produtos ou serviços diversos são postos em confronto<sup>387</sup>. Comparam-se, por intermédio de experiências, testes científicos ou, até mesmo, empíricos, a depender da prestação colocada em confronto, as características principais dos produtos ou serviços de concorrentes distintos.

Não existe uma regulamentação específica, expressa, que trate acerca da utilização de testes em campanhas publicitárias, seja nas Diretivas Comunitárias, no Código da Publicidade, de Portugal, ou nos regramentos seja privado ou seja estatal existentes no Brasil. Não há uma norma que fale sobre os testes comparativos.

Entretanto, apesar do silêncio legislativo, o considerando n.º 10 da Diretiva 97/55/CE, atual Diretiva 2006/114/CE, que manteve a redação do considerando n.º 10, traz que:

As convenções internacionais sobre o direito de autor e as disposições nacionais sobre responsabilidade contratual e não contratual são aplicáveis quando, na publicidade comparativa, se referem ou reproduzem os resultados de testes comparativos levados a cabo por terceiros.<sup>388</sup>

O fato de serem tratados apenas em um Considerando de uma Diretiva, de forma breve, e não no corpo regulamentar da mesma, bem como de não haver normatização atinente ao tema nas legislações que versam, especificamente, sobre a publicidade impede que, por intermédio do regramento existente sobre publicidade comparativa possamos traçar as diretrizes acerca dos testes.

Desta feita, utilizamos, conforme aconselha o referido Considerando, das normas existentes em direito da publicidade, conjuntamente e principalmente com uma interpretação sistêmica do direito civil, para determinarmos o tratamento que

---

<sup>387</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 497.

<sup>388</sup> **PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Diretiva 2006/114/CE, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa**. Jornal Oficial da União Europeia, L 376, 27 de dezembro de 2006. Disponível em <<http://data.europa.eu/eli/dir/2006/114/oj>>. Acesso em 01 de abril de 2018.

deverá ser dado aos testes publicitários, nos termos da responsabilidade contratual ou extracontratual, conforme preconizado pelo Considerando n.º 10.

Conforme dito no referido Considerando acima transcrito, os testes a que se refere o mesmo são aqueles realizados por terceiros. Quando falamos em terceiros podemos entender os organismos autônomos de defesa do consumidor que, por vontade própria ou por encomenda de um concorrente, realizam os testes onde são comparadas as prestações de um e de outro ou outros concorrentes, destacando as vantagens de uns sobre os outros. Serão, também, considerados terceiros quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, personalizadas ou não, que levarem à cabo testes comparativos e que não se confundam com o concorrente-anunciante.

Os referidos testes podem ser divulgados pelo próprio organismo autônomo ou seu resultado poderá ser trazido ao conhecimento do público pelo concorrente, tendo ou não tendo encomendado o teste.

Diga-se que, apesar de o Considerando tratado acima falar em testes realizados por terceiros, nada impede que os testes comparativos sejam feitos de maneira independente pelo próprio concorrente, por sua conta e risco. Neste caso, haverá publicidade comparativa pura e simples, nos termos já tratados no decorrer do presente estudo.

Antes de prosseguirmos, é necessário, porém, estabelecermos que nem todo o teste comparativo realizado e divulgado consubstanciará em uma publicidade comparativa.

Se um organismo independente, por exemplo, um órgão de defesa do consumidor, efetuar testes em produtos de empresas concorrentes e divulgar seus resultados ao público, apesar de existirem testes comparativos, não há, na hipótese aventada, publicidade comparativa. Em verdade, neste caso, não há, sequer, publicidade.<sup>389</sup>

Tomemos, como exemplo bastante elucidativo e cotidiano para trazer à baila o exposto acima as revistas automotivas especializadas. Em seus editoriais há, regularmente, comparações entre modelos de carros do mesmo segmento,

---

<sup>389</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. In: **Direito Industrial**, IV. Coimbra: Almedina, 2005, p. 237-266, p. 240-241.

demonstrando os equipamentos que cada modelo oferece, os itens de segurança e de conforto, bem como preço, motorização, dentre outras características. Essas comparações levadas à cabo pelo editorial publicado na revista especializada em automóveis são formas de auxiliar o consumidor a obter informações para, no momento de efetivar a compra de seu automóvel, fazê-lo de maneira mais clara e lúcida. Apenas são divulgadas informações, de maneira imparcial e sem qualquer caráter publicitário.

Por mais que os resultados obtidos e divulgados nos testes supra referidos acabem por ser bastante negativos para um determinado concorrente e positivos para outro, aquele que foi “prejudicado” pelos resultados divulgados nada poderá fazer em termos de publicidade comparativa, menos ainda em termos de concorrência desleal. Porém, se vier a comprovar que os resultados obtidos por intermédio dos referidos testes são falsos, poderá se utilizar das vias tradicionais do direito para buscar a reparação que entende devida.

Seguindo no mesmo exemplo, a partir do momento em que o concorrente que foi beneficiado pelos testes efetuados pela revista especializada os utiliza (os mesmos testes) em uma campanha publicitária, comparando suas prestações com a de um ou alguns concorrentes identificados ou identificáveis, e demonstrando, por intermédio dos resultados dos referidos testes levados à efeito pela revista automotiva, a superioridade dos seus produtos, aí, então, nos termos tanto da legislação portuguesa, do artigo 16.º do Código da Publicidade, como do artigo 32 do CBAP, estará caracterizada uma publicidade comparativa.

Estes testes realizados por terceiros e utilizados por uma empresa em uma campanha publicitária que levou à efeito publicidade comparativa, se forem objetivamente comprováveis, não forem enganosos, não caracterizarem concorrência desleal, enfim, se estiverem dentro dos padrões estabelecidos para a publicidade comparativa lícita, não encontrarão óbices de serem utilizados. A publicidade comparativa em questão se revestirá de plena licitude.

Entretanto, poderá ocorrer de um concorrente utilizar testes realizados por terceiros e estes testes, quando impugnados, acabarem revelando-se como tendo resultados falsos ou adulterados, caracterizando, portanto, publicidade enganosa e concorrência desleal. Neste caso, há que se perquirir de quem será a

responsabilidade pelos danos sofridos pelo concorrente afetado por esta publicidade enganosa e pelo ato de concorrência desleal.

No caso destacado acima, há que se considerar a possibilidade de ocorrerem três situações distintas, conforme bem destaca Oliveira Ascensão.<sup>390</sup> No entendimento do ilustre doutrinador, temos que:

a) A primeira possibilidade se configura quando o anunciante estava de conluio com o organismo que realizou o teste, no intuito de alterar os resultados a seu favor. Neste caso, o anunciante e o organismo serão responsabilizados por publicidade enganosa e concorrência desleal.

b) A segunda possibilidade diz respeito ao anunciante que não sabia que os resultados dos testes eram falsos, portanto, não havia conluio. Entretanto, dadas as circunstâncias do caso concreto, não poderia deixar de o saber. Neste caso, afigura-se como correta a mesma solução apontada acima, tanto o organismo que efetuou os testes como o anunciante serão responsabilizados.

c) A terceira situação ocorre quando o anunciante utiliza testes realizados por terceiros sem saber que os resultados não condiziam com a verdade e sem ter condições de o saber, ao menos que refizesse os testes, o que tornaria inócua a ideia de utilizar testes feitos por terceiro.

Nesta última hipótese, no entendimento de Oliveira Ascensão, não há ato ilícito, portanto, não há obrigação de indenizar<sup>391</sup>. Teria o anunciante que retirar a publicidade de circulação e dar a conhecer a todo o público que a informação veiculada anteriormente não estava condizente com a verdade dos fatos, mas não seria responsabilizado civilmente a indenizar.

Por sua vez, contra o terceiro que efetuou os testes obtendo resultados não condizentes com a verdade, poderiam os prejudicados utilizarem-se das vias tradicionais do direito civil para buscarem as reparações pecuniárias porventura existentes, sejam os danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Não poderiam se utilizar da via da proteção à publicidade comparativa ilícita nem da concorrência desleal pois o terceiro que efetuou os testes não o fez com fins publicitários, não veiculou qualquer publicidade, mas apenas divulgou informação falsa, não era um concorrente. Assim

---

<sup>390</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 499.

<sup>391</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 499.

sendo, a divulgação de falsas afirmações contra um sujeito atuante no mercado por um terceiro que não é seu concorrente, nem mesmo atua no mercado, dá aso à que se busque a reparação civil pelos danos porventura sofridos.

Já Pereira<sup>392</sup> entende que interpretando-se devidamente o artigo 16.º, n.º 2 do Código da Publicidade o mesmo teria o sentido de

Responsabilizar apenas o anunciante quando este não provasse a veracidade dos testes comparativos por si ou sob a sua direcção efectuados ou efectuados por terceiros, mas cuja utilização publicitária não tivesse sido autorizada. Porquanto, ao autorizar a utilização publicitária dos testes comparativos, a entidade terceira – *máxime* quando se trate, por exemplo de uma Associação de Defesa dos Consumidores – geraria no anunciante a confiança de que os dados aí contidos não violariam direitos de terceiros. Daí que, não tendo o anunciante provado a verdade dos dados contidos no teste comparativo, parecia razoável sustentar, em certos casos, a responsabilidade solidária do anunciante e da entidade terceira que efectuou e autorizou a utilização publicitária do teste comparativo, mobilizando para o efeito os critérios vazados no art. 30.º, 1, do Código da Publicidade e no art. 513.º do Código Civil.

Quanto à legislação brasileira, o entendimento a ser adotado deverá estar de acordo com as normas constantes no CDC, que consagra, via de regra, a responsabilidade objetiva e solidária quando tratar-se de fato do serviço, vício do produto ou vício do serviço, de todos aqueles que foram responsáveis pela causação do dano<sup>393</sup>, entendendo-se, portanto, que diante de quaisquer das três possibilidades exemplificadas acima o anunciante poderia ser responsabilizado, de forma objetiva, a indenizar. Restaria a este, *in concreto*, ação regressiva, nos termos da Lei Civil tendo por base a responsabilidade subjetiva, culpa ou dolo, contra o terceiro que realizou os testes, desde que este terceiro não seja uma agência de publicidade contratada pelo anunciante. Se assim o for, entendemos, conforme demonstraremos adiante, que a responsabilidade da agência será solidária à do anunciante, sendo, portanto, também objetiva. Quanto ao terceiro que realizou os testes, não será considerado, em nosso entender, como sendo um causador do dano na medida em que os referidos testes não tenham sido encomendados pelo anunciante nem feitos com a finalidade de divulgação publicitária. Então, essa não responsabilização do terceiro como causador do dano se deve a que ele – terceiro –, não divulgou as informações na forma de

---

<sup>392</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais. *In: Estudos de Direito do Consumidor, CDC/FDUC*, n.º 7, 2005. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10316/28796>>. Acesso em 13 de março de 2020, p. 16.

<sup>393</sup> Nos termos do artigo 25, § e parágrafo único do artigo 7.º do CDC.

publicidade, nem mesmo é um concorrente, desta forma a ele não se aplicam as regras constantes no CDC.

Sendo assim, se o anunciante divulgar resultados de testes efetuados por um terceiro não concorrente e os resultados se mostrarem falsos, contra este terceiro não poderão ser utilizadas, por aqueles que forem prejudicados, as regras constantes no CDC quanto à responsabilidade objetiva e solidária, nem o exposto na LPI acerca da concorrência desleal. Será assim porque o mesmo não veiculou a informação como uma publicidade, nem mesmo é um concorrente, um participante do mercado, mas apenas um sujeito, seja um organismo de defesa do consumidor, ou qualquer outro terceiro, que realizou testes e divulgou uma informação, que acabou, por algum motivo, seja por dolo ou culpa, sendo falsa. Deste modo, contra ele caberá apenas uma ação de responsabilidade civil, com base na culpa ou no dolo, pela falsidade dos resultados contidos nos testes.

Tratando-se, todavia, de testes não apenas divulgados, mas também efetuados pelo próprio concorrente a solução se encontra de fácil compreensão, tanto no direito brasileiro quanto português. Neste caso, não há dúvida da caracterização de publicidade comparativa que, obedecendo ao disposto na legislação, será lícita. Em sendo falsos os resultados dos testes, será uma publicidade comparativa enganosa, portanto ilícita, e o concorrente-anunciante terá o dever de indenizar os danos sofridos pelos consumidores afetados pela publicidade, bem como, também, aos concorrentes aos quais restarem prejudicados, incorrendo a publicidade falsa em verdadeira concorrência desleal.

Poderá, também, um concorrente testar apenas os seus produtos, sem compará-los com nenhum outro, e divulgar os resultados de tais testes. Neste caso não há publicidade comparativa, apenas publicidade simples ou auto comparação. Entretanto, se divulgar resultados falsos ou inexatos incidirá no artigo 311.<sup>394</sup>, do Código da Propriedade Industrial português, atinente à concorrência desleal e,

---

<sup>394</sup> PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 110, de 10 de dezembro de 2018. Aprova o novo Código da Propriedade Industrial, transpondo as Diretivas (UE) 2015/2436 e (UE) 2016/943. **Diário Oficial da República Portuguesa** n.º 237/2018, Série I de 2018-12-10. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest>>. Acesso em 07 de abril de 2020.

tratando-se da legislação brasileira, no artigo 195<sup>395</sup> da LPI, além, é claro, de ir contra o Código da Publicidade, artigo 11.º e o Código de Defesa do Consumidor, artigo 37.

