

Escola de Ciências Sociais e Humanas
Departamento de Economia Política

**A Concorrência Desleal na Publicidade Comparativa:
Atos de confusão e denegrição**

Ana Cristina Tavares da Cunha Mota de Almeida Barroca

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito das Empresas
Especialização Direito das Sociedades Comerciais

Orientador:
Prof. Doutor Pedro Quartin Graça Simão José, Professor Auxiliar,
ISCTE IUL – Instituto Universitário de Lisboa

Junho, 2014

*Um desejo, não de ser ave,
Mas de poder
Ter não sei quê do voo suave
Dentro em meu ser*

(Fernando Pessoa)

Ao Bernardo e ao Francisco

À Albertina e à Iracema

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos vão dirigidos a todos os que me apoiaram e incentivaram nas minhas jornadas académicas. Não devo, contudo, deixar de dirigir agradecimentos a algumas pessoas em particular, pela relevância que têm na minha vida.

Agradeço às minhas mães. À Albertina, pelo seu amor, pelos inúmeros exemplos de coragem, de determinação e por todos os valores que registou no meu ADN. À Iracema, que me recebeu de braços abertos, que me adotou e sempre me incentivou, agradeço-lhe pelo amor e apoio em todos os momentos da minha vida, principalmente durante as lides académicas, o que muito contribuiu para o meu desempenho. Agradeço especialmente por ter sempre acreditado que seria capaz.

Ao meu marido e ao meu filho por fazerem parte da minha vida e pela sua constante presença.

Tenho de dirigir um agradecimento muito especial ao Mestre José Mário Ferreira de Almeida. Obrigada pelas inúmeras manifestações de amizade, pelo estímulo, pelos elogios e pelo sentido crítico, que muito contribuíram para o meu crescimento pessoal, mas, em especial, para o intelectual e académico.

Para o meu orientador, Prof. Doutor Quartin Graça, vai o agradecimento pela objetividade e pelo apoio que demonstrou desde o início, pela paciência, e pelos seus contributos para a construção deste trabalho.

Às minhas queridas amigas, pela vossa amizade, pelos vossos preciosos auxílios e pelo carinho que sempre me dispensaram.

RESUMO

A publicidade tem como objetivos essenciais informar e persuadir. Embora possam ser considerados objetivos diferentes, ambos estão frequentemente presentes nas mensagens publicitárias.

A publicidade assume um enorme peso na vida económica e social dos Estados. As sociedades comerciais, os comerciantes e os prestadores de serviços subsistem no mercado global mercê da publicidade que difundem por referência aos seus produtos e serviços. O recurso às comparações de produtos, de preços, de marcas, de serviços, poderá ser uma forma de informar os consumidores, com o intuito de, com base nessas informações e tendo como objetivo principal a satisfação das suas necessidades, os levar a fazer as suas escolhas.

A concorrência presente nas economias de mercado – que têm como objetivo principal atingir o lucro –, para ser considerada livre, não deverá recorrer à publicidade comparativa, com o propósito de alcançar lucro fácil, atingindo ou denegrindo os seus concorrentes ou, ainda, estabelecendo confusão nos consumidores.

Na mensagem publicitária são considerados atos de agressão, a denegrição e a confusão, sendo estes dois, entre outros, os fatores que mais contribuem para a concorrência desleal na publicidade comparativa, pois sempre que utilizados em anúncios publicitários, muitas vezes de forma dissimulada, podem transmitir aos consumidores mensagens distorcidas que os levam a adquirir produtos que, em circunstâncias normais, não desejariam.

Os atos de denegrição e de confusão, em especial, por serem ofensivos de princípios gerais da publicidade e das práticas leais no seu conjunto, conduzem a que a autorregulação venha a ser chamada a desempenhar um papel fundamental na sua apreciação e controlo.

Palavras-chave: publicidade comparativa, concorrência desleal, denegrição, confusão, autorregulação

ABSTRACT

Advertising has two key objectives: to inform and persuade. Although they can be considered different, both are often present in advertisements.

Advertising takes a huge weight in economic and social life of states. Commercial companies, traders, service providers subsist in the global market their products and services. In addition, comparisons of products, prices, brands, services can be a way to inform consumers, in order to lead them in making choices based on this information, thus the main goal – to satisfy their needs.

To be truly free, this competition in market economies – which have as their main goal to achieve earnings – must not to appeal to comparative advertising to have easy profit, using illegal meanings, prejudicing the image of their competitors, or establishing confusion amongst consumers.

In marketing message they are considered acts of aggression, denigration and confusion, being two of the factors that contribute most to unfair competition in comparative advertising, because, often used in advertisements, they can transmit distorted messages to consumers, which, in turn, makes them buy products that, in normal circumstances, they would not desire.

The acts of denigration and confusion are also the two main elements that, as a whole, among others, offend the general principles of advertising and fair practices, which lead to self-regulation playing a key role in assessing and monitoring.

Keywords: comparative advertising, unfair competition, denigration, confusion, self-regulation

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
------------------	---

CAPITULO I

PUBLICIDADE COMPARATIVA

1. Princípios gerais da publicidade	6
1.1. Princípio da licitude	7
1.2. Princípio da Identificabilidade	9
1.3. Princípio da veracidade	10
2. Publicidade comparativa – alguns aspetos gerais	12
3. História da publicidade comparativa em Portugal – o regime anterior e posterior à Diretiva 97/55/CE.....	17
4. A estrutura normativa da publicidade comparativa no Código da Publicidade português .	25
5. A publicidade comparativa até a Diretiva 2006/114/CE	28
6. Análise de jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)....	34
6.1. Caso Pippig Augenoptik GmbH & Co. Kg vs Hartlauer Handelsgesellschaft mbH	34
6.2. Caso Siemens AG vs VIPA Gesellschaft für Visualisierung und Prozeßautomatisierung mbH	36
6.3. Caso Lidl Snc vs Vierzon Distribution Sa	38

CAPÍTULO II

CONCORRÊNCIA DESLEAL E PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

1. Introdução	42
2. Concorrência desleal	43
2.1. Breve enquadramento	43
2.2. Definição	45
3. Evolução do instituto da concorrência desleal – referência histórica.....	46
4. Os regimes da concorrência desleal e das práticas comerciais desleais	47

4.1. As práticas comerciais desleais	51
--	----

CAPITULO III

O MODELO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL E A SUA INCIDÊNCIA NO DEBATE EM TORNO DA PUBLICIDADE COMPARATIVA

1. Breves considerações	54
2. Os atos de confusão nos consumidores e a denegrição das marcas e dos concorrentes na publicidade comparativa.....	56
2.1. Consumidor médio	56
2.2. Os atos de confusão	58
2.3. Os atos de denegrição ou descrédito	60

CAPITULO IV

REGULAÇÃO E LITIGIOSIDADE

1. A autodisciplina.....	65
2. A tutela administrativa	67
3. A litigiosidade em publicidade comparativa – denegrição e confusão: casos	69
3.1. Caso Nova Publicidade – Publicidade, Lda.	69
3.2. Caso Burger King (Toronto – Comércio Internacional, Lda.) vs McDonald's	71
3.3. Caso Sovena vs Copaz	74
3.4. Caso ARIEL vs SKYP	75
CONCLUSÕES	81
BIBLIOGRAFIA	85

GLOSSÁRIO DE SIGLAS

CACMP	Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade
CCCCI	Código Consolidado da Câmara do Comércio Internacional
CCI	Câmara do Comércio Internacional
CCICAP	Código de Conduta do Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial
CE	Comunidade Europeia
CPI	Código da Propriedade Industrial
CPub	Código da Publicidade
CRP	Constituição da República Portuguesa
DGC	Direção-Geral do Consumidor
IC	Instituto do Consumidor
ICAP	Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
JOCE	Jornal Oficial das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

INTRODUÇÃO

Há muito que a publicidade faz parte do nosso quotidiano. Assume grande importância do ponto de vista social, mas é essencialmente a nível económico que a mensagem publicitária tem maior impacto, quer para as empresas, quer para os consumidores.

A publicidade pode levar ao sucesso de uma empresa ou contribuir para o seu fracasso. Por essa razão, é a publicidade considerada pela maioria dos analistas de marketing e do ponto de vista das relações comerciais, como sendo um dos motores dos mercados, levando a que as empresas possam alcançar posições de mais-valia perante os seus investidores. E, em grande medida, a publicidade também interfere e afeta a vida dos consumidores^{1, 2}.

Quando nos referimos à publicidade³ pretendemos aludir ao veículo dinamizador que se destina a apresentar as potencialidades dos produtos através das suas características ou utilidades fundamentais, fomentando o seu reconhecimento nos mercados. Nessa perspetiva objetiva, exonerada de juízos morais sobre a bondade dos modelos económicos e dos conceitos de desenvolvimento baseados na procura, pode ser considerada uma atividade positivamente relevante na melhoria das economias.

¹ *Vd. Costa, Adalberto e Maria Paula Bramão (2003), Código da Publicidade Anotado e Comentado, Vida Económica, Lisboa., p. 19.*

² A alusão ao consumidor encontra-se nos diversos diplomas relativos quer à publicidade, quer à concorrência desleal, considerando-se que sendo ele o principal destinatário da mensagem publicitária, merece especial atenção e proteção. Em abstrato, trata-se do sujeito passivo destinatário da mensagem, e a formação da sua vontade merece a tutela da proteção da lei. Especificamente no Direito da Publicidade, a configuração do consumidor está presente, desde logo, nos princípios gerais da publicidade, no artigo 6.º, e também, no artigo 12.º do Código da Publicidade, onde, ali se contempla que “a publicidade não deve atentar contra os direitos” destes; também, no regime jurídico das práticas comerciais desleais se encontram referências ao consumidor, nomeadamente, nos artigos 5.º e 6.º, referentes às praticas comerciais desleais em geral e em especial.

³ O conceito legal de publicidade, que tem a sua previsão no art. 3.º do Código da Publicidade, estabelece que esta será qualquer forma de comunicação feita no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo da promoção do fornecimento de bens ou serviços, incluindo direitos e obrigações (art. 3.º/1), e ainda, qualquer forma de comunicação que vise a promoção de ideias, princípios, iniciativas ou instituições, sem prejuízo do disposto no número seguinte (art. 3º/2). Deste sistema exclui-se a propaganda política (n.º 3), mas incluiu-se a publicidade do Estado ou oficial (*cf.* n.ºs 4 e 5).

A publicidade é uma das ferramentas mais utilizadas para dar a conhecer produtos e serviços, bem como o modo de os diferenciar, prestando informação aos consumidores sobre as características de produtos e/ou serviços que o mercado tem para lhes oferecer. É, igualmente, uma forma de os anunciantes divulgarem a sua imagem e os seus produtos, de modo a que os destinatários da mensagem (os consumidores) possam perceber o que os distingue dos demais, reconhecendo essa imagem como única, ainda que esta venha a apresentar semelhanças com a dos seus concorrentes^{4, 5}.

O presente estudo, que se pretende que incida sobre a publicidade comparativa e a concorrência desleal, permite, a nosso ver, múltiplas abordagens. Contudo, optou-se por limitar a análise aos aspetos do regime da publicidade comparativa no quadro da lealdade da concorrência, com particular enfoque nos atos de confusão e de denegrição. Com ele, irá procurar demonstrar-se que atos de comparação podem configurar meras práticas de concorrência desleal, de descrédito ou que constituem causa de confusão nos consumidores, respondendo diferentemente os sistemas, designadamente do ponto de vista das cominações jurídicas e sociais.

Neste quadro de análise torna-se incontornável a indagação sobre a temática das interligações dos regimes da publicidade comparativa e da concorrência desleal, numa era em que as comunicações digitais e de distribuição da mensagem publicitária desconhecem fronteiras geográficas, políticas e administrativas, sujeitando os consumidores à incerteza resultante dos múltiplos e diferenciados regimes locais.

Do ponto de vista da aplicação jurídica dos regimes, importa levar o estudo ao patamar da resposta à questão de saber em que medida a utilização da publicidade comparativa pode constituir

⁴Vd. Considerando 6, da Diretiva 2006/114/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2006.

⁵A publicidade assume um papel importante, quer no domínio das atividades económicas, mas também como fomentador da economia (in José, Pedro Quartim Graça Simão (1999), *O Novo Direito da Publicidade – Código da Publicidade e Legislação Complementar*, Vislis Editora, Lisboa, pp. 31 e 32).

um meio legítimo de prestar informações e esclarecer os consumidores sem violação dos seus direitos⁶.

Pretende-se, ainda, conhecer como é que tal forma de publicitar pode levar a distorções de concorrência entre os agentes económicos; perspectiva que nos conduzirá à conclusão sobre os elementos positivos e negativos da publicidade comparativa.

Isto é, pretende-se, através de uma análise dos regimes da publicidade comparativa e da concorrência desleal, procurar perceber como é que da sua admissibilidade legal pode resultar uma afetação negativa da situação económica dos agentes a ela sujeitos. E, numa perspectiva convergente, em que medida se acionam mecanismos de defesa da concorrência quando aquela ameaça, ou põe em causa os direitos e interesses legítimos dos concorrentes e dos consumidores, ou coloca em crise os valores jurídicos e económicos da livre circulação das mercadorias e da livre prestação de serviços.

A caracterização dos elementos constantes nestes dois regimes jurídicos servirá apenas para ajudar a avaliar em que medida as campanhas publicitárias com recurso à publicidade comparativa podem configurar publicidade comparativa ilícita, analisando-a do ponto de vista da objetividade das comparações utilizadas sempre que, por ausência dessa objetividade, possam de facto originar confusão nos consumidores ou denegrição das marcas concorrentes.

Constitui, ainda, nosso objetivo analisar a problemática da tutela jurídica da concorrência desleal numa perspectiva do espaço jurídico de mercado aberto em que nos inserimos, questionando, nomeadamente, que atos de publicidade comparativa podem violar ou configurar atos de concorrência desleal – numa abordagem casuística do problema, e perspetivando respostas, através da análise, designadamente, da correlação que se verifica existir entre os dois regimes (publicidade comparativa e concorrência desleal).

⁶ Sobre este assunto, reveste grande importância, e é esclarecedora, a análise levada a cabo pela União Europeia (UE), em recente comunicação da Comissão Europeia, proferida ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, e sobre a qual nos referiremos ao longo deste trabalho (COM(2012) 702 Final, de 27.11.2012).

O interesse deste estudo pode aferir-se por diferentes critérios: pela litigiosidade gerada a propósito destas questões ou pela frequência da intervenção de instâncias de autodisciplina ou heterorregulação. Verifica-se, por exemplo, que estes dois regimes ocupam, em grande medida, as diversas situações levadas ao Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial - ICAP⁷, organização privada, que tem sido responsável pela aplicação da autodisciplina em matérias de comunicação comercial e da publicidade. O seu Júri de Ética tem sido chamado a resolver inúmeros casos de comunicações de publicidade comparativa, onde, em regra, se pretende que se veja reconhecida a existência de atos de concorrência desleal, de atos de confusão e de denegrição, entre outros. Alguns dos casos serão, de resto, objeto da nossa análise.

Sem prejuízo do entendimento que se possa ter de que estas matérias não dispensam uma abordagem sistemática, quer à publicidade, quer aos direitos de propriedade industrial, atentas as interpenetrações dos respetivos fundamentos e princípios, o papel destes aspetos da problemática no contexto e objetivos do estudo limitar-se-á ao de enquadramento, sem desenvolvimentos excessivos, evitando obnubilar ou secundarizar o alvo da investigação a que nos propusemos.

Pretende-se ainda, verificar e valorar as mudanças mais significativas no domínio da publicidade comparativa e analisar em que medida a entrada no Mercado Europeu pode ter influenciado a arquitetura normativa do direito da publicidade português.

Verifica-se, através da análise aos estudos efetuados sobre estas matérias que, em quase todos os ordenamentos jurídicos, existem fortes ligações entre a publicidade comparativa e a concorrência desleal.

O primado das regras comerciais é o da livre concorrência, o da livre circulação das mercadorias e o da livre prestação de serviços, realizando-se estas através de uma grande variedade de oferta. Para que não haja distorção da concorrência nos mercados, em especial no mercado comum em que nos inserimos, estabeleceram-se normas que permitem a coexistência desta forma

⁷ O ICAP é um organismo de natureza privada que, entre nós, trata da autodisciplina em matérias relativas à publicidade e às comunicações comerciais. Encontra-se dotado de um código de conduta próprio, e visa a promoção de linhas de orientação em matéria de ética da atividade e comunicação publicitárias. Constituindo uma referência para todas as empresas no que respeita ao padrão que é exigido de uma conduta responsável, honesta e transparente (*cf.* www.icap.pt).

de publicitar com a livre concorrência. Inicialmente a sua implementação foi apresentada com o intuito de evitar maiores prejuízos aos comerciantes, mas visou, essencialmente, que de uma forma ou de outra, a publicidade comparativa não influenciasse de forma negativa os consumidores.

CAPÍTULO I

PUBLICIDADE COMPARATIVA

1. Princípios gerais da publicidade

A publicidade faz parte da nossa vida, recebemo-la pelos mais variadíssimos meios (*outdoors*, tv, rádio, correio, internet, etc. etc.), e tal é a notoriedade e o impacto que tem no dia-a-dia de todos nós, que se tornou necessário estabelecer a sua disciplina legal. Por essa razão, encontramos a previsão da ilicitude da mensagem publicitária, no artigo 60.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP), que prescreve que são “proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta e dolosa”, sendo compreensível esta preocupação, uma vez que a publicidade pode ser, e em certa medida é, um meio de influência e de promoção ao consumo, pelo que se tornou necessário a proibição de determinadas formas mais agressivas de mensagens publicitárias.

Decorrendo deste imperativo constitucional a proibição de utilização de certas fórmulas publicitárias, o legislador ordinário incluiu no Código da Publicidade (doravante CPub)⁸, um conjunto de princípios fundamentais que se destinam a orientar e regular toda a disciplina normativa da atividade publicitária.

Tais princípios encontram consagração no Capítulo II, Secção I do referido Código, sob a epígrafe “princípios gerais”. E, desde logo, podemos encontrar na norma do artigo 6.º, um elenco dos princípios gerais destinados a orientar a publicidade em geral, e pelos quais se deve reger toda a atividade publicitária, onde se inclui, a publicidade comparativa. Neste sentido, as mensagens publicitárias estão sujeitas aos princípios gerais “da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor”⁹.

⁸ A disciplina jurídica da publicidade encontra-se codificada pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 74/93, de 10 de junho, 6/95, de 17 de janeiro, 61/97, de 25 de março, Lei n.º 31-A/98, de 14 de julho, Decretos-Lei n.ºs 275/98, de 9 de setembro (onde ocorre uma reforma profunda de todo o Código da Publicidade, nomeadamente em publicidade comparativa), 51/01, de 15 de fevereiro, 332/01, de 24 de dezembro, 81/02, de 4 de abril, Lei n.º 32/03, de 22 de agosto, e por fim Decretos-Lei n.º 224/04, de 4 de dezembro, 37/07, de 14 de agosto, 57/08, de 26 de março, Lei n.º 8/11, de 11 de abril.

⁹ *Cfr.* Artigo 6.º do CPub. Da redação desta norma observa-se que, relativamente ao que prescrevia o anterior Código (1983), foi suprimida a referência ao princípio do respeito pela “livre e leal concorrência” que vinha do Decreto-Lei n.º 303/83, de 28 de junho. Entendemos nós que, uma vez que, o respeito pela livre e leal concorrência estaria salvaguardado pelos direitos de propriedade industrial, consagrando-se a sua previsão no

Assim, em primeiro lugar, a publicidade não poderá atentar contra os princípios fundamentais previstos na Lei Fundamental, bem como, os agentes ativos da atividade publicitária deverão abster-se de lançar campanhas publicitárias que atentem, quer contra os princípios constantes da Constituição¹⁰, quer também, contra os princípios que decorrem do referido artigo 6.º do CPub.

Iremos apenas debruçar-nos sobre três dos princípios regulados pelo código, licitude, veracidade e identificabilidade, porque suscitaram a nossa atenção e, por isso, foram merecedores de alguma reflexão.

1.1. Princípio da licitude

O princípio da licitude encontra a sua disciplina no artigo 7.º do CPub¹¹, e ali se estabelece, no seu n.º 1, e dentro dos limites naquele consagrados, uma obrigação do cumprimento e do respeito pela lei. E, no n.º 2, prossegue-se com uma enumeração exemplificativa das situações que, no entender do legislador, deveriam ser merecedoras de uma protecção mais acentuada e de uma tutela específica, por poderem configurar casos de maior gravidade, ou pela recorrência com que ocorrem¹².

Código da Propriedade Industrial (CPI), foi a mesma, por isso, afastada do Código da Publicidade (vd. José, Pedro Quartin Graça Simão (1999), *O novo Direito da Publicidade – Código da Publicidade e Legislação Complementar*, Vislis Editores, Lisboa, pp.137 e ss.).

¹⁰ O artigo 60.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP) regula que “a publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecto ou dolosa”.

¹¹ O artigo 7.º, n.º 1 do CPub, estabelece que “é proibida a publicidade que, pela sua forma, objecto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados” e no seu n.º 2, prescreve: “É proibida, nomeadamente, a publicidade que: a) Se socorra, depreciativamente, de instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricas; b) Estimule ou faça apelo à 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) Encoraje comportamentos prejudiciais à protecção do ambiente; h) Tenha como objecto ideias de conteúdo sindical, político ou religioso”.

¹² Chaves, Rui Moreira (2005), *in Código da Publicidade Anotado*, Almedina, Coimbra, p. 37.

Por ilicitude, entende-se como uma contrariedade entre um facto e a lei, e, no presente caso, a norma visa, uma proibição à publicidade que venha a ofender valores, princípios ou instituições fundamentalmente consagradas na Constituição.

Pode constatar-se, do elenco de proibições constantes no n.º 2 do artigo 7.º, que foi intenção do legislador, transferir para esta norma uma regra que tem previsão no Direito Civil, visando-se proibir, em publicidade, a utilização da imagem sem a devida autorização do interessado; bem como estender a disciplina legal da proibição de utilização de depreciações a instituições, símbolos nacionais, religiosos ou que ofendam o nome de personagens históricas, nas mensagens publicitárias.

Proíbe-se, igualmente, os apelos à violência, que se atente contra a dignidade da pessoa humana, e ainda, que se utilizem discriminações de qualquer tipo, bem como, se proíbe, o recurso a linguagem obscena, ou que se atente contra o meio ambiente. E, acrescenta-se ainda, que a mensagem publicitária deverá abster-se de ter como objeto ideias de conteúdo sindical, político ou religioso¹³.

Acresce a este elenco, no n.º 3 do *supra* referido artigo 7.º, uma condicionante à utilização de idiomas estrangeiros, excetuando-se alguns estrangeirismos que, devido à sua utilização intensiva já entraram no uso corrente da linguagem portuguesa (nomeadamente: *ok, baby-sitter, cocktail, barman, snack-bar, software, croissant*). No entanto, foi opção do legislador criar uma exceção a esta utilização, a que se encontra contida no n.º 4, e que determina a possibilidade de utilização de expressões ou palavras em língua estrangeira sempre que estas se mostrem necessárias à obtenção de um determinado efeito pretendido ¹⁴.

¹³ Vd. Costa, Adalberto e Maria Paula Bramão (2003), *Código da Publicidade Anotado e Comentado*, Vida Económica, Lisboa., p. 89.