Assim, temos por colmatadas as lacunas referentes aos testes comparativos utilizados em campanhas publicitárias.

Passaremos agora a uma análise da responsabilidade civil em termos gerais que poderá decorrer de publicidades ilícitas, inclusive e principalmente, de publicidades comparativas que não obedeçam aos requisitos de licitude traçados para a referida modalidade.

#### **14. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA PUBLICIDADE**

Caso a publicidade comparativa ilícita, ou qualquer outra modalidade publicitária caracterizada pela ilicitude, venha a causar dano a outrem, o causador deste dano estará obrigado a indenizá-lo. Neste diapasão, estudaremos agora a responsabilidade civil dos agentes participantes da campanha publicitária sendo este estudo de importância vital para a proteção dos destinatários da mensagem. Daremos ênfase à responsabilização dos agentes frente aos terceiros prejudicados, sabendo que será aplicável também o instituto da responsabilidade civil entre os diversos agentes responsáveis pela publicidade.

Assim, a pergunta que se afigura é: em caso de publicidade ilícita, a quem deverá ser atribuído o dever de indenizar os danos à terceiros? Para que possamos responder a esta pergunta analisaremos a legislação pertinente brasileira e portuguesa.

O dever de indenizar poderá ser atribuído tanto aos criadores da publicidade, aos publicitários, que em regra, haja vista a tecnicidade da atividade que exercem, tendo formação em nível superior, devem conhecer o que prescreve a legislação

---

<sup>395</sup> **BRASIL. Lei n.º 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 15 de maio de 1996.

acerca da atividade profissional que desempenham. Poderá, também, recair sobre os veículos de comunicação, sem os quais a mensagem publicitária não se tornaria pública, não atingiria o seu fim. Portanto, os veículos são imprescindíveis à publicidade. Ainda, poderá ser responsabilizado o fornecedor-anunciante, que encomendou e pagou pela criação e veiculação da publicidade. Por fim, há a possibilidade da responsabilização dos ditos famosos, das celebridades que divulgam mensagens publicitárias, aproveitando-se de seu prestígio junto ao grande público para vender produtos e serviços.

Diante deste cenário, onde vários são os sujeitos envolvidos em uma campanha publicitária, definir os limites de responsabilidade de cada um à luz da legislação brasileira não se mostra tarefa tão simples. Por outro lado, simples, é verdade, é se determinar a responsabilização do fornecedor-anunciante, a qual será sempre solidária e objetiva pelos danos causados aos consumidores<sup>396</sup> <sup>397</sup>. As agências, as celebridades e os veículos, por sua vez, quando prestadores de seus próprios serviços, evidentemente, também irão responder de forma objetiva, haja vista se encontrarem na posição de fornecedores.

Porém, quanto aos demais agentes, a doutrina brasileira não possui entendimento pacífico sobre o tema. A controvérsia se apresenta em saber em que medida os diferentes sujeitos envolvidos no processo de criação e difusão de uma campanha publicitária poderão ser responsabilizados pelos danos dela decorrentes quando contratados como terceiros prestadores pelo fornecedor-anunciante.

Sendo assim, a partir de agora traremos os entendimentos exarados pela doutrina e, também, a posição por nós adotada.

A primeira corrente doutrinária defende que caberia ao fornecedor-anunciante, e apenas a ele, o dever de indenizar os danos decorrentes de publicidade ilícita. Apoiar-se o referido entendimento em que o fornecedor-anunciante é o único responsável por encomendar a campanha publicitária, bem como sempre irá aprová-la antes que a mesma seja efetivamente veiculada. Ou seja, a responsabilidade seria inteira e exclusivamente sua.

---

<sup>396</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 423.

<sup>397</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo. Saraiva, 2004, p. 479.

O fundamento jurídico utilizado pelos defensores desse entendimento é o artigo 38 do CDC, que versa especificamente sobre a atividade publicitária, determinando que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”, ou seja, ao fornecedor-anunciante.

Tal entendimento já foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2003, que no Recurso Especial n.º 604.172 – SP, afastou a responsabilidade dos veículos de comunicação pela transmissão de eventual publicidade enganosa ou abusiva<sup>398</sup>.

Frisamos que não concordamos com a linha de entendimento defendida por esta primeira corrente. Em nosso sentir não é apenas o anunciante que deverá, exclusivamente, responsabilizar-se pelos danos decorrentes de uma publicidade ilícita.

O segundo posicionamento sobre o qual trataremos defende a ideia de que quanto à agência, à celebridade e ao veículo de comunicação, não podemos excluir totalmente a sua responsabilidade, mas somente responderá objetivamente o fornecedor-anunciante. Ou seja, disso inferimos que a responsabilidade dos demais sujeitos atuantes na publicidade será subjetiva, com base no dolo ou na culpa, nos termos da lei civil.

Também não podemos perfilhar de tal posicionamento, pois acreditamos que o anunciante, as agências publicitárias, os veículos de comunicação e as celebridades que atuam nas campanhas possuem papéis e finalidades distintas, não podendo todos eles serem equiparados. Portanto, faz-se necessário que se efetue uma distinção individualizada de cada um, atribuindo-lhes as devidas competências para, a partir daí, atribuir-lhes responsabilidade de acordo com essas competências.

---

<sup>398</sup> No referido *decisum*, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, o mesmo exarou entendimento no seguinte sentido: “os deveres impostos nos capítulos da oferta e publicidade somente atingem os veículos de propaganda, comunicação e anúncios quando estejam na condição de fornecedores. O art. 38 do Código protecionista diz que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem os patrocina”. Portanto, o art. 38 exclui a responsabilidade dos veículos de comunicação por eventual publicidade enganosa ou abusiva, pois o ônus de provar a veracidade e correção (ausência de abusividade) é do fornecedor anunciante, que patrocina a propaganda ou anúncio, tanto que o art. 36 impõe que mantenha, em seu próprio poder, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem para informação dos legítimos interessados”.

A terceira corrente doutrinária, diametralmente oposta à primeira analisada, defende que a responsabilidade do fornecedor-anunciante, da agência de publicidade, do veículo de comunicação e, até mesmo, da celebridade presente na campanha para divulgação do produto ou serviço seria sempre solidária e objetiva<sup>399</sup>.

O principal expoente desta corrente de entendimento é Scartezzini Guimarães<sup>400</sup>, que fundamenta sua teoria no parágrafo único do artigo 7.º do CDC, o qual tem a seguinte redação: “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”, conjuntamente com o § 1º do artigo 25, *verbis*: “havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores”.

Ainda, utilizando-se dos princípios norteadores das relações consumeristas no Brasil, dos quais a vulnerabilidade do consumidor é um dos mais importantes frente às agressivas publicidades, temos como sendo um direito básico do consumidor, nos termos do inciso IV do artigo 6.º do CDC, a proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva, contra “métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”. Desta feita, atento à vulnerabilidade do consumidor e ao seu direito básico de ser amplamente protegido contra quaisquer espécies de publicidade ilícita, se pautam os defensores da corrente que preconiza a responsabilidade solidária e objetiva de todos os sujeitos que fizerem parte da campanha publicitária pois essa seria a melhor forma de garantir ao consumidor a ampla proteção que o CDC lhe garante.

Em suma, entende-se que as agências e os veículos de comunicação devem responder solidariamente com o anunciante quando se tratar de publicidade enganosa. Tal acontece diante da “fragilidade” do consumidor, que poderá exigir a reparação dos danos morais ou materiais tanto daquele que oferece, quanto daquele que promove e veicula a mensagem publicitária enganosa.<sup>401</sup>

Entretanto, em nosso entender, diante da quantidade de anúncios transmitidos e publicados todos os dias, é basicamente impossível para os veículos de

<sup>399</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo. Saraiva, 2004, p. 480.

<sup>400</sup> GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 170.

<sup>401</sup> ABREU, Carla Marques de. Publicidade: responsabilidade civil nas relações de consumo. *In: Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior – Vianna Sapiens*. V. 7. Juiz de Fora, n.º 1, p. 15, jan-jun 2016. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Sfm1S-8bxLcJ:https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/download/181/233/+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 6 de setembro de 2020.

comunicação estabelecerem um controle quanto à licitude dos mesmos e sem o estabelecimento deste controle, ficariam demasiadamente expostos a serem responsabilizados pelas publicidades ilícitas que porventura viessem a veicular. Isso, por si só, a nosso sentir, faz com que caia por terra a possibilidade da responsabilização objetiva dos veículos de comunicação.

O máximo que poderia ocorrer são casos onde a ilegalidade do anúncio é tão flagrante que se torna perceptível aos olhos de qualquer pessoa. Nestes casos extremos é que poderíamos falar acerca da responsabilização dos veículos de comunicação, porém não de forma objetiva e generalizada. Se assim o fosse, inviabilizaríamos a publicidade, pois os veículos não assumiriam os riscos e, como decorrência, deixariam de veicular as campanhas, ou, então, o custo para sua veiculação seria demasiadamente mais elevado do que é hoje, haja vista o risco para o veículo, bem como a necessidade de eventual contratação de colaboradores adicionais com o fim único de analisar todas as publicidades que serão publicitadas por aquele determinado veículo de comunicação no afã de não permitir que publicidades ilícitas sejam, de fato, transmitidas ao público.

Porém, tal filtro efetivado pelos veículos de comunicação poderia vir a caracterizar censura na medida em que caberia exclusivamente a eles decidirem quais as mensagens que iriam espargir aos consumidores. Seja da forma como fosse, entendemos inviável que seja feito esse filtro das publicidades por parte dos veículos de comunicação. Portanto, inviável esta corrente de pensamento.

Da mesma forma, expandindo para as celebridades a responsabilidade objetiva por aquilo que divulgam, as mesmas deixariam de participar das campanhas publicitárias, ou, se continuassem a delas participar cobrariam valores muito acima dos atualmente praticados no mercado devido ao risco a que estariam sendo expostas. A ausência destas pessoas famosas em campanhas publicitárias poderia provocar um impacto bastante negativo no mercado. O Instituto Ipsos-Así, que realiza investigações de mercado, fez um estudo comparativo das performances de anúncios que utilizavam celebridades com aqueles que não lançavam mão deste artifício. Como resultado, verificou-se que, em regra, as celebridades garantem uma maior efetividade

e visibilidade das campanhas publicitárias, acarretando em maior número de vendas e maior lucratividade<sup>402</sup>.

Desta forma, em nosso entender, a responsabilidade tanto dos veículos de comunicação como das celebridades não poderá se dar pela via objetiva, sendo a responsabilidade subjetiva também uma exceção, a qual deverá ocorrer em casos de flagrantes ilicitudes.

Porém, corroborando o entendimento enunciado por esta terceira corrente de pensamento, o artigo 3.º do CBAP afirma que “todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor.” O artigo 46 da autorregulação prevê que qualquer pessoa que tenha participado no planejamento, criação e execução da campanha irá responder na medida dos respectivos poderes decisórios. Também o artigo 50, o qual trata sobre a responsabilização em caso de infringências das normas constantes do CBAP, traz a responsabilidade solidária do anunciante, da agência e do veículo utilizado para a difusão da mensagem publicitária.

Em outras palavras, todos aqueles que concorrem para o anúncio são responsáveis pelos danos causados.

Sabemos que o referido diploma é regra privada, autorregulamentar, portanto sem força coercitiva. Porém, sabemos também que os tribunais brasileiros muito se utilizam das regras constantes do sistema privado da publicidade em suas decisões. Desta feita, não podemos simplesmente ignorar a dicção do CBAP.

Rizzatto Nunes, também adepto da teoria ora apresentada, porém, acaba por mitiga-la e apresenta-nos hipóteses em que a agência, a celebridade e o veículo de comunicação não serão objetivamente responsáveis.

Afirma o referido autor que quando a enganiosidade ou a abusividade não estiver objetivamente colocada no anúncio em si e quando depender de ação real e concreta do fornecedor-anunciante, a ser tomada em momento posterior ao anúncio, não haverá responsabilidade solidária objetiva da agência e, menos, do veículo de

---

<sup>402</sup> CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 348.

comunicação<sup>403</sup>, sendo da mesma forma no que toca a responsabilidade da celebridade participante.

Para facilitar o entendimento, pensemos no seguinte exemplo: o fornecedor-anunciante encomenda para a agência de publicidade um anúncio oferecendo 50% de desconto em determinados produtos em sua loja física. A agência, então, elabora o anúncio e faz com que seja veiculado em jornais de circulação na localidade. No dia seguinte os consumidores, ávidos pelos descontos, se dirigem ao estabelecimento do anunciante e ao lá chegarem encontram descontos de somente 20%, ou seja, inferior ao anunciado na campanha publicitária.

Neste caso, afigura-se presente uma publicidade enganosa, portanto ilícita. Porém, nem a agência e nem o veículo poderão ser responsabilizados haja vista a mensagem em si não ter sido enganosa, mas a enganabilidade decorreu de uma ação posterior do anunciante, que tornou a mensagem enganosa. Ação esta sob a qual nem a agência nem o veículo de comunicação, nomeadamente os jornais nos quais foram veiculadas as publicidades, tem qualquer ingerência e nem tinham qualquer conhecimento sobre esta intenção do anunciante. Neste exemplo, a enganabilidade é atribuída exclusivamente ao fornecedor-anunciante e somente dele será a responsabilidade.

Utilizando, agora, um exemplo com a publicidade comparativa, pensemos no seguinte caso: o fornecedor-anunciante contrata uma agência de publicidade para efetuar uma publicidade comparativa entre o seu produto e o de um determinado concorrente. Para tanto, fornece para a empresa de publicidade um protótipo do seu produto e o produto do concorrente. A empresa de publicidade, por sua vez, cumprindo seu papel, realiza alguns testes comparativos e fica demonstrada, de forma objetiva, a superioridade do produto do fornecedor-anunciante. A campanha publicitária, então, é desenvolvida e veiculada na grande mídia, atingindo a milhões de consumidores.

Ocorre que após fornecer um protótipo do seu produto para a empresa de publicidade realizar os testes, quando da produção em massa desse referido produto a empresa-anunciante, para poupar custos, retirou dele alguns componentes e, em

---

<sup>403</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo. Saraiva, 2004, p. 479.

decorrência disso, o produto que foi colocado no mercado apresentava algumas diferenças em relação ao que foi utilizado nos testes, tendo uma qualidade sobremaneira menor e, desta forma, não se apresentando superior aos concorrentes. Portanto, a publicidade comparativa veiculada era falsa, mas essa falsidade em nada se pode atribuir à agência, mas sim a ato posterior do fornecedor-anunciante e somente ele poderá ser responsabilizado pelos danos gerados por esta publicidade comparativa ilícita enganosa.

Uma análise rápida dos dispositivos elencados pelos defensores da terceira corrente de pensamento – artigo 7.º e § 1º do artigo 25 do CDC – poderia dar a entender que, realmente, pela inteligência do CDC, todos os sujeitos participantes da publicidade comparativa, desde sua encomenda, elaboração e veiculação, são, de fato, objetiva e solidariamente responsáveis pelos danos causados aos consumidores. Porém, este também não nos parece ser o entendimento correto.

Para se chegar a uma resposta satisfatória acerca da pergunta feita quando do início do presente tópico há que se fazer uma análise sistêmica da legislação, sob a ótica dos princípios consumeristas e constitucionais.

Desta feita, vejamos a situação de cada agente envolvido na elaboração e divulgação da publicidade, de modo a avaliarmos suas diferentes responsabilidades, exceto quanto ao fornecedor-anunciante, pois não pairam dúvidas acerca de sua responsabilização objetiva de acordo com o CDC.

Começemos, então, pelas agências de publicidade. As mesmas participam ativamente da criação e execução das mensagens publicitárias. Para a elaboração de campanhas as agências estudam o mercado, o produto que devem anunciar e também os consumidores em potencial. Ou seja, fazem um árduo trabalho e passam a conhecer muito bem o mercado em que irão inserir o anúncio, tudo isso visando dar a maior efetividade possível à publicidade que será veiculada. A função precípua das agências é a criação de publicidades para seus clientes, sendo delas todo o trabalho criativo, toda a geração de ideias que culminarão no anúncio publicitário.

Assim sendo, nos parece que a agência de publicidade é responsável, junto com o fornecedor-anunciante, pelo anúncio publicitário veiculado, sendo coautora da publicidade. “Por estarem diretamente envolvidas com o produto ou serviço e por

darem vida e forma à publicidade, são as agências, ao lado do fornecedor-anunciante, também responsáveis objetiva e solidariamente pelos anúncios ilícitos.”<sup>404</sup>

Por mais que o fornecedor-anunciante aprove o anúncio sem qualquer ressalva antes que ele seja publicitado, tal fato, por si só, não será suficiente para ilidir a responsabilidade da agência, haja vista o fornecedor-anunciante não ter a obrigação de conhecer a legislação publicitária. Diferentemente, a agência, que trabalha de forma técnica com o referido mercado, tem a obrigação de conhecer suas nuances. A preocupação com o aspecto legal do que será veiculado cabe a agência e aos seus profissionais, pois são eles que irão desenvolver toda a campanha publicitária.

Portanto, o consumidor lesado poderá escolher se buscará seu direito indenizatório contra o anunciante, contra a agência ou contra ambos. Em sendo condenada a agência, nada impede que a mesma, em ação de regresso, busque ser ressarcida junto ao fornecedor-anunciante, desde que demonstre na referida ação a responsabilidade exclusiva deste.

Ainda, poderão as partes, agência e fornecedor-anunciante, celebrarem contrato onde pactuam que os danos porventura decorrentes da campanha publicitária serão suportados em sua integralidade pelo fornecedor-anunciante. Este contrato, porém, não será oponível a terceiros, ou seja, a responsabilidade solidária e objetiva permanece, mas o contrato será oponível, por parte da agência, frente ao anunciante com o intuito de ressarcir-se dos danos sofridos.

Por fim, advertimos que, por óbvio, não caberá a agência o cumprimento das ofertas publicitárias veiculadas. Em caso de o fornecedor não cumprir a oferta anunciada será ele exclusivamente responsável por tal ilicitude.

Quanto aos veículos de comunicação e as celebridades contratadas para promover a campanha, entendemos que merecem entendimento distinto do exarado acima sobre as agências.

Tanto um como o outro não participam do processo criativo de desenvolvimento da campanha publicitária, bem como não foram estes os sujeitos que encomendaram a publicidade para a agência. Portanto, em regra, tanto o veículo de comunicação,

---

<sup>404</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 426.

que irá apenas transmitir a mensagem publicitária, quanto eventual celebridade contratada para dar voz à campanha, não possuem qualquer ingerência sobre a sua criação, não participam do processo de planejamento e concepção da publicidade, sendo responsáveis, apenas, pela sua difusão.

Desta feita, entendemos que, em absoluto, não cabe falar em responsabilidade objetiva destes sujeitos. Não nos parece razoável exigir dos veículos de comunicação e das celebridades, que em nada intervêm na formação da publicidade, que indenizem, nem mesmo a título de culpa, os danos que ela porventura possa vir a gerar.

Porém, haverá casos extremos em que, mediante a aferição de dolo ou culpa, ou seja, responsabilidade subjetiva, os mesmos poderão ser condenados a indenizar. Assim, em situações de manifesta enganiosidade, como, por exemplo, anunciar produto financeiro de instituição bancária que se sabe falida, poderá ocorrer a responsabilização dos veículos de comunicação ou das celebridades. Da mesma forma, em caso de manifesta abusividade, como, por exemplo, um anúncio onde se faz apologia à tortura. Neste, também poderão o veículo de comunicação e a celebridade serem responsabilizados, nos termos do artigo 186 do Código Civil brasileiro, se houverem agido com dolo ou culpa, causando danos aos consumidores<sup>405</sup>.

Superada a controvérsia brasileira acerca da responsabilização dos sujeitos atuantes na publicidade passaremos agora a uma análise da legislação portuguesa sobre o tema.

O Código da Publicidade português trata acerca da responsabilidade civil no artigo 30.º, tendo a seguinte redação:

- 1 - Os anunciantes, os profissionais, as agências de publicidade e quaisquer outras entidades que exerçam a actividade publicitária, bem como os titulares dos suportes publicitários utilizados ou os respectivos concessionários, respondem civil e solidariamente, nos termos gerais, pelos prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas.
- 2 - Os anunciantes eximir-se-ão da responsabilidade prevista no número anterior caso provem não ter tido prévio conhecimento da mensagem publicitária veiculada.

---

<sup>405</sup> DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 429.

Podemos ver que o Código da Publicidade consagra a responsabilidade solidária de todos os sujeitos que participam, de alguma forma, da publicidade ilícita, desde sua encomenda, criação até a veiculação da mensagem. Assim, deverão ser consideradas como ilícitas todas as mensagens que violem, de alguma forma, as disposições constantes no Código da Publicidade, sejam elas normas, regras ou princípios.

O artigo 5.º do CP, por sua vez, conceitua cada um dos agentes tratados acima. Desta forma, consideramos anunciante, nos termos da alínea “a” do referido dispositivo legal “a pessoa singular ou coletiva no interesse de quem se realiza a publicidade”; profissional ou agência de publicidade, de acordo com a alínea “b” é “pessoa singular que exerce a actividade publicitária ou pessoa colectiva que tenha por objecto exclusivo o exercício da actividade publicitária”.

Na mesma esteira do que preceitua artigo 30.º segue o artigo 36.º do CP que trata sobre a responsabilidade pela contraordenação. Nos termos dos artigos 34.º a infração ao disposto do CP constitui contraordenação punível com coimas. Ambos os dispositivos supra estabelecem como responsáveis pelos danos decorrentes de publicidade ilícita exatamente os mesmos sujeitos. Daí podemos concluir que poderá haver o pagamento de coima pela infração relacionada à contraordenação e, cumulativamente, o pagamento de indenização por lesão a direito de terceiro prejudicado pela publicidade ilícita veiculada, nos termos do que preconiza a responsabilidade civil<sup>406 407</sup>.

Vimos que no Brasil a responsabilidade do fornecedor-anunciante será objetiva, assim como, em regra, a das agências de publicidade contratadas. Sendo subjetiva a dos demais agentes atuantes na publicidade.

Em Portugal o artigo 483.º do Código Civil preceitua que a responsabilidade civil será, em regra, subjetiva e afirma, no seu n.º 2, que só existirá obrigação de indenizar independentemente de culpa nos casos expressamente previstos. Com isso, podemos dizer que a responsabilidade objetiva terá carácter excepcional, aplicável somente quando for expressamente especificada na lei.

---

<sup>406</sup> CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 314.

<sup>407</sup> CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 322.

Na falta de previsão legal que aponte para a responsabilidade objetiva, a mesma será forçosamente subjetiva. É a isso que temos que nos prender quando da análise acerca da responsabilidade dos agentes atuantes na publicidade. O CP afirma, no artigo 30.º, que a mesma será solidária, mas nada diz sobre ser objetiva. Desta forma, diferentemente do que acontece no Brasil, em Portugal a responsabilidade civil de todos os agentes envolvidos com a prática da publicidade ilícita será solidária e subjetiva, baseada na culpa ou no dolo<sup>408</sup>.

O n.º 1 do artigo 30.º funciona como uma cláusula geral, abarcando todas as situações de responsabilidade civil frente aos terceiros prejudicados por parte de quem encomenda, patrocina, cria, difunde e divulga a mensagem publicitária. Todos estão abarcados por esta regra que os responsabiliza solidaria e subjetivamente pelos danos porventura causados pela veiculação de publicidade ilícita.

A responsabilidade do fornecedor-anunciante, das agências de publicidade, dos veículos de comunicação e das celebridades será solidária e subjetiva, essa questão é pacífica no ordenamento jurídico português<sup>409</sup>.

Não podemos deixar de atentar para o n.º 2 do artigo 30.º do CP, o qual excepciona a responsabilidade dos anunciantes pelos danos causados por mensagens ilícitas se este provar que não teve prévio conhecimento da mensagem publicitária veiculada.

O Código de Conduta do Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade – ICAP, por sua vez, trata da responsabilidade no artigo 27.º, do qual o n.º 2 e o n.º 4 afirmam, respectivamente, que:

2. A responsabilidade e co-responsabilidade, pela observância das normas, nomeadamente contratuais, de conduta enunciadas no Código é civil e recai sobre qualquer Entidade que por sua conta intervenha na Comunicação Comercial em causa.

4. A responsabilidade regulada nestas disposições gerais assenta no dolo ou na mera culpa, presumindo-se esta, no caso de inobservância das normas de conduta enunciadas no Código.

---

<sup>408</sup> CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 318.

<sup>409</sup> CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 339. Afirma o autor: “Assim, poderão ser responsabilizados face a terceiros, os anunciantes, os profissionais, as agências de publicidade, os titulares dos suportes publicitários ou os seus concessionários, bem como quaisquer outras entidades que participem na difusão daquelas. Este preceito é claro e visa fundamentalmente proteger os consumidores que, desta forma, poderão acionar judicialmente qualquer das entidades mencionadas.

Então, a autorregulação portuguesa segue o mesmo padrão da legislação estatal, atribuindo uma responsabilidade solidária em relação a todos os intervenientes na difusão da mensagem publicitária ilícita a qual se assentará no dolo ou na culpa.

## **15. AS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENCONTRADAS ENTRE OS REGIMES LUSO E TIPINIQUIM DA PUBLICIDADE COMPARATIVA**

No transcorrer do presente estudo pudemos analisar, de forma individualizada, as nuances da publicidade comparativa nos regimes jurídicos brasileiro e português, saltando-nos aos olhos muitas semelhanças e algumas diferenças importantes entre os regimes adotados e as legislações dos mencionados países.