¹⁴ Do artigo 7.º, n.ºs 3 e 4 decorre que “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” (n.º 3). E continua que “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”. (n.º 4), O Júri de Ética do ICAP, chamado a analisar uma queixa relativa a uma frase presente num anúncio da Vodafone (*power to you*) considerou estar esta dentro da lei, por se poder encontrar em conformidade com a exceção do n.º 4 do referido artigo 7.º (vd. Processo n.º 28J/2009, de 09/11, consultável em www.icap.pt).

A violação desta norma tem previsibilidade sancionatória no Código da Publicidade, mais precisamente, nos artigos 30.º e 34.º, podendo ser imputado ao infrator ou infratores, responsabilidade civil e contraordenacional.

Poder-se-á, ainda observar a fiscalização levada a cabo pela autorregulação, sempre que venha a verificar-se a violação deste princípio, ocorrendo se necessário, a cessação das mensagens publicitárias¹⁵.

De entre as queixas levadas ao Júri de Ética do ICAP, e sobre este princípio da ilicitude, destacamos o caso de uma queixa apresentada por particular contra a firma Unicer, a propósito de uma campanha publicitária ao produto “Super Bock Sem Álcool”¹⁶ que, por se verificarem preenchidos os pressupostos para a existência de violação deste princípio, concretizou a sanção da cessação da mensagem publicitária difundida.

1.2. Princípio da Identificabilidade

O princípio da identificabilidade tem a sua previsão no artigo 8.º do CPub. Trata-se de uma norma onde se determina que, a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio utilizado (n.º 1), devendo, no caso da TV e da rádio, ser devidamente separada da restante programação através da introdução de separadores de princípio e de fim do espaço publicitário (n.º 2), acrescentando-se no seu n.º 3, que se deverá fazer menção, expressa, antes do separador, à “publicidade” de modo a que esta informação seja clara e totalmente perceptível para os seus destinatários.

¹⁵ Entre outras, *vd.* as queixas levadas ao Júri de Ética (JE) do ICAP, Proc. n.º 8J/2002, de 5 de setembro; e Proc. n.º 1J/2011, de 2 de fevereiro, onde se aborda a violação deste princípio e como tal, as campanhas publicitárias visadas, foram obrigadas a cessar por intervenção deste Instituto.

¹⁶ *Vd.*, entre outras, a queixa: Pessoa Singular vs. Unicer Bebidas Portugal, Proc. 42J/2007, de 06/11/2007, e ainda, pela relevância dos meios utilizados, a queixa: Pessoa Singular vs. Pingo Doce, Proc. 1J/2011, de 2/2/2011, que devido à publicidade difundida na imprensa escrita, tv e rádio, em que os principais *claims* publicitários são “No Pingo Doce o aumento do IVA é zero” ou “No Pingo Doce o aumento do IVA é zero por cento”, ou “No Pingo Doce, zero de aumento, o IVA aqui não sobe não”; foi requerida a cessação das mensagens publicitárias ali em causa, por as mesmas violarem princípios gerais da publicidade, principalmente o princípio da licitude previsto no artigo 7.º do CPub..

Este princípio destina-se, tal como o próprio nome indica, a identificar com clareza junto do seu recetor que a mensagem que se pretende difundir, bem como que, o que ele observa ou ouve, se refere a mensagem publicitária de forma inequívoca, ou seja, sempre que, numa transmissão ou numa impressão, os destinatários da mensagem não possam identificar claramente que determinada mensagem difundida reveste natureza publicitária, poderá estar-se na presença de publicidade subliminar, e esta forma de publicitar não é permitida entre nós.

No entanto, não se tem verificado a aplicação de sanções à falta dos referidos sinais identificativos, quer sonoros (no rádio) quer visuais e sonoros (na televisão), bem como, se tem verificado, com alguma frequência, a falta de indicação de que as mensagens que se seguem nos intervalos dos programas configuram um tipo de mensagem publicitária.

Replicado, no artigo 21.º do Código de Conduta do ICAP (CCICAP), este princípio, expressamente determina que a “publicidade deve ser claramente identificada como tal, seja qual for a sua forma ou o suporte utilizado; quando difundida por um suporte que contém notícias ou matéria editorial deve ser apresentada de maneira a que possa ser facilmente reconhecida como um anúncio”. Por essa razão, tem vindo este Instituto a regular as situações que lhe têm sido apresentadas relativamente à sua violação¹⁷.

1.3. Princípio da veracidade

O princípio da veracidade está presente no artigo 10.º do CPub., que no n.º 1, determina que toda a publicidade deve respeitar a verdade e não deformar os factos, e, no n.º 2, acrescenta-se, que

¹⁷ O JE do ICAP na queixa apresentada pela Unicer Águas vs. SCC-Soc. Central de Cervejas e Bebidas e Sociedade Água do Luso, no Proc. 17J/2006, de 14/06/2006, o JE, entende que, “pelo facto de a palavra “publicidade” “se achar manifestamente escondida, marginalizada num canto e desligada do texto escrito, apenas figurando junto das fotografias, e por não consistir sequer numa assinatura na sequência desse texto, ou num cabeçalho dele, tem de considerar-se que não chega para que um destinatário médio identifique o dito texto como de publicidade”. E, continua entendendo que “toda a aparência do texto vai no sentido de se assemelhar a uma peça noticiosa, contendo gráficos e considerações que não parecem de promoção, mas sim notícias objetivas. Concluindo que a publicidade em causa “viola portanto o princípio da identificabilidade, desrespeitando o disposto nos artigos 21.º do CCICAP, e 8.º e 9.º, n.º 1, do CPub” (vd. Processo n.º 17J/2006, de 14/06, consultável em www.icap.pt).

as afirmações relativas origem, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exatas, sempre que se possam comprovar, e sempre que tal se mostre necessário, recaindo sobre o anunciante o ónus de provar da veracidade do que afirma. Trata-se de um dos princípios fundamentais do direito da publicidade que se materializa no direito da concorrência e no direito à informação a prestar ao consumidor, e que respeita à verdade material da publicidade.

Traduz-se num imperativo que potencia a concorrência, uma vez que a ausência de informação, o erro sobre esta, ou sobre os produtos apresentados no mercado, poderá, conduzir a uma diminuição da concorrência entre os fornecedores de tais produtos. Tal como afirma José, Quartin Graça (1999), “a veracidade da mensagem publicitária por um lado, como tutela do direito de informação do consumidor sobre preços e outras condições de transação por outro é, igualmente, a disciplina da publicidade comparativa, constituem elementos fundamentais para o objetivo dum mercado onde se pratique a livre concorrência”¹⁸.

Sobre a aplicação deste princípio, veja-se, entre outras, a queixa que a Deco apresentou contra a Bimbo, onde, sumariamente, e segundo aquela instituição, um determinado anúncio levado a cabo pela denunciada Bimbo, “sugeriu ou poderia sugerir a ideia de que o consumo de pão daquela marca” funcionaria “como um substituto de uma refeição completa” e “desincentivava o consumo” de determinados bens alimentares que foram sendo apresentados a uma criança, de tal forma, que a mensagem publicitária transmitida continha um teor depreciativo, tendo o JE do ICAP determinado, e a nosso ver, bem, que tal publicidade cessasse imediatamente, por violação, de entre outros, do princípio da veracidade, e que havia sido apontado pela queixosa Deco¹⁹.

¹⁸ *Vd.* José, Pedro Quartin Graça Simão (1999), *ob. cit.*, p. 148.

¹⁹ *Cfr.* Queixa apresentada ao JE do ICAP, pela DECO contra a marca Bimbo, em 5/09/2002, que apreciou o Processo n.º 8J/2002, e onde se determinou, por violação dos princípios gerais da publicidade, a cessação da publicidade objeto da referida queixa, consultável em www.icap.pt.

2. Publicidade comparativa – alguns aspetos gerais

São manifestamente conhecidos os benefícios positivos da atividade publicitária no processo de desenvolvimento dos mercados, isto porque, estimulam o consumo, e, por essa via, aumentam a produção, e, embora se apresente aqui uma abordagem ao regime jurídico da publicidade, será especificamente sobre o regime da publicidade comparativa que nos iremos debruçar, atentando ao tratamento que o Código da Publicidade vigente dá a esta forma de publicitar. Pretendemos, igualmente, conjugar este regime com o regime das práticas comerciais desleais, onde se poderão inscrever os atos de confusão e denegrição ou descrédito.

Aderindo a um conceito simples para publicidade apresentado por Sanjuán, Luis Gutiérrez (2003), podemos dizer que “a publicidade é uma forma técnica de comunicação cujos objetivos serão o de alcançar um grande número de pessoas com informações sobre determinados produtos ou serviços para induzir a compra ou usar, sem intervenção direta do vendedor”²⁰.

Presentemente, a publicidade com recurso às comparações é aceitável do ponto de vista normativo, – isto é, as comparações, sempre que se destinem a comparar características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas e não sejam enganosas, são admissíveis. Contudo, da sua norma reguladora não se vislumbra uma noção concreta de publicidade comparativa, mas sim, e apenas, uma aproximação ao seu conceito.

Da norma sobressai, desde logo, que o ato de comparação é fundamental para se compreender este modo de publicitar.

Vejamos. A publicidade comparativa refere-se, em regra, a comparações entre concorrentes, ou a bens e serviços concorrentes, e pode revestir duas formas: explícita ou implícita (art. 16.º/1 do CPub). Entre nós, é autorizada desde que não seja enganosa, podendo constituir um meio legítimo de prestar informações aos consumidores relativamente às vantagens dos produtos e/ou serviços que lhe estão devidamente associadas.

²⁰ Sanjuán, Luis Gutiérrez (2003), *Publicidad Comparativa*, Tese de Doutoramento, apresentada na Universidad De Las Palmas De Gran Canaria - Departamento De Ciencias Jurídicas Básicas - Doctorado En Derecho, consultável em <http://acceda.ulpgc.es/bitstream/10553/1862/1/1417.pdf>, pp.347 e ss. (26-05-2014)

O consumidor será, numa primeira linha, o beneficiário do recurso à comparação, pois poderá, com base em informações específicas sobre os produtos ou serviços existentes, fazer as suas escolhas de uma forma mais esclarecida.

O que será, neste caso, necessário para se considerar estarmos perante a publicidade comparativa lícita?

Desde logo, será necessário que as comparações: se refiram (i) a bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos fins; (ii) a produtos com uma mesma denominação de origem; (iii) que tratem objetivamente características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, onde entre as quais se poderá incluir o preço; (iv) e, por fim, que evitem gerar confusão entre os profissionais, não denegrindo a sua imagem, não desacreditando, não imitando ou tirando partido de marcas ou designações comerciais concorrentes existentes no mesmo mercado, tal como decorre do n.º 2 do artigo 16.º do CPub²¹.

De uma leitura atenta da norma, extrai-se, então, que esta não nos faculta um conceito fechado, uma vez que o preceito apenas faz referência a uma aproximação ao conceito da publicidade. É-nos, contudo, permitido verificar em que aspeto e onde é que se podem fundar as comparações: estas terão de assentar objetivamente em “características essenciais, pertinentes, comprováveis e lealmente escolhidas de bens ou serviços”²².

²¹ Cfr. alíneas a) a h) do n.º 2, do artigo 16.º do CPub, publicado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, na versão dada pela Lei n.º 8/2011, de 11 de abril.

²² Como referido, decorre da norma do art. 16.º do CPub, apenas a visão geral para o tipo de publicidade a que esta se refere, sempre que se publicite com recurso à identificação, de forma explícita ou implícita, de concorrentes, bens ou serviços por estes oferecidos. Para uma melhor compreensão, transcrevemos este artigo, que sob a epígrafe “publicidade comparativa” rege assim:

“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

Atentemos, então como ponto de partida, no conceito legal de publicidade, tal como se encontra previsto no artigo 3.º do CPub. Entende-se, assim, por publicidade “qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de: a) promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições”^{23, 24}.

Ora, será com base nesta norma que faremos a nossa abordagem ao conceito da publicidade comparativa²⁵, tal como já o fez, Anxo Tato Plaza²⁶, e, entre nós, Adelaide Menezes Leitão, em estudo sobre as matérias em análise²⁷.