Creemos que dentre as diferenças, a que mais salta aos olhos seja o fato de o Brasil adotar um sistema misto de regulamentação da publicidade, onde a legislação estatal trata de forma pouco eficiente e escassa acerca do tema, relegando ao diploma autorregulamentar a tarefa de reger uma atividade de tão elevada importância como é a publicitária, além de sequer mencionar a publicidade comparativa.

O sistema legal, estatal, se ocupou apenas das publicidades enganosa e abusiva, estas sim muito bem exploradas e definidas pela legislação pátria. Porém, o CDC sequer conceitua publicidade em termos amplos, ou seja, temos o conceito da exceção, do proibido, quais sejam as publicidades enganosa e abusiva, mas não um conceito legal da regra, da publicidade lícita, tarefa que coube à doutrina. O CDC não menciona, também, a publicidade comparativa, importante modalidade e potencial fonte de conflitos entre concorrentes e entre estes e os consumidores.

Em resumo, na verdade o Código de Defesa do Consumidor cuidou apenas da publicidade enganosa, da publicidade abusiva e do ônus da prova em caso de publicidade ilícita, o qual será sempre do anunciante. Muito pouco frente ao extenso e expansivo universo publicitário.

Em relação a modalidade publicitária cerne deste estudo, qual seja a publicidade comparativa, tudo o que existe no Brasil se resume ao campo autorregulamentar e, agora, a jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos estados e, principalmente, do STJ, que recentemente resolveu caso paradigmático sobre a matéria, um flagrante atraso em relação à completude do Código da Publicidade português.

O CBAP tratou do tema, de forma bastante competente, no artigo 32, traçando o círculo de licitude da modalidade em questão e teve seus parâmetros utilizados pelo STJ no momento do julgamento de caso paradigmático acerca do tema, definindo a licitude da publicidade comparativa e os moldes nos quais seria aceita, ou seja, os seus limites. Porém, conforme já exaustivamente por nós tratado nesta obra, o CBAP, por ser um diploma privado, não possui força coercitiva. Trata-se de um compromisso voluntário que os atuantes no campo publicitário assumem de respeitarem as normas ali existentes. Não obstante, caso esse compromisso não seja efetivamente cumprido, não há sanções que possam ser opostas de forma cabal àqueles que não cumprirem com o estatuído.

Enquanto isso, Portugal, por sua vez, apesar de também possuir um sistema de autorregulamentação, qual seja o ICAP, constituído oficialmente no ano de 1991<sup>410</sup>, o qual tem como finalidade primeira a defesa da liberdade de expressão comercial e a promoção da dignificação da publicidade, assegurando os princípios legais verídicos e honestos<sup>411</sup>, o qual toma por base um Código de Conduta, detém, ainda, um diploma legislativo estatal forte, que como norma estatal que é possui força coercitiva quanto ao que ali está preconizado. Esta lei, denominada Código da Publicidade, advém da legislação Comunitária, abarcando os diversos países membros da União Europeia, e conceitua o que entende como sendo publicidade, além de tratar de forma bastante satisfatória acerca de sua gama de possibilidades, inclusive da publicidade comparativa.

Enquanto Portugal tem uma lei que trata do tema e uma definição legal de publicidade, o Brasil não possui nem um, nem o outro. O mesmo se diz acerca da

---

<sup>410</sup> Conforme consta do sítio eletrônico oficial do ICAP: <<https://auto-regulacaopublicitaria.pt/quem-somos/>>.

<sup>411</sup> Conforme a definição dada pelo próprio ICAP. Disponível em: < <https://auto-regulacaopublicitaria.pt/quem-somos/>>. Acesso em 11 de setembro de 2020.

publicidade comparativa, enquanto o CP a conceitua e traça seu círculo de licitude, o CBAP não apresenta um conceito, mas apenas parâmetros de licitude.

Faremos, então, um cotejo entre os dispositivos atinentes à publicidade comparativa, quais sejam o artigo 16.º do Código da Publicidade português e o artigo 32 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que adquire maior relevo devido à sua corriqueira utilização por parte da jurisprudência na solução de litígios, conjuntamente com os artigos 36, 37 e 38 do CDC.

A alínea “a” do artigo 16.º do CP afirma que a publicidade comparativa, para ser lícita, não poderá ser enganosa. Na mesma esteira vai o artigo 37 do CDC, o qual proíbe as publicidades abusiva e enganosa. O CP, por sua vez, proíbe a publicidade que no Brasil é chamada de abusiva no artigo 7.º sob o manto do princípio da licitude<sup>412</sup>. Até aqui, nenhuma surpresa, afinal, a proibição da publicidade enganosa, a qual também podemos chamar de consagração do princípio da veracidade, deve ser a regra mais empregue dentre todos os países que tutelam, de alguma forma, a atividade publicitária<sup>413</sup>.

A alínea “a” do artigo 32 do CBAP, por sua vez, afirma que, para que a publicidade comparativa seja lícita, ela deverá ter como objetivo maior o esclarecimento do consumidor, senão a sua defesa. Apesar de não encontramos disposição semelhante no CP português, o modelo por ele adotado para a licitude da publicidade comparativa evoluiu da concorrência desleal, do modelo paleoliberal,

---

<sup>412</sup> Artigo 7.º

1 - É proibida a publicidade que, pela sua forma, objecto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados.

2 - É proibida, nomeadamente, a publicidade que:

a) Se socorra, depreciativamente, de instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricas;  
 b) Estimule ou faça apelo a violência, bem como a qualquer actividade ilegal ou criminosa;  
 c) Atente contra a dignidade da pessoa humana;  
 d) Contenha qualquer discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo;  
 e) Utilize, sem autorização da própria, a imagem ou as palavras de alguma pessoa;  
 f) Utilize linguagem obscena;  
 g) Encorage comportamentos prejudiciais a protecção do ambiente.  
 h) Tenha como objecto ideias de conteúdo sindical, político ou religioso.

3 - Só é permitida a utilização de línguas de outros países na mensagem publicitária, mesmo que em conjunto com a língua portuguesa, quando aquela tenha os estrangeiros por destinatários exclusivos ou principais, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

4 - É admitida a utilização excepcional de palavras ou de expressões em línguas de outros países quando necessárias à obtenção do efeito visado na concepção da mensagem.

<sup>413</sup> Vide artigo L.121-1 do *Code de la Consommation*<sup>413</sup>, legislação consumerista francesa; *Codice del Consumo* italiano<sup>413</sup>, artigos 20, 21 e 22; a *Ley General de Publicidad*, da Espanha<sup>413</sup>, no artigo 3, “e”.

onde a referida modalidade publicitária era considerada como uma forma de concorrência desleal, até o modelo social da concorrência, que levou em conta a defesa do consumidor para a legitimação e autonomização da publicidade comparativa enquanto forma lícita de se fazer publicidade.

Desta forma, apesar de não constar expressamente no Código da Publicidade que o consumidor deverá ser esclarecido ou defendido por intermédio da publicidade comparativa, podemos dizer que o regime português também adota a defesa do consumidor como corolário da publicidade comparativa.

Já a alínea “b” do Código da Publicidade afirma que a comparação, para ser lícita, deverá recair sobre bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objetivos. O referido dispositivo legal encontra correspondência na alínea “d” do artigo 32 do CBAP, o qual afirma que a comparação deverá ser feita com modelos fabricados no mesmo ano, a não ser que o objetivo seja demonstrar evolução tecnológica, o que deverá estar amplamente caracterizado na mensagem publicitária.

Podemos notar que a correspondência entre os dispositivos não é expressa ou literal. Porém ambos possuem o mesmo objetivo, qual seja proteger o consumidor de publicidades que não lhes acrescentem informações relevantes para o momento de realizarem uma compra, que não sejam dotadas de uma finalidade, nos termos por nós tratados quando do estudo acerca do princípio da pertinência e do princípio da finalidade. Vedam-se, assim, comparações desproporcionais bem como aquelas que não tenham o condão de serem úteis ao consumidor.

A alínea “f” do artigo 16.º do CP também se molda a este entendimento que veda a veiculação de publicidade que seja inócua ao consumidor na medida em que afirma que a publicidade comparativa em todos os casos de produtos com denominação de origem, deverá se referir a produtos com a mesma denominação de origem. Isso evitará, também, possíveis confusões por parte dos consumidores.

Por sua vez, a alínea “c” do artigo 16.º da legislação portuguesa sustenta que a comparação deverá ser objetivamente comprovável, considerando-se as características essenciais do produto ou serviço comparado. Temos aqui consagrado

o princípio da objetividade da comparação, que encontra equivalência na autorregulação brasileira nas alíneas “b” e “c” do artigo 32 do CBAP.

Preconizam os referidos dispositivos que a publicidade comparativa deverá ter por princípio básico a objetividade na comparação, sendo que dados subjetivos não constituem uma base válida de comparação e que essa comparação objetiva deverá ser, sempre, comprovável.

Desta forma, temos por consagrado, tanto no Brasil quanto em Portugal, que as comparações deverão ser calcadas em dados objetivos e comprováveis. Se assim não forem, a publicidade não poderá ser lícita na medida em que aquilo que não pode ser comprovado, também não pode ser considerado como verídico.

Segundo, a alínea “d” do artigo 16.º do CP manifesta que a comparação, para ser lícita, não poderá gerar confusão no mercado entre produtos, marcas, designações comerciais, símbolos distintivos ou qualquer outra forma de distinguir uma marca ou um anunciante, do restante do mercado. Os consumidores não poderão ser levados a crer, pela publicidade comparativa, estarem adquirindo produtos ou serviços de uma marca, quando, na verdade, estão a fazê-lo de outra marca que se utilizou de elementos da primeira para com ela se parecer. Tal prática recebeu o nome de *trade dress*, que nada mais é do que quando uma marca tenta se parecer com a outra, adotando símbolos, cores, *slogans*, ou qualquer espécie de sinal distintivo da marca com a qual tenta criar uma identidade.

Da mesma forma, o artigo 32 do CBAP, em sua alínea “e” afirma que a publicidade comparativa será lícita desde que “não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes”, deixando claro, mais uma vez, a confluência entre os regimes adotados para a publicidade comparativa em ambos os países.

Temos aqui sancionado o princípio da vedação à confusão, que se for desrespeitado dará aso à concorrência desleal, nos termos do artigo 195 da LPI brasileira e 311.º do Código da Propriedade Industrial português.

Da mesma forma, dentro da vedação à confusão, podemos alocar a alínea “h” do artigo 16.º do Código da Publicidade. O referido dispositivo legal afirma que em sua publicidade, o anunciante não poderá imitar ou reproduzir um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida. Se assim o fizer, além de claro

prejuízo ao concorrente, incorrendo em concorrência desleal, contrariando a proteção conferida às marcas registradas, também poderá gerar confusão no público consumidor que, ao ter diante de si uma imitação muito bem feita, poderá crer estar adquirindo o original.

Seguindo, a alínea “e” do artigo 16.º do CP, que encontra seu correspondente na autorregulamentação brasileira na alínea “f” do artigo 32 do CBAP, onde ambos os dispositivos vedam que, por intermédio da publicidade comparativa, seja levada à cabo denegrição contra os produtos ou serviços do concorrente, ou mesmo contra a marca concorrente em si.

Já tratamos de forma pormenorizada acerca do princípio da vedação à denegrição, o qual se desrespeitado, assim como a ocorre com a vedação à confusão, dará aso à concorrência desleal. Importante frisar, porém, conforme já destacamos anteriormente, que é inerente à toda publicidade comparativa levar um certo grau de descrédito à marca ou produto concorrente, haja vista restar comprovando que a prestação do anunciante é melhor que a do concorrente.

A denegrição que os referidos dispositivos supracitados visam impedir não é esta, mas sim aquela denegrição excessiva, quando a finalidade precípua da publicidade comparativa é depreciar o concorrente ou suas prestações e não destacar as vantagens da prestação do anunciante, havendo uma demasiada ofensividade na mensagem veiculada.

No que se refere à alínea “g” do artigo 16.º do CP, encontra equivalência também na alínea “g” do artigo 32 do CBAP. Ambos os dispositivos vedam que o anunciante se utilize da boa imagem e do prestígio que o concorrente goza no mercado no intuito de “pegar carona” nesta boa fama e alavancar as suas prestações.

Uma grande empresa poderá investir milhões de dólares na formação de sua marca, qualidade de seus produtos e serviços, publicidades, dentre outros, além de uma quantidade de tempo considerável atuando no ramo para se tornar conhecida no mercado devido à sua boa qualidade. Sendo assim, é totalmente contrário à boa-fé e aos usos e costumes honestos do mercado que um sujeito atuante em determinado ramo se aproveite de todo o tempo, esforço e dinheiro investidos pelo concorrente para, simplesmente, alavancar a sua marca de uma forma mais rápida, fácil e barata.

Assim como ocorre nos atos de confusão, aqui também poderá ocorrer o chamado *trade dress*, conforme já explicitado alhures, que é uma empresa se utilizar da “roupagem” de outra, afim de alavancar a sua própria marca, podendo, por intermédio desta prática, vir a causar confusão junto aos consumidores.

Veda-se, então, tanto o parasitismo quanto a concorrência desleal<sup>414</sup>. Não poderá o anunciante utilizar indevidamente a imagem e o prestígio de terceiro, independentemente de com ele concorrer ou não no mercado consumidor, sendo tais ações totalmente contrárias aos usos e costumes honestos do mercado e merecedoras de sanção.

Quanto a alínea “h” do artigo 32 do CBAP, a mesma informa que em uma publicidade comparativa onde são contrapostos produtos que não estão no mesmo patamar quanto ao preço, tal circunstância deverá estar claramente indicada no anúncio.

A referida alínea não encontra correspondência expressa no CP português. Porém, fazendo-se uma interpretação sistêmica da legislação portuguesa conjuntamente com o que se objetiva por intermédio da referida alínea do código autorregulamentar brasileiro, concluímos que sua finalidade é evitar que os consumidores sejam induzidos ao erro na medida em que são expostos a uma comparação entre produtos de faixas de preço totalmente distintas, onde, por óbvio, aquele que é bem mais caro também oferece muito mais benefícios.

Ao se deparar com uma publicidade comparativa entre dois produtos, um do anunciante e outro do concorrente, o consumidor, por lógica, irá inferir que ambos os produtos competem no mercado, estando na mesma faixa de preço. Se assim não fosse não haveriam motivos para que ambos fossem comparados, estar-se-ia ferindo o princípio da pertinência da publicidade. Ou seja, a comparação irá gerar no consumidor uma justa expectativa acerca dos preços dos produtos.

Desta forma, entendendo o consumidor pela superioridade do produto do anunciante em decorrência do demonstrado na comparação e acreditando que ambos

---

<sup>414</sup> No parasitismo aquele que se aproveita do prestígio de terceiro não concorre com ele, não atua no mesmo nicho de mercado, portanto, não há desvio de clientela. Diferentemente, na concorrência desleal o anunciante que se aproveita da boa fama do concorrente atua no mesmo nicho de mercado, desviando, assim, sua clientela.

os produtos publicitados possuem preços semelhantes, a imagem do concorrente seria, altamente, maculada no mercado na medida em que os consumidores entenderiam que ele – concorrente – oferece um produto muito inferior ao do anunciante por um preço igual, ou seja, cobra muito pelo pouco que oferece. Quando na verdade o produto do anunciante, apesar de superior, também é consideravelmente mais caro, o suficiente para influir fortemente na escolha do consumidor por adquiri-lo ou não.

Neste caso, a publicidade poderia ser considerada como potencial causadora de denegrição à marca concorrente, além de ser enganosa por omissão, modalidades que são vedadas tanto pelo regime jurídico brasileiro quanto português.

Por fim, importante frisarmos mais uma semelhança existente entre os regimes luso e brasileiro da publicidade, consagrada no n.º 5 do artigo 16.º do Código da Publicidade e no artigo 38 do CDC.

Ambos os dispositivos legais afirmam que o ônus da prova da veracidade da publicidade veiculada será do anunciante, em uma clara manobra protecionista ao consumidor, parte vulnerável na relação jurídica formada. Se assim não fosse, não raras as vezes seria o consumidor incumbido de ônus demasiadamente severo no que tange à prova do direito alegado. Ou seja, o vulnerável da relação, a parte mais fraca, ficaria desmedidamente onerado, tendo que produzir a prova mais difícil.

Em uma publicidade comparativa, muitas vezes, para se comprovar a superioridade de uma prestação sobre a do concorrente são necessários testes científicos extremamente complicados e dispendiosos. Da mesma forma em publicidades meramente enganosas, abusivas, ou por outro meio ilícitas, onde a prova se mostra mais fácil de ser produzida pelo anunciante que, de acordo com o regramento vigente, deverá possuir consigo os dados fáticos e científicos, se for o caso, em que se apoia a mensagem publicitária.

De todo o exposto acima, podemos notar que apesar de as redações dos dispositivos tratados não serem exatamente idênticas, as mesmas possuem muitos pontos em comum, sendo que os referidos artigos regulamentadores da publicidade comparativa encontram respectiva correspondência no regime do outro país.

Em resumo, podemos dizer que a publicidade comparativa, e, a bem da verdade, a publicidade em geral, a) não poderá ser enganosa; b) não poderá trazer descrédito ao concorrente, além daquele que é inerente à comparação; c) não poderá tirar proveito da posição privilegiada da qual o concorrente goza no mercado e junto ao público consumidor; bem como d) não poderá gerar confusão no mercado nem entre os consumidores.

As quatro características acima se aplicam aos regimes da publicidade comparativa de ambos os países, Brasil e Portugal, servindo, de forma resumida, como os limites de sua licitude. Todos os princípios específicos da publicidade comparativa tratados no tópico 10 deste estudo são também aplicáveis tanto no Brasil quanto em Portugal, demonstrando a similitude entre os regramentos.

Por intermédio de uma interpretação sistêmica de ambos os regimes jurídicos atinentes à publicidade comparativa, podemos observar que há uma congruência muito grande de ideias e ideais a serem atingidos por intermédio da demarcação do círculo de licitude da publicidade comparativa.

Tratados dos pontos em comum, chegada a hora de elucidarmos algumas divergências importantes existentes no tratamento dado à publicidade comparativa em ambos os países.

A primeira delas, conforme já discorremos, é o fato de o Brasil calcar seu regulamento publicitário basicamente na autorregulação enquanto Portugal dispõe de legislação estatal forte sobre o tema.

O segundo ponto que merece destaque é quanto à identificação dos concorrentes. Diz o n.º 1 do artigo 16.º do Código da Publicidade que a publicidade comparativa é aquela que “identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens e serviços oferecidos por um concorrente.” Neste diapasão, em Portugal, a publicidade dita superlativa não é considerada como comparativa, haja vista por intermédio dela não ser possível a identificação precisa de um ou alguns concorrentes, sendo apenas uma comparação genérica com todos os demais que ocupam aquele nicho de mercado. Já, no Brasil, o entendimento acerca do tema não é uníssono<sup>415</sup>.

---

<sup>415</sup> Para uma melhor compreensão acerca da publicidade superlativa, vide tópico 5.6.

Em *terrae brasiliis* há quem defenda que a publicidade superlativa estaria abarcada pela publicidade comparativa, ideia essa com a qual não concordamos em absoluto. Se assim o fosse, diante do princípio da veracidade e do dever de comprovação objetiva dos resultados da comparação, estaríamos inviabilizando que fosse levada à cabo a referida modalidade publicitária, na medida em que para ser lícita a mesma teria que efetivar comparações com todos os demais concorrentes existentes no mercado, tendo que comprovar, objetivamente, os resultados de todas essas comparações. E mais, teria o anunciante, nos termos do parágrafo único do artigo 36 do CDC, que manter em seu poder todos os dados que comprovassem, de forma objetiva, a superioridade da sua prestação com relação a todas as demais presentes no mercado. Ou seja, seria algo totalmente inviável.

Perfilhamos da posição adotada em terras lusitanas bem como por parte da doutrina brasileira, na qual a publicidade superlativa é lícita e não é considerada como sendo publicidade comparativa, estando, portanto, alheia aos seus requisitos de licitude.

Diga-se que a publicidade superlativa será alheia, também, ao princípio da veracidade, o que não significa, é claro, que poderá ludibriar os sujeitos alvos da mensagem, mas sim que poderá exagerar em algumas afirmações sem que isso configure publicidade enganosa. Isso se deve ao fato de que os referidos exageros não terão o condão de induzir o consumidor ao erro pois este os entenderá como sendo, de fato, meros exageros.

Defendemos, porém, que o exagero deverá ter algum fundo de verdade, ou seja, quando a publicidade afirma que a prestação do anunciante é a “melhor do mundo”, não se exige que, de fato, seja a melhor dentre todos os concorrentes existentes no mercado, não se exige a prova objetiva, mas exige-se, sim, que seja de uma qualidade bastante elevada.

Importante destacar, quanto à publicidade superlativa, que a medida em que a própria publicidade for restringindo o mercado de comparação ela poderá se tornar, de fato, uma publicidade comparativa, devendo obedecer, nesse caso, a todos os seus requisitos de licitude.

Para melhor esclarecer o dito acima, utilizemo-nos de um exemplo: a partir do momento que um anunciante afirma que possui “o melhor pastel de bacalhau do mundo”, há uma clara publicidade superlativa. Não é possível que se comprove objetivamente que o pastel do anunciante é superior aos demais existentes no globo terrestre. Nem mesmo é possível que sejam identificados todos os concorrentes afetados pela publicidade em questão, o que já a desvirtua do conceito apresentado sobre publicidade comparativa. Neste tipo de publicidade o próprio consumidor-alvo da mensagem não a entenderá no sentido literal, não projetando que tenha sido feita uma comparação entre o anunciante e os concorrentes de onde o anunciante saiu vencedor. A mensagem atingirá o consumidor-alvo como um mero exagero, sendo assim entendida por ele.

Da mesma forma, se o anúncio explicar ser o pastel do anunciante o “melhor pastel de bacalhau do país” ainda estaremos diante de uma publicidade superlativa, haja vista não podermos identificar todos os concorrentes afetados pela mensagem, muito menos efetuar comparações objetivas entre todos eles.

Porém, quando a mensagem passa a veicular que o anunciante possui “o melhor pastel de bacalhau da cidade”, a publicidade poderá vir a ser considerada como comparativa, pois dependendo do tamanho da cidade, do desenvolvimento do comércio e do número de habitantes, poderão ser identificados todos os demais concorrentes. Sendo assim, se o anúncio trouxer a frase “o melhor pastel de bacalhau do bairro” ou “o melhor pastel de bacalhau da rua”, certamente não estaremos diante de publicidade superlativa, mas sim de clara publicidade comparativa implícita, haja vista ser possível a identificação de todos os concorrentes afetados e a realização de comparação objetiva entre as prestações de todos eles.

Desta forma, enquanto, no Brasil<sup>416</sup>, não há um consenso quanto ao tema, apesar de existir uma maior inclinação da doutrina a seguir o entendimento já adotado em terras lusitanas, esta divergência doutrinária pode ser apontada como uma possível diferença existente entre os regimes brasileiro e português.

---

<sup>416</sup> Frisa-se que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP, julgado no ano de 2014, o relator, Ministro Luís Felipe Salomão, adotou expressamente entendimento no sentido de que a publicidade comparativa “é a forma de publicidade que identifica explícita ou implicitamente concorrente de produtos ou serviços afins”.

A terceira desconformidade que julgamos importante diz respeito à responsabilidade civil. Conforme visto alhures, enquanto no Brasil a responsabilidade do fornecedor-anunciante será sempre objetiva em casos de publicidade ilícita, sendo também, em regra, objetiva e solidária a responsabilidade das agências publicitárias, em Portugal ambos os agentes possuem responsabilidade solidária e subjetiva, calcada na culpa.

Quanto aos demais agentes atuantes no mercado, entendemos que no Brasil tanto os veículos de comunicação, quanto as celebridades que participam da campanha publicitária somente poderão ser responsabilizados em casos extremos, quando a ilicitude for flagrante, e, é claro, sempre com base na culpa, jamais de forma objetiva.

Enquanto isso, além-mar, em Portugal o entendimento adotado é o mesmo para todos os agentes que intervêm na campanha publicitária, nos termos do artigo 30.º do Código da Publicidade, o qual os brinda com a responsabilidade civil solidária e subjetiva.

Creemos serem estas as principais assimetrias existentes entre o regime da publicidade adotado no Brasil e o regime adotado em Portugal. As semelhanças se destacam imensamente mais do que as dissonâncias, o que nos permite dizer que ambos os países adotam, quanto aos parâmetros de licitude da publicidade comparativa, os mesmos critérios, os mesmos princípios, sendo que as distinções existentes se limitam à espécie de responsabilização dos agentes atuantes no mercado e ao regime jurídico adotado para a regulamentação da publicidade em geral, o que inclui, por inferência lógica, a publicidade comparativa.

## **16. A NECESSÁRIA EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO TRATO DA PUBLICIDADE COMPARATIVA**

Do visto até este momento, podemos inferir a necessidade de que o legislador utilize suas prerrogativas no sentido de regulamentar a matéria publicitária. Não olvidamos da completude do regramento constante no dispositivo autorregulamentar, porém o mesmo também apresenta suas falhas, sendo, dentre elas a principal a falta de coercibilidade.

Mesmo com a paradigmática decisão do STJ, no Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP<sup>417</sup>, a mesma não colmatou todas as lacunas atinentes à publicidade comparativa. Mesmo que o tivesse feito, o poder judiciário não poderá substituir a atividade legiferante cuja competência cabe aos representantes eleitos pelo povo na medida em que adotamos a tripartição de poderes, sob pena de usurpação de competência constitucional, urgindo que estes usem de suas prerrogativas.

Na falta da lei, as decisões judiciais são utilizadas como balizas da matéria, porém, isso não deve se dar *ad eternum*. Tal característica dessas decisões judiciais deverá ser dotada de provisoriedade, na medida em que o legislador omissor deverá ser instado a se manifestar acerca da matéria alvo da omissão e, a partir do momento que o fizer, as fronteiras da licitude deixarão de ser demarcadas pelo *decisum* e passarão a ter seus limites expostos pela lei.