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.”

²³ Vd. Leitão, Adelaide Menezes (2005), *in Direito Industrial – Publicidade comparativa e concorrência desleal*, Vol. IV, Almedina, Coimbra, pp. 237 e ss.

²⁴ A definição dada pela norma contida no artigo 3.º corresponde ao sentido mais lato, pois não se encontram limites à mesma, quer do ponto de vista dos consumidores, quer pela natureza da atividade económica em causa, ou, ainda pelas relações de concorrência que eventualmente se estabeleçam (*in* Costa, Adalberto e Maria Paula Bramão (2003), *Código da Publicidade, Anotado e Comentado*, Vida Económica, Lisboa., p. 78)

²⁵ Para Pedro Quartim Graça (1999), que aderiu à classificação defendida por João M. Loureiro, é de entendimento que o conceito de publicidade integra quatro elementos: estrutura (“qualquer forma de comunicação”), objeto (“atividade comercial, industrial, arsenal ou liberal”), sujeito (“feita por entidades de natureza pública ou privada”) e finalidade (“com o objetivo direto ou indireto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços”) (*vd. ob. cit.*, p. 49).

²⁶ Para este autor, poderá chegar-se ao conceito de publicidade comparativa, através da sua aproximação ao conceito de publicidade, para ele, considera-se que a publicidade comparativa, não é mais do que uma espécie de um género mais amplo de publicidade. (*Vd.* Plaza, Anxo Tato (1996), *Publicidad Comparativa*, Marcial Pons, Madrid, pp.18 e 19).

²⁷ Para melhor compreensão, confrontar no mesmo sentido, a fórmula utilizada por Adelaide Menezes Leitão (2005) em artigo da sua autoria, onde vem, igualmente, defender que a norma do artigo 16.º não dá uma

Assim, importa neste momento referir que, para estes dois autores, terá de se estar perante uma comunicação cujo objeto se desenvolve no âmbito de uma atividade, comercial, industrial, artesanal ou liberal, cuja finalidade será a da promoção de ideias, princípios, iniciativas ou instituições, para se poder concluir que será a existência da atividade, de produtos ou de serviços, que estará diretamente relacionada com a atividade publicitária, e que esta só fará sentido, quando o efeito produzido for o de se poder apresentar as vantagens dos produtos e/ou serviços, quando postos em comparação com os de outros concorrentes²⁸.

Torna-se, assim, por demais evidente que, sempre que se esteja perante a comercialização ou alienação de bens ou serviços de forma direta ou indireta, a mensagem veiculada através da publicidade será levada a cabo pela promoção de ideias, princípios, iniciativas ou instituições, com a finalidade desses produtos ou serviços da empresa anunciante serem adquiridos pelos consumidores.

Partiremos, também nós, da formulação jurídica do conceito de publicidade, tal como vem contido na norma do artigo 3.º do CPub, para, por aproximação, chegarmos ao conceito de publicidade comparativa²⁹. Assim sendo, teremos de estar perante formas de comunicação, realizadas no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, e será através da publicitação dos bens, serviços, obrigações ou direitos, que recairá o objeto da comparação, com o objetivo de, quando os produtos e/ou serviços sejam postos em confronto com os dos demais concorrentes presentes no mercado, se possa prestar um melhor esclarecimento dos consumidores.

Atentando mais detidamente, no que prescreve o artigo 16.º do CPub, percebe-se que, do espírito da norma, a intenção do legislador foi colocar-nos, não perante um conceito para a publicidade comparativa, mas sim conduzir à sua caracterização; ou seja, perante um anúncio ou

definição do conceito de publicidade comparativa, e que o seu significado só poderá surgir recorrendo ao que vem estatuído para o conceito de publicidade, previsto no artigo 3.º do Código da Publicidade (vd. o estudo sobre *Publicidade Comparativa e Concorrência Desleal*, proferido na conferência do 4.º Curso de Pós-Graduação em Direito Industrial da APDI, in *Direito Industrial*, Vol. IV, Almedina, Coimbra, p. 237 e ss).

²⁸ Vd. José, Pedro Quartin Graça Simão (1999), *ob. cit. loc. cit.*.

²⁹ Como já indicado (vd. nota 26) também, no direito espanhol, a publicidade comparativa não tem igualmente uma clarificação para o seu conceito (Plaza, Anxo Tato (1999), *ob. cit.*, p.17).

num *spot* publicitário, como se poderá descortinar haver recurso a publicidade comparativa? A resposta terá de ser que, a comparação necessitará de preencher conjuntamente todos os requisitos constantes do n.º 2 do referido artigo 16.º do CPub, para se considerar estar perante um anúncio publicitário comparativo (estes requisitos serão, pois, cumulativos para que resulte do ato de comparação a licitude).

Este conceito abarca realidades controversas e distintas, como adiante melhor observaremos, isto porque, perante uma comparação, seja ela explícita ou implícita, poderá revestir-se de alguma complexidade apreciar da sua licitude, uma vez que a norma da publicidade comparativa só nos dá uma aproximação ao tipo de comparação que pode ser utilizado, ou aos seus elementos caracterizadores.

De uma análise mais atenta à norma, constata-se a presença de dois elementos. Por um lado, a referência feita aos produtos ou serviços que são próprios da empresa anunciante e, por outro, a menção aos produtos ou serviços das empresas suas concorrentes³⁰. Neste caso, estamos perante uma associação conjunta dos bens e serviços próprios da empresa anunciante aos de terceiros, seus concorrentes, com o objetivo principal de se estabelecer uma comparação entre eles, comparação essa que deverá, de uma forma direta ou indireta, apresentar as vantagens que os seus produtos ou serviços têm perante os dos seus concorrentes³¹.

Refira-se, a título de exemplo, que nas comparações se recorrem, em regra, a expressões que terão como propósito aumentar ou diminuir as possibilidades de identificação dos produtos concorrentes, nomeadamente, o recurso ao uso do grau superlativo ou comparativo que, em regra, se poderá contrapor ao verbo na forma negativa, nomeadamente os que se podem referir a preços, a regiões ou, ainda, à conjugação de uma crítica com um aviso, e dos quais apresentamos aqui alguns exemplos como: “os nossos hambúrgueres têm a melhor carne”, ou “vou demonstrar-lhe que Ariel é imbatível contra as nódoas: vs marca líder de detergentes”³².

³⁰ Leitão, Adelaide Menezes, *ob. cit, loc. cit.*

³¹ Vd. Fernández-Novoa, Carlos (1989), *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Santiago, p.205-206.

³² Os exemplos utilizados são retirados de campanhas recentes e, por aproximação aos exemplos utilizados pela autora no seu estudo, com o intuito de demonstrar uma exemplificação dos níveis de comparações que atualmente poderão ser utilizadas, *vd. Leitão, Adelaide Menezes, ob. cit, loc. cit.*

Ou seja, as empresas que recorrem a esta forma de publicitar tendem a dar maior destaque ao que se poderá pôr em evidência nos seus produtos: nomeadamente os seus preços, ou as suas qualidades. Como bem refere João Loureiro, que avança com um conceito para publicidade comparativa, esta será, toda aquela que assente em “comparação estabelecida (...) entre certos produtos ou serviços, ou entre produtos ou serviços do anunciado com outros indeterminados”³³.

Em síntese, no que respeita à opção do legislador, podemos tirar a conclusão, de 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 do anunciante.

3. História da publicidade comparativa em Portugal – o regime anterior e posterior à Diretiva 97/55/CE

A publicidade comparativa nem sempre foi consentida sem grandes restrições³⁴, – tendo sido até muito limitada em alguns países, nomeadamente em Portugal, nomeadamente, sempre que não se apoiasse em elementos essenciais –, e só se poderá fazer o percurso histórico da publicidade comparativa a partir da análise deste regime por recurso à diversa legislação de regulação destinada à atividade publicitária³⁵.

³³ Cfr. Loureiro, João (1981), in *Direito da Publicidade*, Ed. Casa Viva, Lisboa, p. 66.

³⁴ Nos dias de hoje, o que se verifica entre nós, no que respeita à publicidade comparativa, é de que esta é mais permissiva e generalizada que no passado, desde que as comparações a que se recorra sejam verdadeiras e, de alguma forma não distorçam a concorrência. Em Portugal, a publicidade comparativa é ainda muito pouco utilizada, se bem que, no contexto de crise em que vivemos, se passou a assistir a uma guerra nos preços, essencialmente entre as empresas comercializadoras de produtos de primeira necessidade, os vulgares supermercados ou hipermercados, que se confrontam publicitariamente relativamente aos preços mais baixos praticados, conforme bem retrata a Revista Visão, neste artigo consultável em <http://visao.sapo.pt/supermercados-em-guerra=f523088> (09/02/2014).

³⁵ Podemos referir que nos estudos levados a cabo pela nossa doutrina, se constata que a atividade publicitária teve o seu início por volta do século XIX, por aproximação ao ano de 1868, quando surgem as primeiras empresas encarregues da angariação publicitária. Sobre esta matéria, cfr. José, Pedro Martin Graça Simão

Considerando, assim, os regimes legislativos que ocorreram entre nós, verifica-se a existência de um primeiro diploma relativo à publicidade e à atividade publicitária que remonta aos anos 80. Com a publicação do Decreto-Lei n.º 421/80, de 30 de setembro³⁶, surge regulação especificamente dirigida à atividade publicitária.

Com esta lei, visou-se colmatar lacunas existentes no ordenamento jurídico português no que respeitava a normas dirigidas à disciplina de toda a atividade publicitária³⁷. O legislador português foi buscar a sua inspiração aos ensinamentos decorrentes da legislação reguladora para a atividade publicitária que, ao tempo, emanava de alguns países da Europa (nomeadamente, Reino Unido, Irlanda, Itália e Espanha, França³⁸) e do Sul da América (em especial, do Brasil³⁹). Nestes países a

(1999), in *O Novo Direito da Publicidade – Código da Publicidade e Legislação Complementar*, Vislis, Lisboa, p. 32.

³⁶ A necessidade de regulação específica dirigida ao setor publicitário português, decorre de um maior desenvolvimento do setor em Portugal, tendo surgido a necessidade de se juntar num único diploma as regras mais importantes que respeitavam à publicidade, em boa medida, devido às manifestações apresentadas pelos parceiros da atividade e que foram acolhidas pelos responsáveis governamentais (*cf.* José, Pedro Quartin Graça Simão (1999), *ob. cit.*, p.45).

³⁷ Ao tempo, constatava-se a existência de uma grave lacuna no nosso ordenamento jurídico relativa a normas disciplinadoras da atividade publicitária (*Cfr.* o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 421/80, de 30 de setembro).

³⁸ No que respeita à Europa, verificava-se, nomeadamente, que, em França, somente a partir de 1992, a publicidade comparativa deixou de ser proibida; no Reino Unido, o uso das comparações era possível, exigindo-se, contudo, que a sua veracidade não levasse ao erro; na Irlanda, a publicidade comparativa era lícita desde que não fosse falsa ou enganosa; em Itália, verificava-se que, apesar de a lei referente a publicidade enganosa não regular expressamente esta forma publicitária, a jurisprudência proibia a sua utilização; em Espanha, a publicidade comparativa era proibida, tendo somente em 1988 sido levantada esta proibição (*vd.* Martínez, Teodoro Luque e Salvador del Barrio García (2001) *In* Estudios sobre consumo (ISSN 0212-9469, Nº 56, 2001, pags. 27-40), consultável em http://www.researchgate.net/publication/28244061_La_publicidad_comparativa_y_sus_potencia-les_beneficios_sobre_la_informacion_del_consumidor_un_estudio_empirico (2013-11-09)).

³⁹ No Brasil, sempre que a publicidade comparativa tomasse a forma “explícita”, a regra seria a de a considerar ilícita, salvo no que respeitava à menção dos preços. Contudo, devido à sua proximidade aos Estados Unidos, que iniciaram o uso desta forma publicitária nos anos 60, deu-se a influência do recurso a esta forma de publicitar no Brasil. Estamos em crer, assim, que a influência no ordenamento jurídico português, terá sido proporcionada pela publicidade comparativa dos Estados Unidos, mais do que propriamente decorrente da publicidade comparativa existente no Brasil, onde a situação relativa à utilização de comparações só foi tornada lícita em, aproximadamente, 1997. A publicidade comparativa no Brasil, resulta, assim, dos movimentos ocorridos na América do Norte. (*Cfr.* Durigan, P.L (2007) *Publicidade comparativa: informação persuasiva e*

publicidade comparativa tinha alguns constrangimentos, e embora consentida nuns, com limitações, era pura e simplesmente proibida noutros.

No diploma em análise, verifica-se, desde logo, que o legislador visou consagrar, além de outras normas referentes à atividade publicitária, uma norma especificamente dirigida à regulação da publicidade comparativa, e de onde se poderá retirar que, a atividade publicitária poderia lançar mão desta forma de publicitar, de forma consentida, sempre que preenchesse os requisitos que ali se estipulavam.

Assim, do conteúdo do artigo 18.º do já citado decreto-lei, que se referia à publicidade comparativa, verifica-se que seria possível recorrer às comparações sempre que se vissem preenchidas determinadas premissas, nomeadamente: (i) serem objetiva; (ii) terem por escopo principal o esclarecimento e a defesa do consumidor, não exagerando nas comparações, ou tornando estas irrealistas; (iii) não estabelecessem confusões; (iv) não dessem lugar a concorrência desleal ou denegrição do produto comparado; e finalmente (v) não se fizesse utilização de produtos com níveis e custos diferentes ou de épocas distintas.

Da formulação desta norma, resultavam dois requisitos negativos e quatro positivos relativos à licitude da publicidade comparativa⁴⁰. Assim, como requisitos negativos, inferia-se que a comparação deveria ser: (i) rigorosamente objetiva, e (ii) ter por escopo principal o esclarecimento ou a defesa do consumidor; e no que respeita aos seus requisitos positivos, haveria que considerar-se que, as comparações não poderiam (a) induzir em erro no que respeita ao valor do produto, através de exageros ou irrealidades publicitárias relativas aos concorrentes, (b) nem estabelecer confusão entre as marcas e os produtos dos concorrentes, (c) nem configurar concorrência desleal ou denegrição dos produtos em comparação, ou ainda (d) recorrer-se a produtos de níveis e custos diferentes ou de épocas distintas.

concorrência. Curitiba, Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdades Integradas Curitiba. Disponível em <http://www.apriori.com.br/artigos/publicidadecomparativa.pdf>, pp. 95 e ss).

⁴⁰ Neste sentido *vd.* Pereira, Alexandre Dias, *Publicidade Comparativa e Práticas Comerciais Desleais*, *Estudos de Direito do Consumidor*, Separata, FDUC, Centro de Direito de Consumo, p. 348.

Verificamos, assim, que em Portugal, àquele tempo, seria possível na atividade publicitária, recorrer-se à publicidade comparativa, e o que se pretendia, contudo e em tese, nesta modalidade de mensagem publicitária, era defender os direitos do consumidor, mas também, criar-se um mecanismo de proteção da lealdade na concorrência. Somente, mais tarde, passou também, a atender-se à defesa dos produtores, das marcas e dos produtos.

Este diploma legal veio sofrer as suas primeiras alterações aquando da publicação do Decreto-Lei n.º 303/83, de 28 de junho. E, como refere Pedro Quartin Graça⁴¹, com este diploma já se estaria em presença de um verdadeiro codificação da publicidade, apesar de podermos constatar que, nem o seu título foi alterado, e que a opção do legislador foi a de manter no preâmbulo a referência de que este diploma se destinava a estabelecer normas relativas à atividade publicitária.

Ainda que se tenha verificado que, no geral, o artigo 18.º do *supra* citado diploma, relativo à publicidade comparativa, tenha sofrido uma reformulação distinta da anteriormente já por nós analisada, este manteve, na sua essência, a previsão de, na atividade publicitária, se poder recorrer à publicidade comparativa.

Neste diploma reformulado, podemos, contudo, observar algumas alterações com significado, nomeadamente, o recurso à sistematização das normas, com um enquadramento para a norma do artigo 18.º (“Publicidade Comparativa”) em secção do código sob a epígrafe “restrições”; ou seja, verifica-se que a regulamentação da publicidade comparativa passou a ter um âmbito mais restrito.

A norma perde da sua essência, os seus requisitos positivos, deixando de nela constar a expressão “é autorizada” (sublinhado nosso) para se passar a estabelecer que, “a publicidade que se socorra de comparações, explícitas ou implícitas, deverá abster-se de: a) induzir o consumidor em erro quanto à qualidade e preço do bem publicitado; b) utilizar expressões ou imagens denegridoras dos produtos comparados; c) fazer uso de mensagem cujo uso, não sendo suscetível de comprovação possa influenciar, pelo seu tom hiperbólico ou superlativo, a escolha do público; d)

⁴¹ Refira-se que este autor, entende que apesar de o diploma legal (Decreto-Lei n.º 303/83, de 28 de junho) não ter merecido a designação de “código da publicidade”, “devido às transformações operadas na sociedade portuguesa, o legislador aprovou e fez publicar um novo texto legal que redefiniu o primeiro Código da Publicidade” (José, Pedro Quartin Graça Simão (1999) *ob. cit. loc. cit.*)

estabelecer confusão entre marcas, produtos, serviços ou entidades concorrentes”; e por fim, “e) incorrer, de um modo geral, em práticas de concorrência desleal” (sublinhado nosso).

Em suma, a norma que visava regular o uso da publicidade comparativa passou a ter um âmbito mais limitativo do ponto de vista da sua utilização, pois sempre que a publicidade se socorresse de comparações, estas teriam, apenas, uma aceitação moderada, em prol e em defesa de direitos dirigidos aos consumidores.

Mantendo-nos, ainda, na linha evolutiva do regime jurídico da publicidade comparativa, chegamos às normas introduzidas no nosso ordenamento jurídico pelo Código da Publicidade, publicado em 1990 (Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro) ⁴².

Neste diploma legal, o legislador pretendeu, no essencial, apresentar uma redefinição dos princípios legais orientadores para toda a atividade publicitária, sem no entanto interferir na publicidade, considerando que não seria possível deixar de se “prever e considerar a definição de regras mínimas”. Bem como, pretendeu ainda, conciliar os direitos dos consumidores com a atividade publicitária⁴³. Dá-se, assim, o surgimento de um regime jurídico para a publicidade, onde se inclui a publicidade comparativa que, em bom rigor, não existia anteriormente.

Com este normativo legal, surge a codificação e sistematização das normas relativas à publicidade e reformula-se o panorama legislativo ao nível desta⁴⁴.

Assim, no que respeita à publicidade comparativa, o legislador previu (no artigo 16.º) que as comparações não seriam permitidas, sempre que não se apoiassem “em características essenciais, afins e objetivamente demonstráveis dos bens ou serviços ou que os contraponha com outros não similares ou desconhecidos”. Desde logo, e fazendo-se uma interpretação *a contrario*, poderá retirar-se, que o que o legislador pretendeu ali consagrar foi a admissibilidade ao recurso da publicidade

⁴² Encontramo-nos perante a codificação das normas relativas à publicidade, através da publicação do Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, e com este Código visou consagrar-se, agora sim, um código para a atividade publicitária, propriamente dita, regulando-se também a publicidade comparativa.

⁴³ *Cfr.* o preâmbulo do Decreto-lei n.º 330/90, de 23 de outubro.

⁴⁴ *Vd.* a propósito, José, Pedro Quartim Graça Simão (1999), *ob. cit.*, p. 45 e ss.

comparativa, desde que o ato de comparação tivesse o seu apoio em características essenciais e objetivamente demonstráveis⁴⁵.

Retira-se assim, da leitura do referido artigo 16.º, que a tónica foi colocada na veracidade da comparação, e não na licitude da publicidade comparativa.

Em Portugal, como já referimos anteriormente, o recurso às comparações na publicidade tiveram um primeiro tratamento na legislação relativa à publicidade, nomeadamente, no diploma de 1983, contudo, viemos a constatar que, somente após a publicação do atual Código da Publicidade, na sua versão de 1990, é que se passou a observar particularmente esta forma de publicitar, com significativos resultados para a publicidade em geral.

E, tal ocorreu principalmente, com a publicação do Decreto-Lei n.º 275/98, de 9 de setembro, que veio republicar o Código da Publicidade. Neste diploma legal deu-se uma nova redação ao artigo 16.º, *maxime* pelas alterações introduzidas pela Diretiva 97/55/CE, do Parlamento e do Conselho, de 6 de outubro, que visou alterar a Diretiva 84/450/CEE, diretiva esta que se destinava a regular a publicidade enganosa, e que passou a regular igualmente a publicidade comparativa⁴⁶. Com este diploma, a publicidade comparativa passou entre nós, a ser consentida, com as limitações que chegam aos nossos dias.

Tais significativas alterações decorreram em primeiro lugar, e em grande medida, da necessidade de se conferir uniformização dos procedimentos a serem adotados por cada Estado Membro, em matéria de publicidade, e também, do interesse e defesa dos direitos dos consumidores, isto porque verificava-se existirem discrepâncias legais entre os regimes referentes a estas matérias em cada Estado.

Neste sentido, a UE procedeu à regulação, através da diretiva, de um padrão comum de regras e procedimentos a serem adotados em cada Estado, quanto ao tipo de publicidade que,

⁴⁵ Veja-se, a este título, por exemplo, o entendimento de José, Pedro Quartin Graça Simão (1995), no seu *A Publicidade e a Lei*, Veja Universidade, p. 59 e ss.

⁴⁶ A Diretiva 84/450/CEE do Conselho Europeu, de 10 de setembro de 1984, visava regular a aproximação de disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros em matéria de publicidade enganosa.

individualmente se veiculava no ordenamento jurídico de cada um. Tal necessidade decorreu da abolição das fronteiras comerciais e económicas que deram lugar ao mercado comum.

Faz-se aqui apenas notar, que a necessidade de previsão destas alterações já vinha sendo preconizada, desde logo, na primitiva Diretiva 84/450/CEE, que se destinava a regular somente a publicidade enganosa⁴⁷.

Esta Diretiva teve como objetivo primeiro, a proteção e informação do consumidor relativamente a determinadas campanhas publicitárias que pudessem levar a distorções da concorrência no espaço comum. Comumente considerava-se que a publicidade afetava a situação económica das empresas, mas também a dos consumidores, e que estes, encontrando-se indevidamente informados, poderiam ser levados a adquirir produtos, bens ou serviços que, por expostos de forma enganosa, poderiam causar em última instância, prejuízos.

Mas voltando ao regime jurídico português, com transposição da Diretiva 97/55/CE⁴⁸, a atual formulação para o artigo 16.º do CPub (vd. Decreto-lei n.º 275/98), no geral, limitou-se a corresponder, *ipsis verbis*, à redação dada pelo artigo 3.ºA da referida Diretiva, que para melhor compreensão e enquadramento, a seguir, se transcreve:

“Artigo 3ºA

1. A publicidade comparativa é autorizada, no que se refere exclusivamente à comparação, quando se reúnam as seguintes condições:

- a) Não ser enganosa nos termos do nº 2 do artigo 2º, do artigo 3º e do nº 1 do artigo 7º;
- b) Comparar bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objectivos;
- c) Comparar objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço;
- d) Não gerar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente ou entre as marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e do concorrente;

⁴⁷ A Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, tinha objetivamente previsto, no seu considerando 6, que “numa segunda fase” trataria “da publicidade desleal bem com, em caso de necessidade, da publicidade comparativa (...)”.

⁴⁸ A Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997, destinou-se a produzir significativas alterações à Diretiva 84/450/CEE, que era relativa à publicidade enganosa, para que se passasse também a incluir regras relativas à publicidade comparativa.