Apesar de conferirem alguma segurança jurídica, as decisões judiciais são apenas o entendimento exarado pelos juízes e tribunais, o qual poderá ser modificado a qualquer tempo, ainda mais em se tratando de Brasil, haja vista sabermos que os Tribunais Superiores do país, não raras vezes, mudam radicalmente de entendimento, sem utilizarem-se de *distinguishing* para fazer a distinção de casos, ou do *overruling*, técnica da *common law* para a superação de precedentes, ambos bastante relegados pelos Tribunais brasileiros.

Entendemos não ser necessária a elaboração de um novo Código da Publicidade, que trataria apenas e exclusivamente sobre a matéria, mas cremos que seria suficiente uma modificação legislativa do Código de Defesa do Consumidor e da LPI para que passassem a tutelar o direito da publicidade tanto sob o viés dos consumidores quanto dos concorrentes.

---

<sup>417</sup> Para maiores detalhes sobre a decisão mencionada, remetemos o leitor ao tópico 11.

O diploma consumerista é um dos mais modernos do mundo sobre a matéria, e então passaria a elucidar, também, sobre a publicidade e suas nuances, tornando-se ainda mais completo. A LPI, por sua vez, acabaria com quaisquer discussões acerca da possibilidade da utilização de marca exclusiva do concorrente em publicidades comparativas do anunciante, bem como teria o condão de estabelecer melhor os limites da publicidade comparativa lícita no que toca aos direitos da concorrência e de que forma, extrapolando quais limites, a mesma descambaria para a concorrência desleal.

Dar uma definição aos pontos obscuros do sistema poderia trazer, além de uma evidente e necessária segurança jurídica, a atuação de mais empresas neste mercado, uma quantidade maior de anúncios, um maior incentivo à livre concorrência, tão sadia para a sociedade e para os consumidores, todas qualidades atinentes à publicidade comparativa.

Existem, no âmbito internacional, diversas legislações que poderiam servir-nos como base de ideias, inclusive o próprio Código da Publicidade português que encontra gigantesca correspondência com o modelo que já é adotado no Brasil, o qual toma por base o preconizado pelo CBAP. Frisamos, por oportuno, que inspiração não significa cópia, qualquer legislação a ser criada no Brasil acerca do tema em evidência deverá ser concebida levando-se em consideração as particularidades existentes no país. Ainda, o próprio CBAP deverá, quando for chegando o momento, ser utilizado como uma das bases legislativas para o tratamento legal da publicidade pois o mesmo já é de amplo conhecimento dos atuantes no setor, além de se coadunar perfeitamente com o que preleciona CRFB e o CDC, sendo que este é outro dispositivo que deverá ceder seus conceitos, nomeadamente acerca de publicidade enganosa e abusiva, aos legisladores para a produção da tão esperada e necessária lei que tratará sobre toda a matéria publicitária.

Frisamos que a necessária regulamentação da matéria, obviamente, não passa apenas pela publicidade comparativa, cerne deste trabalho, mas por toda uma regulamentação do sistema publicitário e dos agentes que nele atuam.

Não defendemos aqui que a lei é a solução para todos os problemas jurídicos e sociais existentes, se assim o fosse a resolução destes seria sobremaneira mais

descomplicada do que é. Porém, existem casos onde a atuação legislativa traz grandes benefícios, o que não significa que resolverá todos os problemas existentes no determinado nicho para o qual foi criada, mas sim que os juristas terão uma base sólida para decidir, os jurisdicionados terão uma direção na qual sabem que podem ou não seguir, de acordo com os limites fixados para o círculo de licitude de determinada ação ou atividade. Sempre restarão pontos obscuros, lei alguma tem o poder de prever todas as situações fáticas possíveis onde irá incidir, porém nestes casos os juristas utilizarão da hermenêutica para interpretá-la da melhor forma possível de acordo com a vontade emanada do legislador.

Ainda, a sociedade está em constante evolução e como a publicidade é parte integrante e importante da sociedade, também podemos constatar a evolução deste setor. A disciplina autorregulamentar existente no Brasil é anterior à promulgação da Constituição da República e, por conseguinte, também ao CDC, apesar de com eles se coadunar. É chegada a hora da elaboração de uma legislação capaz de abraçar as nuances da sociedade moderna em que vivemos hoje que, com certeza, é muito diferente daquela que existia em meados dos anos 1980, quando o CONAR e o CBAP passaram a reger a atividade publicitária no Brasil, bem como o é também dos anos 1990, quando da entrada em vigor do CDC.

Como um claro retrato dessa evolução publicitária, que acompanha a sociedade e as novas tecnologias que surgem a todo instante, utilizemo-nos do exemplo do fenômeno das redes sociais. Cristiano Ronaldo, jogador de futebol da seleção nacional portuguesa, atualmente atuando pela Juventus, da Itália, recebeu, no ano de 2019, mais dinheiro com publicidades pagas em publicações feitas em seu *instagram*, as quais atingem seus mais de 238 milhões de seguidores, do que com o salário anual que lhe foi pago pelo clube de futebol que defende. O craque português possui o *instagram* mais seguido do mundo, estando muito à frente do segundo colocado, a norte-americana Ariana Grande, que possui pouco mais de 200 milhões de seguidores<sup>418</sup>.

---

<sup>418</sup> A classificação dos cinco perfis de *instagram* mais seguidos do mundo, até o ano de 2020, conta com Cristiano Ronaldo (238 milhões de seguidores); Ariana Grande (200,8 milhões de seguidores); Dwayne Johnson (The Rock) (196,5 milhões de seguidores); Kylie Jenner (193,6 milhões de seguidores); Selena Gomez (191,1 milhões de seguidores).

Todo esse sucesso nas redes sociais foi transformado pelo futebolista em lucros publicitários. A pesquisa feita apontou que Ronaldo recebeu em torno de U\$ 47,8 milhões por publicidades pagas em sua rede social, enquanto o salário anual do jogador na Juventus seria, em torno, de US\$ 34 milhões<sup>419</sup>.

Resta evidente a importância cada vez maior que as novas formas de se fazer publicidade, como, por exemplo, as redes sociais, estão ganhando ao redor do mundo, sendo inegável, também, que as publicidades lá veiculadas poderão acabar por serem enganosas, denegritórias, parasitárias, ou de alguma outra forma ilícitas, podendo causar prejuízos aos seus alvos, bem como aos concorrentes.

Este tipo de publicidade possui alcance global, muito maior do que qualquer jornal, televisão, rádio, ou quaisquer das modalidades clássicas de veiculação de campanhas publicitárias. Por isso é necessário, também quanto a elas, pensar em maneiras de proteger de forma eficiente todos estes consumidores em potencial, que se distribuem ao redor do globo terrestre, em praticamente todos os países do mundo e são expostos às publicidades provenientes dos mais diversos lugares, das mais diversas espécies e que versam sobre as mais diversas prestações.

Como exemplo deste novo direito da publicidade na era das redes sociais e da globalização explosiva por intermédio da internet, o tema atinente à responsabilização ou não das plataformas por meio das quais os anúncios são propagados ganha importância. No Brasil, esta prática ainda não surtiu grandes repercussões jurisprudências sobre o direito do consumidor tendo em vista que se trata de tema consideravelmente novo. Quando for chegado o momento de decidir, deverá ser levado em consideração não apenas o que diz o CBAP e o CDC, mas também o Marco Civil da Internet, Lei n.º 12.965/14, o qual estabelece um maior âmbito de proteção aos usuários e um aumento no espectro da responsabilidade por danos gerados.

---

<sup>419</sup> Valores de acordo com reportagens jornalísticas veiculadas por vários veículos de imprensa, como GloboEsporte (<https://globoesporte.globo.com/blogs/blog-do-rodrico-capelo/post/2019/10/21/cristiano-ronaldo-ganha-mais-com-instagram-do-que-com-a-juventus-cuidado-com-o-que-compartilha.ghtml>); Esporte Interativo (<https://www.esporteinterativo.com.br/melhorfuteboldomundo/Cristiano-Ronaldo-recebe-mais-por-publicaes-no-Instagram-do-que-por-jogar-na-Juventus-20191018-0021.html>); Lance (<https://www.lance.com.br/mais-que-um-jogo/cr7-mais-bem-pago-por-post-publicitario-instagram-veja-top.html>); Goal (<https://www.goal.com/br/not%C3%ADcias/quanto-custa-um-post-no-instagram-de-cristiano-ronaldo/17ds7wz8us70913repewaehx3i>).

No Brasil, nem o CBAP, muito menos o CDC, se debruçam sobre tal matéria, sendo a mesma ainda muito incipiente na jurisprudência, a qual é também sobremaneira dividida. Nestes casos, o Marco Civil da Internet deverá ser trabalhado em conjunto com as normas de proteção ao consumidor, de proteção à concorrência leal e os princípios gerais de direito.

Este é mais um dos motivos pelo qual cremos ser tão necessária, além de acreditarmos que estamos em um momento bastante propício, para a edição desta lei acerca da publicidade. Deverá, é claro, ser muito bem debatida no âmbito do Congresso Nacional, sem atropelos, pois não podemos correr o risco de que a regulamentação acabe por onerar em demasia, de forma desproporcional, os atuantes no mercado, nem que deixe de oferecer a mais ampla e efetiva proteção ao consumidor, uma equação que não é tão fácil de equilibrar. Ainda, a referida regulação da publicidade deverá ter o máximo de cuidado possível para que não venha a acarretar nenhum tipo de censura.

A falta de sistematização e unificação, acompanhada pela inadequação do regramento autorregulamentar do direito da publicidade, faz com que seja urgente a criação de um sistema unificado, não necessariamente em um mesmo Código – conforme defendemos a atualização do CDC e da LPI –, mas sob o prisma estatal, acerca da publicidade.

Desta forma, no intuito de dar uma maior segurança jurídica aos atuantes no setor publicitário, como uma forma de fomentar a concorrência leal e sadia, bem como de proteger os consumidores, é preciso que o poder legislativo se debruce sobre o tema em voga.

## **17. ESTADOS UNIDOS: UTILIZAÇÃO EM LARGA ESCALA DA PUBLICIDADE COMPARATIVA**

Já de início destacamos que a publicidade comparativa é amplamente permitida nos Estados Unidos. Além de permitida a mesma é inclusive incentivada,

sendo que no passado chegou a corresponder a cerca de 20% (vinte por cento) dos anúncios publicitários veiculados<sup>420</sup>. Anos depois esse número chegava a 1/3 de toda a publicidade veiculada no país.<sup>421</sup> Assim, podemos notar que a publicidade comparativa é largamente utilizada, sendo considerada como um meio idôneo para a promoção da concorrência<sup>422</sup>. Diga-se mais, a prática é tão incentivada que chegou ao nível de, nos EUA, ser permitida apenas a publicidade comparativa explícita<sup>423</sup>, escancarando ainda mais o confronto publicitário entre as marcas concorrentes.

Em vista disso, dentre os países economicamente relevantes a nível global, possivelmente os Estados Unidos são a nação que mais faz uso da modalidade publicitária em questão. Não é outro o motivo pelo qual optamos por discorrer, de forma breve, acerca da sistematização da publicidade comparativa nos USA.

A licitude da publicidade comparativa decorre da 1ª Emenda da Constituição, a qual garante a liberdade de expressão, abarcando, portanto, a liberdade de discurso comercial, o famoso “*free speech*”. Porém, tal liberdade é condicionada à veracidade do discurso veiculado.

A partir da 1ª Emenda a publicidade comparativa foi regulamentada no âmbito federal pelo *Lanham Trade-Mark Act*, ou, simplesmente, *Lanham Act*. Há, também, um órgão administrativo que regula a livre concorrência e as relações de consumo<sup>424</sup> responsável pelo tema, qual seja a *Federal Trade Commission – FTC*. A FTC acabou por desenvolver diversas diretrizes acerca da publicidade comparativa e estas foram

<sup>420</sup> CASTRO, Carla Frade de Paula. **O Superior Tribunal de Justiça e a publicidade comparativa desleal: um paradigma para o direito de marcas?** Monografia – Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 38. Disponível em <<http://bdm.unb.br/handle/10483/11886>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

<sup>421</sup> BELLER, Jenna D. *The Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World: A Practical Guide for U.S. Lawyers and Their Client. The International Lawyer*, V. 29, n.º 4, Southern Methodist University School of Law, 1996, p. 920. Disponível em <<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3133&context=til>>. Acesso em 08 de agosto de 2020.

<sup>422</sup> GEE, Jerome L. Comparative Advertising, commercial disparagement and false advertising. **The Trademark Reporters**, V. 71, 1981, p. 620-640 *Apud* LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. *In: Direito Industrial, IV*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 257.

<sup>423</sup> SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. **Publicidade comparativa: regras e limitações**. 1ª ed. São Paulo: Ixtlan, 2009, p. 15.

<sup>424</sup> DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa: informação persuasiva e concorrência**. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007, p. 133. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

utilizadas ao longo dos anos pelos Tribunais para construir a jurisprudência existente na *common law* estadunidense<sup>425</sup>.