- e) Não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente;
- f) Referir-se, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação;
- g) Não retirar 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 apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.

2. Qualquer comparação que faça referência a uma oferta especial deve indicar de forma clara e inequívoca o seu termo ou, se necessário, que essa oferta especial depende da disponibilidade dos produtos ou serviços; quando a oferta especial ainda não se tenha iniciado, a data de início do período durante o qual é aplicável o preço especial ou qualquer outra condição específica deve também ser indicada.”

Foi através desta norma que, no nosso ordenamento jurídico, se constituiu a previsibilidade para a licitude da publicidade comparativa, onde se visou, igualmente, regular alguns dos aspetos da concorrência⁴⁹.

Importa, igualmente, neste momento, referir que o nosso legislador não cuidou de escolher outra, que não a formulação do artigo 3.ºA da Diretiva 97/55/CE, para a decalcar no artigo 16.º do CPub, apenas se tendo limitado a introduzir ligeiras adaptações à realidade portuguesa, que visaram, no essencial, conferir ampla licitude à publicidade comparativa.

A Diretiva que esteve subjacente a estas alterações ao Código da Publicidade teve como objetivo primordial, a harmonização das normas relativas a esta forma de publicitar em todos os Estados Membros, sendo que não nos dispensaremos de, no momento próprio deste nosso estudo, fazer a devida abordagem a estas duas diretivas para assim se perceber o seu verdadeiro sentido e alcance no nosso ordenamento jurídico.

⁴⁹ Leitão, Adelaide Menezes, *ob.cit.*, *loc. cit.*

A concretização na norma legal que conferiu licitude à publicidade comparativa teve, assim, como fio condutor as orientações comunitárias que tiveram por objeto a promoção do direito à informação como um dos direitos fundamentais do consumidor⁵⁰.

Tratou-se, pois, de uma medida que se tornou necessária para a realização do mercado interno, em grande parte derivado do aumento exponencial da variedade da oferta e da relevância da publicidade, enquanto meio de vital importância para os consumidores, bem como, tendo em vista o objetivo de criar oportunidades reais de mercado para todos os bens e serviços, e para todos os operadores.

Far-se-á, de seguida, um exame ao regime legal da publicidade comparativa existente em Portugal, não nos dispensando de também apresentar uma brevíssima análise às determinações da UE.

4. A estrutura normativa da publicidade comparativa no Código da Publicidade português

No que respeita ao direito aplicável temos como fontes reguladoras da atividade publicitária, as que se podem encontrar no Código da Publicidade, e às quais são subsidiariamente aplicáveis, igualmente, as normas do direito civil e de direito comercial, aplicando-se estas, por extensão, às normas relativas à publicidade comparativa.

Dentro do regime da publicidade, como já referimos, a publicidade comparativa tem tratamento específico no Código, e é aceitável do ponto de vista normativo, já que a norma do artigo 16.º do CPub, que visa permitir a publicidade comparativa, determina que, como analisado anteriormente, será possível o recurso às comparações nesta forma de publicitar para produtos e/ou serviços, desde que estas se destinem a comparar características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas, que não seja enganosa, e que não deverá distorcer os atos de concorrência.

⁵⁰ *Vd.* A Resolução do Conselho, de 14 de abril de 1975, referente a um programa preliminar da CEE para as políticas de proteção e informação do consumidor (alínea d) do ponto 3, do anexo D) – e Resolução do Conselho, de 19 de maio de 1981, relativa a um segundo programa preliminar da CEE para uma política de proteção e informação do consumidor – Anexo, Ponto 40.

Mas, para podermos determinar as implicações da utilização desta forma de comunicação comercial, temos de proceder a uma análise dos pressupostos da norma e das suas implicações legais.

Tal como já afirmamos, a estrutura normativa do artigo 16.º do CPub foi decalcada do artigo 3.ºA da Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997, que alterou a Diretiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para passar a incluir, também, a publicidade comparativa e, uma vez que foram já abordados os seus aspetos gerais, agora iremos deter-nos pelos seus aspetos particulares.

No Código da Publicidade, a referida norma, relativa à publicidade comparativa, encontra-se inserida na secção II do capítulo que visa regular o regime geral da publicidade, sob a epígrafe “restrições ao conteúdo da publicidade”. Temos em presença, uma norma de modelo descritivo, e que se encontra dividida por cinco números.

No seu número 1, o legislador faz uma descrição das formas de identificação da publicidade comparativa: ali se estipulando que as comparações poderão ocorrer de forma explícita ou implícita, e que se devem fazer sempre por referência a um concorrente, ou a bens ou serviços oferecidos por um concorrente⁵¹.

Esta formulação para a publicidade comparativa não é isenta de críticas, como defende Lema Devesa (1991)⁵², nomeadamente, porque considera que a publicidade comparativa não será somente aquela que identifica explícita ou implicitamente os bens ou produtos relativos a bens ou produtos de um seu concorrente, pois, entende, que neste modelo de publicidade também poderá ser colocado em destaque as vantagens dos produtos ou bens anunciados sobre os de um seu concorrente^{53, 54}.

⁵¹ Conforme prescreve o artigo 16.º, nº 1 do Código da Publicidade (Decreto-Lei n.º 330/90, de 3 de outubro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 332/2001, de 24 de dezembro.

⁵² *Vd.* Devesa, Carlos Lema (1991), *La publicidad desleal, modalidad y problemas*, R.G.D., n.º 562-563, p. 6138.

⁵³ Devesa, Carlos Lema, *ob. cit., loc. cit.*

⁵⁴ Também para José de Oliveira Ascensão (2002), no seu *Concorrência Desleal*, se entende que a publicidade comparativa tende a favorecer as empresas com maiores recursos no mercado, nomeadamente por estas poderem afetar mais meios financeiros ao fim a que destinam esta forma de publicitar, não considerando que seja nítido o argumento principal de que será o consumidor que sairá beneficiado com o recurso às comparações em publicidade. (*vd.* Ascensão, J. Oliveira (2002), *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, pp.490).

Assim, sempre que a publicidade comparativa seja consentida, qualquer que venha a ser o suporte em que assente para a difusão da mensagem, e no que respeita à comparação em concreto, deverá ser feita em respeito ao conjunto das enumerações contidas no n.º 2 (art. 16.º), devendo ter-se em consideração a sua aplicação cumulativa.

E essas condições cumulativas, as do n.º 2 do art. 16.º, estabelecem que a mensagem publicitária: (a) não deverá ser enganosa, atenta a previsão do artigo 11.º⁵⁵; (b) que os bens ou serviços comparáveis devem responder às mesmas necessidades ou deverão ter os mesmos objetivos; (c) deverá comparar objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, onde se poderá vir a incluir o preço; (d) não deverá gerar 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 deverá desacreditar nem depreciar as marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou ainda, a situação de um seu concorrente; (f) não deverá referir-se 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 uma imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.

Prevê-se, igualmente, o impedimento de a publicidade comparativa poder ser utilizada como uma forma anti-concorrencial e desleal, uma vez que só serão devidamente autorizadas as comparações feitas entre bens e serviços de natureza idêntica.

Refere-se ainda que, as comparações que se façam por referência a ofertas especiais, estas deverão, de forma clara e inequívoca, conter a indicação do seu termo ou, se for o caso, indicar que tal oferta especial está dependente da disponibilidade dos produtos ou dos serviços.

⁵⁵ O art. 11.º do CPub reporta-se à publicidade enganosa, e será por via desta norma que ocorre a defesa dos consumidores, mas também a proteção dos concorrentes, revelando-se assim que uma vez que a lei, pretendendo proteger de forma expressa ou implícita os consumidores, estará igualmente a assumir uma real proteção dos concorrentes. (Vd. Ascensão, José de Oliveira (2002), *in Concorrência Desleal*, p. 359).

No que respeita ao número 3, retira-se que poderá esta constituir uma exceção à última parte do número 2, ou seja, não bastará que se verifique uma alusão a outra marca, bem ou serviço para se estabelecer a existência de uma comparação de natureza publicitária sempre e quando se esteja perante ofertas especiais.

De assinalar que do artigo 16.º do CPub decorre que a publicidade comparativa será permitida, mas somente na medida em que se observem os limites por ela impostos. Visa-se separar o lícito das práticas condenáveis, tanto nos aspetos objetivos, como na análise da ética publicitária, sempre com o objetivo de se publicitar através de mensagens honestas, verdadeiras e de acordo com a legislação vigente, com o intuito de se salvaguardar, a responsabilidade social em obediência à leal concorrência.

Salienta-se, ainda, que a publicidade comparativa ilícita não é considerada crime, motivo pelo qual o legislador consagrou no código, um regime geral contraordenacional relativo à violação de qualquer das normas do diploma, prevendo-se a cominação da publicidade comparativa ilícita através da aplicação de coimas, conforme artigos 34.º e 36.º CPub.

Neste espaço, torna-se claro que, para olharmos para a publicidade comparativa como um método válido de divulgação de produtos e serviços, não perdendo de vista os interesses dos consumidores e dos concorrentes, haverá que ter, também em consideração as normas da concorrência desleal. Não sendo indispensável, mas necessário, ter em conta o estigma social e cultural que, por vezes, dificulta o reconhecimento desta forma de publicitar como ilícita pois, sempre que se pretendem comparar marcas e serviços, os diferentes regimes (publicidade comparativa e concorrência desleal) podem impedir a sua livre abordagem⁵⁶.

5. A publicidade comparativa até a Diretiva 2006/114/CE

A regulação em matéria de publicidade pelo direito comunitário foi, desde logo, realizada no Tratado da Comunidade Europeia (TCE), em boa verdade, devido à instauração do mercado único que viria, invariavelmente, a alterar as fronteiras, quer as geográficas, as políticas e, também, as administrativas.

⁵⁶ José, Pedro Quartim Graça Simão (1995), *A Publicidade e a Lei*, Vega, Universidade, 1.ª Edição, pp.59.

Assim, a regulamentação operada pela CE, relativa à publicidade, decorreu, designadamente, de uma necessidade de se criarem regras gerais e comuns a todos os Estados Membros, com um único intuito, preservar uma livre e sã concorrência.

A harmonização do regime da publicidade comparativa teria, como propósito, contribuir para que, objetivamente, os produtos, quando colocados numa perspetiva de comparabilidade, acrescentassem inúmeras vantagens a estes, nomeadamente, as de estímulo da concorrência entre fornecedores de bens e serviços, no interesse dos consumidores, bem como, prestar-lhes melhor informação em face das opções existentes no mercado.

Além do mais, era essencial que o consumidor não viesse a ser prejudicado ou induzido em erro ou engano que o levasse a efetuar as suas escolhas, com base em mensagens duvidosas, ilícitas ou enganosas. Ou, ainda, que tais mensagens pudessem vir a ser denegridoras da imagem das muitas marcas que se encontram em concorrência nos mercados dos vários Estados.

As grandes alterações ocorridas na Europa, no âmbito do regime jurídico da publicidade em geral, e em particular no regime da publicidade comparativa, decorreram assim, dessa necessidade de regulação que assegurasse um bom funcionamento dos mercados internos⁵⁷.

Isto porque, o regime da publicidade comparativa, em alguns Estados Membros, apresentava-se com variações antagónicas, nuns esta era totalmente proibida e, noutros, era permitida com determinadas restrições⁵⁸. Neste contexto, a criação do mercado único obrigava a que se deveria ter em consideração que a publicidade em geral, e eventualmente a publicidade comparativa em

⁵⁷ Cfr. a Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de outubro de 1997 que altera a Diretiva 84/450/CEE relativa à publicidade para incluir a publicidade comparativa, codificada pela Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2006 relativa à publicidade enganosa e comparativa.