A *Federal Trade Commission* é responsável pela regulamentação da publicidade comparativa e o faz prescrevendo regras para a sua veiculação de forma lícita, investigando violações às normatizações existentes e tendo competência para abrir processos judiciais contra condutas que repute ilegais na atividade publicitária. Além da FTC, existem outros organismos que são aptos a regulamentar determinados nichos de publicidade, como, por exemplo, a *Food and Drug Administration – FDA*, a qual detém autoridade para regular certos tipos de publicidades das indústrias específicas das áreas em que é especializada, quais sejam alimentos e medicamentos<sup>426</sup>.

Diga-se que além de regulamentar a publicidade comparativa, a FTC incentiva que os anunciantes, em suas publicidades, nomeiem ou façam referências claras aos seus concorrentes, utilizando a publicidade comparativa o máximo possível e com todo o seu potencial. Porém, exige-se, para tanto, que haja total clareza quanto à comparação. O órgão acredita que a publicidade comparativa quando verdadeira e não depreciativa é uma importante fonte de informação para os consumidores, auxiliando-os nas suas decisões sobre compras, bem como incentiva a melhoria de produtos e serviços, possibilitando, também, uma diminuição dos preços<sup>427 428</sup>.

---

<sup>425</sup> WA, Man Sok. **Tutela institucional da concorrência em concorrência desleal, publicidade comparativa e práticas comerciais desleais**. 2012. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 122.

<sup>426</sup> VILLAFRANCO, John E. Comparative Advertising Law in the US. **Kelley Drye and Warren LLP Law Firm**. Practical Law Company. *The FTC is the primary federal agency responsible for regulating public advertisements. Its regulates advertising by: a) prescribing rules under the FTC Act; b) investigating suspected violations of the FTC Act; c) Bringing lawsuits against companies conducting illegal activity. In Addition, other agencies like Food and Drug Administration – FDA, have the authority to regulate certain types of advertising claims made to industry-specific products*. Disponível em: <file:///D:/Usuario/Downloads/Comparative-Advertising-Law-in-the-US.pdf>. Acesso em 08 de agosto de 2020.

<sup>427</sup> BELLER, Jenna D. *The Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World: A Practical Guide for U.S. Lawyers and Their Client*. **The International Lawyer**, V. 29, n.º 4, Southern Methodist University School of Law, 1996, p. 921. Disponível em <<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3133&context=til>>. Acesso em 08 de agosto de 2020.

<sup>428</sup> ROMANO, Charlotte J. *Comparative Advertising in the United States and in France*. In: **Northwestern Journal of International Law and Business**, V. 25, 2004-2005, p. 370-414. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1603&context=njilb>>. Acesso em 08 de agosto de 2020.

É a própria FTC que decide se irá abrir um processo judicial em decorrência de uma publicidade comparativa ter ferido a sua regulamentação, o que acaba tolhendo da empresa prejudicada o direito ao acesso à justiça, haja vista que a mesma depende da decisão da FTC.

Em decorrência da dificuldade de o órgão instaurar processos judiciais contra os anunciantes, o Parlamento estadunidense aprovou a Seção 43 do *Lanham Act*. Nos termos da referida Seção 43 as empresas podem mover ações judiciais privadas diretamente, sem depender da movimentação da FTC, tornando possível a responsabilização de uma empresa, por outra empresa, judicialmente, pelos danos sofridos em decorrência de uma falsa publicidade comparativa<sup>429</sup>.

Apesar da existência do *Lanham Act* e da FTC, ambas acabam por regulamentar a publicidade comparativa em âmbito federal e geral.

Como sabemos, cada estado da federação nos EUA possui autonomia judicial e legislativa, um resquício da federação por agregação, dita também centrípeta, motivo pelo qual dentre os cinquenta estados que compõe os Estados Unidos da América, existem algumas legislações, *civil law*, que visam regulamentar a publicidade. Entretanto, em razão desta autonomia, cada estado apresenta legislação própria, havendo, entre alguns, significativas diferenças. Desta forma, bem como tendo por base o escopo do presente trabalho não se mostra viável ou útil adentrarmos de forma pormenorizada em cada uma delas. Sendo assim, nos deteremos no âmbito federal.

A proteção existente contra atos de publicidade comparativa só se estende quando o discurso veiculado for enganoso. Neste caso a Seção 43 do *Lanham Act* estabelece uma ação de responsabilidade civil quando a publicidade comparativa acabar por ser enganosa, caracterizando um ato de concorrência desleal<sup>430</sup> a qual é

---

<sup>429</sup> BELLER, Jenna D. *The Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World: A Practical Guide for U.S. Lawyers and Their Client*. **The International Lawyer**, V. 29, n.º 4, Southern Methodist University School of Law, 1996, p. 923. Disponível em <<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3133&context=til>>. Acesso em 08 de agosto de 2020.

<sup>430</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. In: **Direito Industrial**, IV. Coimbra: Almedina, 2005, p. 257.

facultada ao concorrente prejudicado, sem necessitar, como afirmado alhures, da intervenção da FTC.

Importante frisarmos que, conforme dito acima, a base da permissividade da publicidade comparativa nos EUA é a 1ª Emenda, ou seja, a liberdade de expressão, o livre discurso. A partir dela criou-se a jurisprudência existente sobre o tema, bem como as regulamentações em âmbito federal e dos estados pertencentes à federação. Apesar da importância que reconhecidamente se dá ao tema de forma geral, sendo as liberdades de expressão e de discurso importantes ferramentas na concretização de uma democracia e não sendo menos importante para a consolidação de um sistema eminentemente capitalista, a mesma não foi objeto de tratamento das regulamentações tanto da União Europeia quanto do Brasil quando tratado acerca da publicidade.

Por fim, uma importante diferença existente entre os regimes de publicidade comparativa existentes nos Estados Unidos, Portugal e Brasil merece destaque.

Falamos do ônus da prova em caso de eventual processo judicial acerca de abusos cometidos por intermédio desta modalidade publicitária. Enquanto que em Portugal e no Brasil o ônus da prova recai sobre o anunciante, nos Estados Unidos quando um concorrente impugnar uma campanha publicitária será dele, concorrente, o ônus de provar a falsidade da mesma<sup>431</sup>. Ainda, há que se provar que a referida publicidade possui capacidade de enganar o consumidor médio<sup>432</sup>.

## 18. CONCLUSÃO

---

<sup>431</sup> WA, Man Sok. **Tutela institucional da concorrência em concorrência desleal, publicidade comparativa e práticas comerciais desleais**. 2012. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 136.

<sup>432</sup> BELLER, Jenna D. *The Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World: A Practical Guide for U.S. Lawyers and Their Client*. **The International Lawyer**, V. 29, n.º 4, Southern Methodist University School of Law, 1996, p. 923. Disponível em <<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3133&context=til>>. Acesso em 08 de agosto de 2020.

No decorrer do presente estudo restou evidente a importância da publicidade nos âmbitos social e econômico, o que lhe garante notoriedade e cadeira cativa, também, no âmbito jurídico.

Foi-nos possível estabelecer que a matéria publicitária está umbilicalmente ligada ao direito da concorrência, da concorrência desleal e, também, a partir de uma noção mais moderna, à defesa do consumidor.

Historicamente, saímos de um modelo paleoliberal, onde a publicidade comparativa era vista somente como uma forma de denegrir os concorrentes em um competitivo mercado de consumo, para um modelo social, onde a referida modalidade obtém *status* de licitude e autonomização a partir da defesa dos direitos do consumidor.

Ao mesmo tempo em que percebemos o desenvolvimento do tema cerne deste estudo, também ficam claros os evidentes danos que a publicidade comparativa poderá causar aos concorrentes por ela atingidos, bem como ao consumidor, sempre a parte mais vulnerável nas relações negociais. A partir daí, se mostra de suma importância que haja uma regulamentação acerca da matéria com fins de proteger os direitos e interesses desses sujeitos no mercado.

Portugal balizou a publicidade comparativa por intermédio do Código da Publicidade, o qual regula a matéria até os dias de hoje. Porém, os parâmetros para definir o círculo de licitude da mesma foram bastante alterados com a transposição das Diretivas Comunitárias para dentro do ordenamento pátrio português, nomeadamente a Diretiva 97/55/CE, que foi o primeiro diploma a regular o tema a nível da Comunidade Europeia de nações e, posteriormente, substituída pela Diretiva 2006/114/CE. Os parâmetros definidos pelas referidas Diretivas são os que vigoram até hoje no artigo 16.º do Código da Publicidade português, sufocando possíveis dissonâncias sobre sua licitude aventadas por aqueles que ainda se prendiam ao passado e consideravam a publicidade comparativa como uma mera forma de denegrir os concorrentes.

O Brasil, por sua vez, tratou do tema ainda em meados dos anos 1980, por intermédio do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o qual surgiu como uma resposta dos atuantes no setor a uma possível regulação estatal. Ocorre

que o diploma autorregulamentar, por ser de natureza privada, não possui força coercitiva, sendo esta a maior crítica que recebe. Afora o CBAP, o legislador brasileiro não se ocupou da matéria publicitária de forma satisfatória, sendo que o Código de Defesa do Consumidor, editado no ano de 1990, em consonância com a Constituição da República, cuidou apenas de proibir as publicidades enganosa e abusiva, ficando totalmente alheio aos demais temas atinentes à publicidade.

Desta forma, coube ao poder judiciário brasileiro, que não pode se furtar de decidir alegando ausência de lei, traçar os parâmetros de licitude da matéria atinente à publicidade comparativa, por intermédio de decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça que, felizmente, se pautou no regramento existente no CBAP para a sua tomada de decisão afirmando a licitude da publicidade comparativa. Definiu, também, a possibilidade, para que se possa levar à cabo a comparação, da utilização de marcas, signos distintivos, nomes comerciais, dentre outras formas de identificação dos concorrentes, protegidas por lei, na campanha publicitária sem que isso venha a ferir o direito de exclusivo conferido ao seu titular, questão essa que gerava grandes debates na doutrina e não era pacífica na jurisprudência.

Em um cotejo entre a legislação portuguesa com o CDC e a autorregulamentação brasileira, utilizada pelo poder judiciário como base para se chegar à liceidade da publicidade comparativa, podemos observar que existem muitas semelhanças, sendo que todas as ideias trazidas na legislação estatal portuguesa – artigo 16.º do Código da Publicidade – encontram respectiva correspondência no diploma privado brasileiro – artigo 32 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária –, não de forma literal, mas sim quanto aos princípios e às ideias defendidas. Principiologia esta, aliás, que se apresenta de patente importância no sistema brasileiro diante da inatividade do legislador. Basicamente, podemos notar que os regimes jurídicos da publicidade no Brasil e em Portugal são quase idênticos, apresentando poucas dissonâncias.

Evidente que em terras tupiniquins se faz necessária a ação legiferante dos representantes do povo para que haja uma maior segurança jurídica, principalmente por parte dos concorrentes, haja vista que os consumidores possuem seus direitos muito bem resguardados pelo Código de Defesa do Consumidor. Por mais que o diploma protecionista não trate de forma satisfatória acerca da publicidade e suas

nuances, pela principiologia apresentada podemos, sem embargo, fornecer ao consumidor todas as garantias e proteções de que precisa contra a publicidade ilícita.

O desenvolvimento da publicidade acompanha, a passos largos, a evolução da cultura, da sociedade e da tecnologia. A internet e, atualmente, as redes sociais colocaram a publicidade em um novo patamar, tendo o condão de atingir um número de pessoas nunca antes imaginado pelos veículos de comunicação tradicionais. Isso faz com que seja necessário que a legislação possua a capacidade de acompanhar tal progresso com uma regulamentação maleável, capaz de se adequar às constantes mudanças que permeiam a sociedade e que permita aos seus aplicadores uma margem de interpretação e discricionariedade, para que possam alargar ou restringir sua aplicação.

Neste sentido, defendemos que já passou da hora de o legislador brasileiro se debruçar sobre o tema publicitário e efetivar uma mudança no Código de Defesa do Consumidor no sentido de que o mesmo passe a contar com a regulamentação da matéria publicitária e, também, que a Lei da Propriedade Industrial, de forma mais clara e objetiva, incorpore o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP, acerca da licitude da publicidade comparativa e da utilização, para efeitos da referida modalidade, da marca registrada alheia. Desta forma, restariam sepultadas as maiores discussões ainda existentes no Brasil acerca da licitude da publicidade comparativa, bem como sobre seus limites.

Quanto à Portugal, cremos que o Código da Publicidade cumpre bem o papel que lhe é devido no que tange à publicidade comparativa. O diploma incorpora a legislação europeia acerca do tema, constante na já referida diretiva 2006/114/CE, sendo vedado ao país estabelecer limites distintos dos lá elencados para que, desta forma, não se coloquem maiores entraves ao comércio entre os países pertencentes do bloco europeu.