⁵⁸ Conforme bem retratam Garcia, Salvador del Barrio e Teodoro Luque Martinez (2001), no estudo que levaram a cabo sobre a publicidade comparativa e os potenciais benefícios de informação ao consumidor, apresentando uma síntese da situação jurídica em 15 dos países da EU, antes da Diretiva 97/55/CE, no que se refere à publicidade comparativa, podendo neste quadro, verificar-se que em 9, dos 15 países em análise, o recurso à publicidade comparativa era lícito, quase sempre com restrições, e nos restantes era proibida de todo. *In* Estudios sobre consumo (ISSN 0212-9469, Nº 56, 2001, pags. 27-40), consultável em http://www.researchgate.net/publication/28244061_La_publicidad_comparativa_y_sus_potenciales_beneficios_Sobre_la_informacin_del_consumidor_un_estudio_emprico (2013-11-09).

particular, sempre que fosse considerada ilícita, poderia originar distorções de concorrência no mercado interno⁵⁹.

Numa primeira fase, a Diretiva publicada em 1984 apenas visava regular a publicidade enganosa, em prol da defesa dos direitos da leal concorrência e dos direitos dos consumidores⁶⁰. Verificando-se que, eventualmente, numa segunda fase, haveria necessidade de se regular a harmonização das disposições relativas à publicidade desleal, e, em caso de necessidade, também se trataria de incluir a publicidade comparativa⁶¹; isto porque se entendia que se deveria ter em consideração que, qualquer um destes regimes, existindo num mercado livre e aberto, após a constituição da Comunidade Europeia, tornava necessário a fixação de critérios mínimos e objetivos, de modo a que o combate à utilização das comparações pudesse ser adequado e eficaz.

Neste sentido, em 1991, foi apresentada uma proposta de Diretiva pelo Conselho Europeu, onde se pretendeu, em suma, introduzir regras relativas à publicidade comparativa, tendo como principal objetivo, proceder às alterações preconizadas na Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984 e que, como se referiu, visava somente a regulação da publicidade enganosa⁶².

Sob proposta do Conselho, foi ali considerado que seria importante a adoção das medidas necessárias a uma progressiva instalação do mercado interno, e que a abolição das fronteiras internas deveria assegurar a livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais.

Considerou-se, igualmente, importante que a publicidade comparativa, sempre que pusesse em comparação elementos pertinentes e comprováveis e que não fosse enganadora ou desleal, constituiria um meio legítimo de, no interesse destes, informar os consumidores.

Contudo, tal proposta para adoção destas medidas tendentes à regulação, quer da publicidade enganosa, quer da publicidade comparativa, não avançou; isto porque, no entender da Comissão, estar-se-ia perante matérias que não seriam da competência exclusiva da Comunidade Europeia⁶³ e,

⁵⁹ Pujadas, Josepa Brugués (2003), *Las Comparaciones. La publicidad comparativa*, dirigida por Dr. Josep M. de Dios Marcer, p. 92.

⁶⁰ *Vd.* desde logo, o artigo 1º da Diretiva 84/450/CEE, de 10 de setembro de 1984.

⁶¹ *Cfr.* Considerando 6 da Diretiva 84/450/CEE de 10 de setembro de 1984.

⁶² JOCE C 180/14, de 11.07.1991, p.14.

⁶³ Nesta proposta de alteração ao regime da publicidade enganosa, veio a considerar-se que o princípio da subsidiariedade estaria a ser posto em causa, tal como vinha consagrado no art. 5.º do TCE, não se podendo

por essa razão, esta só poderia atuar quando os objetivos a que se propunha pudessem ser alcançados por todos os Estados-Membros. Assim, considerou-se que a proposta apresentada, pela forma da sua concretização e detalhe, estaria a violar o princípio da subsidiariedade⁶⁴.

Somente, em 21 de abril de 1994, foi apresentada nova proposta pela Comissão⁶⁵, onde, se procedeu à alteração de alguns dos considerandos que haviam sido apresentados com proposta de Diretiva de 1991, nomeadamente, aqueles que contrariavam o princípio da subsidiariedade.

Nesta sequência, foi aprovada a Diretiva 97/55/CE, de 6 de outubro, e ali se propôs, essencialmente, que se tivesse em consideração a implementação de medidas legislativas uniformes relativas à publicidade enganosa, onde se passaria a incluir também, a publicidade comparativa, tudo isto, visando um controlo da lealdade, uma melhoria da livre circulação dos serviços publicitários e se garantisse o direito à informação dos consumidores.

Estabeleceram-se, assim, através da Diretiva 97/55/CE, os requisitos de licitude para a publicidade comparativa nos Estados Membros, nomeadamente que esta: (i) não se deve fundar em comparações que não tenham por base características essenciais, e que sejam perfeitamente demonstráveis para o público; (ii) não faça comparações com produtos ou serviços que não se enquadrem nos da mesma espécie; ou, (iii) que sejam desconhecidos⁶⁶.

Da referida Diretiva 97/55/CE retira-se, assim, que a regulação normativa teve como principal objetivo, alargar os meios de defesa dos consumidores, bem como promover, através de regras definidas para a publicidade comparativa e enganosa, uma leal concorrência entre os agentes do mercado comum.

assim proceder a estas alterações, uma vez que este princípio é fundamental para o funcionamento da UE e, mais precisamente, para uma tomada de decisão a nível europeu. Vd. Artigo 5.º do TCE, antigo artigo 3.º-B, aditado pelo Tratado de Maastricht. Sobre este princípio poderá consultar-se o Protocolo Relativo ao Princípio da Proporcionalidade e da Subsidiariedade (JOCE, C83/206, de 30-03-2010).

⁶⁴ Pujadas, Josepa Brugués, *ob. cit.* p. 93

⁶⁵ Proposta alterada de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à publicidade comparativa e que altera a Diretiva 84/450/CEE, relativa à publicidade enganosa [Comissão das Comunidades Europeias - COM (94) 151 final - COD 343 Bruxelas, 21.04.1994.

⁶⁶ Costa, Adalberto e Maria Paula Bramão (2003), *Código da Publicidade Anotado e Comentado*, Vida Económica, Minho, p. 111.

Contudo, ao longo do tempo, veio a verificar-se que, pese embora a publicidade transponha fronteiras e tenha influência quase direta no próprio mercado interno, grande parte dos Estados-membros regula a publicidade enganosa, a publicidade comparativa e a concorrência desleal à medida das suas necessidades, criando disparidades entre os regimes existentes (*vd.* considerandos 2 e 3 da Diretiva 2006/114/CE).

Neste sentido, procedeu-se à aprovação da Diretiva 2006/114/CE, tendo esta decorrido da necessidade de uma codificação das normas, uma vez que estas já haviam sido objeto de diversas alterações no seu percurso^{67, 68}. De referir que as referidas alterações foram apenas de forma, e não de substância, em relação ao que se prescrevia na Diretiva 97/55/CE.

Mais recentemente, em novembro de 2012, a Comissão Europeia⁶⁹ proferiu um comunicado de proposta de revisão da Diretiva 2006/114/CE, relativa à publicidade enganosa e comparativa, no sentido de criar uma proteção alargada às empresas contra as práticas comerciais enganosas, e a fim de garantir uma aplicação efetiva das normas relativas à publicidade comparativa.

Resumidamente, isto porque, atenta uma estratégia de crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, esta proposta vai ao encontro da necessidade de se regulamentar para toda a UE, as matérias relativas à publicidade entre as empresas, tornando-se, assim, exigível a estas que nas suas práticas e nas suas mensagens publicitárias sejam honestas⁷⁰.

⁶⁷ As alterações substanciais ocorridas na Diretiva 84/450/CEE, de 10 de setembro, obrigavam a uma conveniência da sua codificação para lhe atribuir uma sequência lógica e lhe conferir maior clareza (*vd.* JO L 250, de 19.09.1984, p. 17, e JO L 149, de 11.06.2005, p. 22).

⁶⁸ Tendo em consideração o Parecer do Parlamento Europeu de 12 de outubro de 2006 e a decisão do Conselho de 30 de novembro de 2006 (*Cfr.* JO L 376/21 de 27.12.2006).

⁶⁹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, pretendendo-se, essencialmente, criar mecanismos de proteção às empresas contra práticas comerciais enganosas e, ainda, garantir uma aplicação efetiva das normas, através de uma Revisão da Diretiva 2006/114/CE relativa à publicidade enganosa e comparativa. Bruxelas, 27.11.2012, COM(2012) 702 final.

⁷⁰ Europa 2020 – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, COM (2010) 2020, programa este que visa prestar auxílio à Europa e às empresas europeias de modo a que possam tornar-se mais fortes e competitivas e, assim criarem novos postos de trabalho, tudo atendendo à crise económica instalada na Europa (*in* Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Bruxelas, 27.11.2012, COM(2012)702 Final, consultável em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0702:FIN:PT:PDF>

Esta proposta tem, ainda, em vista as mutações que têm vindo a ocorrer nas práticas comerciais e publicitárias das empresas, em grande parte, devido à maioria da publicidade que é veiculada na Internet, que afeta empresas de todo o mundo mas, essencialmente, debruçando especial atenção para as micro e médias empresas, que sendo as que existem em maior número, têm, nesta matéria, menos poder de atuação, por comparação com as empresas de grandes marcas que se encontram, normalmente, com um maior grau de proteção.

Nesta comunicação foi, igualmente, analisado pela Comissão, o modo como a diretiva relativa à publicidade enganosa e comparativa, tem sido aplicada pelos Estados Membros, concluindo-se que existe nestes uma grande variedade de regras que ultrapassam os mínimos de proteção impostos pela Diretiva de 2006/114/CE, nomeadamente, no que respeita à publicidade enganosa, não existindo uma uniformização das regras ao nível da proteção das empresas europeias, criando incertezas no que respeita aos direitos e obrigações, sempre que se tratam de situações transnacionais.

Foi, também, considerado, que os dispositivos de aplicação estão a ser adotados de forma diferenciada pelos Estados Membros, em função de cada um dos sistemas nacionais. Ou seja, nuns Estados temos a responsabilização dos operadores comerciais desonestos e, noutros, somente a vítima poderá vir a solicitar a reparação dos danos causados pelos atos enganosos ou publicidade comparativa desonesta, o que pode afetar os níveis de proteção, no caso da publicidade transnacional⁷¹.

Em Portugal, verifica-se que o sistema se encontra regulado através de poderes públicos, que podem aplicar sanções às empresas que venham a adotar práticas comerciais enganosas e desleais, mas, também, se encontra regulado pelo efetivo recurso à autorregulação e autodisciplina, que tem vindo a ser levada a cabo por uma associação privada, que, na regulação das matérias das

⁷¹ Resumidamente, a Comissão vem a concluir que: na Bulgária, França, Itália, Letónia, Lituânia, Roménia e Reino Unido, são os poderes públicos a sancionar as empresas que adotem práticas enganosas; na Áustria e na Alemanha, existe um sistema de autorregulação privado que pode intentar ações contra os profissionais; na Polónia, República Checa e na Irlanda, são as empresas prejudicadas que devem procurar obter reparação em Tribunal (Vd. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativo à proteção das empresas contra práticas comerciais enganosas e garantia de uma aplicação efetiva das normas – COM (2012) 702 Final.

comunicações comerciais e publicidade tem desempenhado um papel importante, e que não nos poderemos dispensar de adiante referir.

6. Análise de jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)

Com a aprovação da Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de outubro de 1997, que introduziu significativas alterações na Diretiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa, para incluir, também, a publicidade comparativa, conferiu-se licitude à publicidade comparativa, com as limitações impostas pelo artigo 3.ºA, sendo com recurso a esta norma que se verifica o preenchimento dos requisitos de licitude para esta.

Desde a primeira diretiva relativa à publicidade enganosa, que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem sido chamado a pronunciar-se sobre as problemáticas da concorrência desleal, da publicidade em geral e, designadamente, sobre a publicidade comparativa, permitindo algumas clarificações para estes regimes.