Portanto, Brasil e Portugal acabam por serem “países-irmãos” quando o tema é publicidade comparativa, pois apesar de haverem algumas diferenças em seus sistemas, uma análise sistêmica do regime jurídico adotado por ambos os países nos mostra que as ideias e os ideais acolhidos para a publicidade são bastante parecidos. Tal fato não exclui a patente necessidade que se verifica no Brasil de que a atividade

legiferante seja exercida com fins de regulamentar a matéria e trazer alguma segurança jurídica aos atuantes do setor, pondo fim às discussões interpretativas acerca dos diplomas esparsos e dos entendimentos jurisprudências sobre do tema.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Carla Marques de. Publicidade: responsabilidade civil nas relações de consumo. *In: Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior – Vianna Sapiens*. V. 7. Juiz de Fora, n.º 1, jan-jun 2016. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Sfm1S-8bxLcJ:https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/download/181/233/+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 6 de setembro de 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Publicidade enganosa e comparativa e produtos financeiros**. *Separata da Revista da Banca*, n.º 45, junho, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Concorrência desleal**. Coimbra: Almedina, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade industrial**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen, 2003.

BARROCA, Ana Cristina Tavares da Cunha Mota de Almeida. **A concorrência desleal na publicidade comparativa: atos de confusão e denegrição**. 2014. Dissertação de mestrado – Lisboa: ISCTE-IUL, Lisboa, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10071/10994>>. Acesso em 21 de julho de 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo – a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BELLER, Jenna D. *The Law of Comparative Advertising in the United States and Around the World: A Practical Guide for U.S. Lawyers and Their Client*. **The International Lawyer**, V. 29, n.º 4, Southern Methodist University School of Law, 1996, p. 917-944. Disponível em <<https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3133&context=til>>. Acesso em 08 de agosto de 2020.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Concorrência Desleal**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. **Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 09 de setembro de 1942.

**BRASIL. Constituição 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

**BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 12 de setembro de 1990.

**BRASIL. Lei n.º 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 15 de maio de 1996.

BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 586.316 – MG de 19/03/2009, Segunda Turma, Ministro Relator: Herman Benjamin. *In:* <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 5 de setembro de 2020.

BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 976.836 – RS, de 05/10/2010, Primeira Seção, Ministro Relator: Luiz Fux. *In:* <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=924969&num\\_registro=200701873706&data=20101005&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=924969&num_registro=200701873706&data=20101005&formato=PDF)>. Acesso em 5 de setembro de 2020.

BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.364.915 – MG, de 24/05/2013, Segunda Turma, Ministro Relator: Humberto Martins. *In:* <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1232887&num\\_registro=201300216370&data=20130524&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1232887&num_registro=201300216370&data=20130524&formato=PDF)>. Acesso em 5 de setembro de 2020.

BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.340.933 – SP de 17/03/2015, Terceira Turma, Ministro Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. *In:* <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43872396&num\\_registro=201201815525&data=20150317&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=43872396&num_registro=201201815525&data=20150317&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em 9 de abril de 2020.

BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.288.008 – MG de 04/04/2013, Terceira Turma, Ministro Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. *In:* <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201102481429&dt\\_publicacao=11/04/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102481429&dt_publicacao=11/04/2013)>. Acesso em 21 de junho de 2020.

BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.668.550 – RJ de 23/05/2017, Terceira Turma, Ministro Relator: Nancy Andrighi. *In:* <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201401063470&dt\\_publicacao=26/05/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401063470&dt_publicacao=26/05/2017)>. Acesso em 30 de julho de 2020.

BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.377.911 – SP de 19/12/2014, Quarta Turma, Ministro Relator: Luís Felipe Salomão. *In*: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202580116&dt\\_publicacao=19/12/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202580116&dt_publicacao=19/12/2014)>. Acesso em 14 de março de 2020.

BRASIL. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial n.º 1.481.124 – SC de 07/04/2015. Terceira Turma, Ministro Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. *In*: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201304138531&dt\\_publicacao=13/04/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201304138531&dt_publicacao=13/04/2015)>. Acesso em 01 de agosto de 2020.

CALAZANS, Flávio Mário de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus, 1992.

CALAZANS, Flávio Mário de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus Editorial, 2006.

CAMPOS, Gianni Carla Ferreira Maia e. **Publicidade enganosa e responsabilidade civil dos veículos de comunicação no direito do consumidor luso-brasileiro**. 2015. Dissertação de mestrado – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/2790/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20DE%20MESTRADO%20corre%C3%A7%C3%A3o%20feita%20capa%20%281%29.pdf>>. Acesso em 6 de setembro de 2020.

CAMPINOS, António; GONÇALVES, Luís Couto. **Código da Propriedade Industrial anotado**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

CASTRO, Carla Frade de Paula. **O Superior Tribunal de Justiça e a publicidade comparativa desleal: um paradigma para o direito de marcas?** Monografia – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em <<http://bdm.unb.br/handle/10483/11886>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

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

CHAVES, Rui Moreira. **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005.

CHIARA, Renata. 5 mil anos da publicidade. **Aventuras na história**. Maio de 2018. Disponível em <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/a-historia-da-publicidade.phtml>>. Acesso em 12 de março de 2020.

COELHO, Daniele Maria Teixeira. A publicidade comparativa e seu tratamento legal. **Revista Forense**, São Paulo, V. 354, p. 128-176, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. 1978. Disponível em <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 01 de abril de 2020.

COSTELLA, Antonio F. **Legislação da comunicação social: Curso básico: jornalismo, publicidade, relações públicas, rádio e TV, editoração, cinema**. São Paulo: Mantiqueira, 2002.

DEVESA, Carlos Lema. **Problemas jurídicos de la publicidad**. Estudios jurídicos del Prof. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Madrid: Marcial Pons, 2007.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. Publicidade e propaganda das marcas e retificação publicitária. *In: Revista Forense*, São Paulo, V. 285, p. 109-131, 1984.

DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade comparativa: informação persuasiva e concorrência**. 2007. Dissertação de mestrado – Faculdades Integradas, Curitiba, 2007. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp043831.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2020.

DUVAL, Hermano. **Concorrência Desleal**. São Paulo: Saraiva, 1976.

ESPAÑA. Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Aprova a Lei Geral de Publicidade. **Boletín Oficial Del Estado** n.º 274, de 15-11-1988. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-26156&p=20140328&tn=0>>. Acesso em 06 de julho de 2020.

FADEL, Marcelo Costa. Breves comentários ao Código de Auto-Regulamentação Publicitária do CONAR. *In: Revista de Direito do Consumidor*, n.º 50, abril/junho 2004. São Paulo.

Federal Trade Commission – F.T.C., Washington D.C. **Statement of policy regarding comparative advertising**. Disponível em <[www.ftc.gov/public-statements/1979/08/statement-policy-regarding-comparative-advertising](http://www.ftc.gov/public-statements/1979/08/statement-policy-regarding-comparative-advertising)>. Acesso em 17 de março de 2020.

FRANÇA, Code de la Consommation. Versión consolidée au 19 de junio 2020. Disponível em: <[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9671FC1263CE91407A16F739F6C464DB.tplgfr38s\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20200706](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9671FC1263CE91407A16F739F6C464DB.tplgfr38s_2?cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20200706)>. Acesso em 06 de julho de 2020.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **Propaganda enganosa e publicidade abusiva nas relações de consumo – análise jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

HENRIQUES, Isabella. O capitalismo, a sociedade de consumo e a importância da restrição da publicidade e da comunicação mercadológica voltadas ao público infantil. *In: Publicidade e proteção da infância*. Org.: Adalberto Pasqualotto e Ana Maria Blanco Montiel Alvarez. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 112-127.

ITÁLIA. Codice del Consumo. Disponível em: <<http://www.codicedelconsumo.it/>>. Acesso em 06 de julho de 2020.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

JHALLY, Sut. **Os códigos da publicidade**: O feiticismo e a economia política do significado na sociedade de consumo. Tradução de Ângela Maria Moreira. 1ª ed. Porto: Edições ASA, 1995.

LANGNEAU, Gérard. **A sociologia da publicidade**. Trad.: Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, Editora da Universidade de São Paulo, 1981.

LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. *In: Direito Industrial, IV*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 237-266.

LEITÃO, Adelaide Menezes. Direito da publicidade e concorrência desleal. *In: Direito Industrial, IV*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 267-284.

LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade e tutela do consumidor. *In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 69, maio – ago. 2011, p. 229-247. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1323974227.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1323974227.pdf)>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Regulação econômica e suas modalidades. *In: Revista de Direito Público da Economia*. Ano 7, Belo Horizonte, n.º 28, p. 27-42, outubro/dezembro 2009.

MAZZONETTO, Nathalia. **Publicidade comparativa**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/228/edicao-1/publicidade-comparativa>>. Acesso em 09 de abril de 2020.

MUNIZ, Eloá. **Publicidade e propaganda**: origens históricas. Caderno universitário, n.º 148. Canoas: 2004. Disponível em <<https://www.eloamuniz.com.br/arquivos/1188171156.pdf>>. Acesso em 12 de março de 2020.

NOVOA, Carlos Fernández. **Estudios de derecho de la publicidad**. Santiago de Compostela: Servicio de publicaciones da Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **As novas formas ocultas de publicidade**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/274838/as-novas-formas-ocultas-de-publicidade>>. Acesso em 11 de março de 2020.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo. Saraiva, 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade comercial – proteção e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLAVO, Carlos. **Propriedade Industrial**. Sinais distintivos do comércio. Concorrência desleal. Coimbra: Almedina, 1997.

OLIVEIRA, Mario Cesar Pereira. Apontamentos sobre a história da publicidade mundial. *In*: **INTERCOM – SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO – 41º CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO**. 2018, Joinville. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2018/resumos/R13-1974-1.pdf>>. Acesso em 12 de março de 2020.

**PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Diretiva 2006/114/CE, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa**. Jornal Oficial da União Europeia, L 376, 27 de dezembro de 2006. Disponível em <<http://data.europa.eu/eli/dir/2006/114/oj>>. Acesso em 01 de abril de 2018.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PASQUALOTTO, Adalberto; CAUDURO, Luiza Kremer. Sistemas de autorregulamentação da publicidade: um quadro comparativo entre os países. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 207-230. 2016. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/68476>>. Acesso em 8 de abril de 2020.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais. *In*: **Estudos de Direito do Consumidor, CDC/FDUC**, n.º 7, 2005. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10316/28796>>. Acesso em 13 de março de 2020.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade comparativa**. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREZ, Clotilde; BARBOSA, Ivan Santo. **Hiperpublicidade: fundamentos e interfaces**. V.1. São Paulo: Thomson Learning, 2008.

PLAZA, Anxo Tato. Breves notas en torno a la Directiva comunitária sobre la publicidade comparativa y su incidencia en el derecho español. **Base de Datos sobre Regulación Publicitaria, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol)**. Espanha, 1998.

PLAZA, Anxo Tato. **La publicidade comparativa**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 330, de 23 de outubro de 1990. Aprova o Código da Publicidade. **Diário Oficial da República Portuguesa** n.º 245/1990, Série I de 1990-10-23. Disponível em <<https://dre.pt/web/guest>>. Acesso em 8 de julho de 2018.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 110, de 10 de dezembro de 2018. Aprova o novo Código da Propriedade Industrial, transpondo as Diretivas (UE) 2015/2436 e (UE) 2016/943. **Diário Oficial da República Portuguesa** n.º 237/2018, Série I de 2018-12-10. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest>>. Acesso em 07 de abril de 2020.

**PORTUGAL. Constituição 1976**. Constituição da República Federativa Portuguesa. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10. Disponível em: <<https://dre.pt/>>. Acesso em 07 de abril de 2020.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, V. 2. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROMANO, Charlotte J. *Comparative Advertising in the United States and in France*. In: **Northwestern Journal of International Law and Business**, V. 25, 2004-2005, p. 370-414. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1603&context=njilb>>. Acesso em 08 de agosto de 2020.

SANTA CRUZ, André. **Direito empresarial**: Vol. único. 9ª ed. São Paulo: Método, 2019.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda**: teoria – técnica – prática. 7ª ed. São Paulo: Thomson Learning, 2002.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**: uma bordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. **Publicidade comparativa: regras e limitações**. 1ª ed. São Paulo: Ixtlan, 2009.

SILVA, Catarina Pais; LOUREIRO, João Manuel. **Código da publicidade anotado e legislação complementar**. 2ªed. 2005.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **O direito do consumidor e a publicidade**. 1ª ed. São Paulo: MP Editora, 2008.

SIQUEIRA, Ricardo Lagreca; DAL BIANCO, Dânae. A publicidade comparativa no Brasil e no direito comparado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n.º 28, p. 111-128 outubro/dezembro, 1998.

VILLAFRANCO, John E. Comparative Advertising Law in the US. **Kelley Drye and Warren LLP Law Firm**. Practical Law Company. Disponível em: <file:///D:/Usuario/Downloads/Comparative-Advertising-Law-in-the-US.pdf>. Acesso em 08 de agosto de 2020.

WA, Man Sok. **Tutela institucional da concorrência em concorrência desleal, publicidade comparativa e práticas comerciais desleais**. 2012. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012.

ZANELATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *In: O direito do consumidor no terceiro milênio*. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público – Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: 2004.