Assim, selecionaram-se, para o nosso estudo, os casos que nos pareceram ter maior relevância a partir do momento em que foi incluída na Diretiva 84/450/CEE a publicidade comparativa, sem prejuízo de se fazerem referência a outros que mereceram, igualmente, a nossa atenção.

6.1. Caso Pippig Augenoptik GmbH & Co. Kg vs Hartlauer Handelsgesellschaft mbH⁷²

Neste processo foram apresentadas quatro questões prejudiciais relativas à interpretação da Diretiva 84/450/CEE, de 10 de setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, na versão dada pela redação da Diretiva 97/55/CE, de 6 de julho de 1997, no âmbito de um litígio entre a sociedade Pippig e a sociedade Hartlauer, respeitante à publicidade levada a cabo por esta sociedade para a promoção dos seus produtos óticos (óculos), comparados com os óculos comercializados pela Pippig.

⁷² Ac. do TJUE de 8 de abril de 2003, Proc. C-44/01 [Sugeria a uniformização da forma como são referidos os Processos e respetivos números].

Atenta a regulamentação nacional (Áustria), a Diretiva 97/55 modificou a lei federal contra a concorrência desleal (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – BGBl, 1984/448, a seguir “UWG”), que, segundo o seu artigo 2.º, n.º 1 passou a ter a seguinte redação: “o comerciante que, com objetivos concorrenciais, forneça indicações sobre relações comerciais suscetíveis de induzir em erro pode ser condenado a abster-se de adotar tal comportamento...”.

Ambas as empresas comercializam óculos e a Hartlauer promoveu os seus produtos com recurso a comparação entre os preços por si aplicados e os que eram praticados pelos oculistas tradicionais. Mas mais, comparou diretamente os seus produtos com os produtos da Pippig, fazendo referência expressa a este comerciante.

A Pippig alegou, para tanto, que a publicidade comparativa relativa aos preços, levada a cabo pela Hartlauer, era enganosa e tinha como objetivo desacreditar a sua marca.

Foram apontadas um conjunto de questões prejudiciais, *inter alia*, as que vão no sentido de, face à lei interna no âmbito de uma disposição nacional mais rigorosa, qual a interpretação a dar a expressões relativas à comparação nos termos do artigo 3.ºA, n.º 1, conjugado com o artigo 7.º, n.º 2 da Diretiva, e se essas expressões podem ser aplicadas a todos os termos da comparação.

Acrescentam a questão de saber se, no âmbito da Diretiva, seria lícito que um produto de marca pudesse ser comparado com um produto sem marca, uma vez que a Pippig comercializava uma determinada marca de produtos óticos e a Hartlauer, apresentava-se a comercializar produtos idênticos, mas sem marca.

O TJUE, que já se havia pronunciado no mesmo sentido em que se pronunciou neste acórdão em análise⁷³, considerou que: a licitude da publicidade comparativa não se pode restringir à licitude de comparação de produtos de marcas diferentes, uma vez que a Diretiva 84/450 visou permitir que, em determinadas condições, um anunciante pudesse indicar a marca de produtos dos seus concorrentes, sempre que recorresse a comparações, tal como decorre do artigo 3.º A, n.º 1 alíneas

⁷³ No mesmo sentido, já havia decidido o TJUE, em Ac. da 5ª S., de 25/10/2001, no âmbito do Processo C-112/99, Toshiba Europe GmbH vs Katun Germany GmbH

d), e) e g) da Diretiva 84/450⁷⁴, onde são mencionadas três condições essenciais para a licitude da publicidade comparativa.

Neste acórdão, o TJUE concluiu que a interpretação que deve ser dada às alíneas d), e) e g), do artigo 3.ºA, n.º 1, relativamente ao conceito de publicidade comparativa, é a de que este deverá ter um sentido amplo, e que o mesmo abarca todos os elementos da comparação (nomeadamente quer as indicações da oferta do anunciante como também as do seu concorrente e na relação entre ambas). Mais entende que os requisitos de licitude da publicidade comparativa em análise se encontram preenchidos e estão conformes à Diretiva, ainda que os produtos óticos em comparação tenham sido obtidos através de distribuidores diferentes (um de marca e outro referente a uma marca não conhecida).

A utilização de uma marca muito conhecida no mercado, numa campanha publicitária comparativa não pode ser classificada como ilícita, uma vez que não haverá lugar a ato de concorrência desleal desde que, o anunciante não retire vantagens da menção que faz dessa referida marca. Por fim, sempre que se cumpram todos os requisitos relativos à publicidade comparativa, a realização de uma comparação de preços por si só, não pode considerar-se denegridora, nem que desacredita um concorrente que se encontre no mesmo mercado a aplicar preços mais elevados.

6.2. Caso Siemens AG vs VIPA Gesellschaft für Visualisierung und Prozeßautomatisierung mbH⁷⁵

Neste caso, a Siemens vem defender que a VIPA se estava a socorrer de comparações ilícitas, em violação do artigo 6.º da Lei de 7 de junho de 1909, que na Alemanha, se destina a combater a concorrência desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb), e que determina, designadamente, que “(1) Constitui publicidade comparativa a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente. (2) Aquele que faz publicidade

⁷⁴ O artigo 3.ºA da Diretiva exige, nomeadamente, que a publicidade comparativa não gere confusão no mercado entre as marcas, que não desacredite ou deprecie as marca de um concorrente, e que não venha a retirar partido do renome da marca de um concorrente, para que seja considerada lícita, ou seja, a comparação não deve ter por objeto o efeito de criar situações de deslealdade na concorrência.

⁷⁵ Processo C-59/05, Acórdão do TJUE (Primeira Secção), de 23 de fevereiro de 2006.

comparativa age de maneira ilícita [...] quando a comparação: (...) (4) Tira indevidamente partido ou prejudica o renome de um sinal utilizado por um concorrente. (...)”.

A questão que se aborda neste acórdão é a de saber se, sempre que um concorrente utilize elementos de outro concorrente, elementos esses que podem referir-se a sinais distintivos (nomeadamente a marca), se tal fornecedor ou concorrente estará a tirar partido do renome de um sinal distintivo conhecido, na aceção do artigo 3.ºA, n.º 1, al. g) da Diretiva 84/450, e se existe, ou não, benefício para o anunciante e consumidores a utilização desses elementos.

Haverá aqui que lembrar que, nos termos desta norma, a publicidade comparativa é autorizada, desde que o anunciante não tire partido indevido do renome de uma marca, da designação comercial ou de outro sinal distintivo, ou da denominação de origem de produtos concorrentes⁷⁶.

Assim, o uso da marca de um concorrente pode ser utilizado desde que tenha como objetivo principal a informação a prestar aos consumidores sobre a natureza do produto ou dos serviços oferecidos, não sendo contudo de desconsiderar que, por vezes, a omissão de indicação do produto ou comerciante concorrente, possa conter uma comparação que induza, ou seja suscetível de induzir em erro, os destinatários da mensagem e, nesse sentido, ela será tida como enganosa, nos termos do artigo 2.º, ponto 2, da Diretiva 84/450.

À luz do carácter cumulativo das exigências impostas pelo artigo 3.ºA, n.º 1 da Diretiva 84/450, será proibida pelo direito comunitário a publicidade comparativa cuja comparação respeite a produtos concorrentes, em que a sua marca possua uma determinada importância em termos de renome e, por essa razão, venha a omitir-se essa marca mais conhecida, bem como, aquela em que a mensagem comparativa possa de alguma forma condicionar as escolhas do consumidor.

Assim, o acórdão vem definir que não será possível que disposições nacionais apliquem à publicidade comparativa em matéria de proteção contra a publicidade enganosa, medidas mais rigorosas que visem distinguir elementos da comparação, bem como que o artigo 3.ºA deve ser interpretado no sentido de que caberá ao órgão jurisdicional interno verificar se a omissão de uma

⁷⁶ No mesmo sentido, *vd.* Processo C-112/99, caso Toshiba.

marca de renome, caracterizada pela sua importância, poderá ser suscetível de se considerar publicidade enganosa.

Acontece, porém, que o TJUE veio considerar que não havia publicidade comparativa ilícita em violação das regras contidas no artigo 3.ºA da Diretiva 84/450, uma vez que: (i) os anúncios em causa se destinam a consumidores especializados; (ii) que a utilização de sinais distintivos do concorrente se destina unicamente a acentuar as respectivas diferenças; (iii) que a empresa anunciante, não se encontra a beneficiar indevidamente da notoriedade de que gozam os sinais distintivos do seu concorrente, uma vez que considera que a referência a tais sinais se refere a uma concorrência efetiva no mercado em causa; (iv) e que, analisados todos os pressupostos, a VIPA quando utiliza nos seus catálogos, um elemento central de um sinal distintivo do seu concorrente, na forma como este é conhecido nos meios especializados, não se encontrava a tirar indevidamente partido do renome desse sinal distintivo, uma vez que não se encontram preenchidos os requisitos de violação das regras contidas no artigo 3.ºA, n.º 1, alínea g), da Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e à publicidade comparativa, na redação da Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997.

6.3. Caso Lidl Snc vs Vierzon Distribution Sa⁷⁷

Em França, foi suscitado pela cadeia de supermercados Lidl contra outra cadeia de supermercados, a Vierzon, um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal de Commerce de Bourges (França), a propósito da interpretação que deveria suscitar o artigo 3.ºA da Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, em matéria de publicidade enganosa e

⁷⁷ Processo C-159/09. Acórdão do TJUE (Quarta Secção) de 18 de novembro de 2010, Lidl SNC contra Vierzon Distribution S.A.. Pedido de decisão prejudicial: Tribunal de Commerce de Bourges - França. Diretivas 84/450/CEE e 97/55/CE - Requisitos de licitude da publicidade comparativa - Comparação de preços numa seleção de produtos alimentares praticados por duas cadeias de supermercados concorrentes - Bens que satisfazem as mesmas necessidades ou que têm as mesmas finalidades - Publicidade enganosa - Comparação que incide numa característica verificável. Coletânea da jurisprudência 2010 I-11761.

comparativa⁷⁸, conforme a alteração introduzida pela Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997⁷⁹.

Em causa, está um anúncio difundido na imprensa por conta da sociedade Vierzon que recorreu à comparação dos seus preços com os da marca Lidl, através da demonstração feita entre dois talões de compra, tendo por base compras idênticas nas duas superfícies comerciais.

A marca Lidl veio pugnar junto das instâncias nacionais pela ilicitude da publicidade comparativa veiculada, por entender que a mesma não preenche os requisitos do artigo 3.ºA da Diretiva 84/45/CEE, que veio a solicitar ao TJUE, através de um pedido de decisão prejudicial, que este se pronunciasse sobre qual a interpretação a dar à referida norma.

Sumaria-se, para melhor compreensão, a decisão proferida por este órgão: 1) O artigo 3.º, n.º 1, al. a) deve ser interpretado à luz de que, ainda que os produtos em causa sejam diferentes em função do seu carácter, das suas condições de fabrico, de ingredientes e da identificação do seu fabricante, poderá existir publicidade comparativa desde que tais produtos respondam às mesmas necessidades, isto é, que o grau de similitude seja suficientemente suscetível de dar satisfação a necessidades idênticas.

E, ainda, que o artigo 3.ºA, n.º 1, alínea a), da Diretiva 84/450/CEE, conforme alterado pela Diretiva 97/55/CE, deve ser interpretado no sentido de que um anúncio como o que está em causa no processo principal “pode ser considerada publicidade enganosa, designadamente: - se se verificar, (...) que a decisão de compra de um número significativo de consumidores a que se dirige é susceptível de ser tomada no pressuposto errado de que a selecção de produtos feita pelo anunciante é representativa do seu nível geral de preços face ao que é praticado pelo seu concorrente e que, por conseguinte, esses consumidores realizarão economias do nível indicado nesse anúncio ao efectuarem regularmente as suas compras de consumo corrente nesse anunciante e não no seu concorrente, ou ainda no pressuposto errado de que todos os produtos do anunciante são mais baratos do que os do seu concorrente”, e continua ainda a considerar que “para efeitos de uma comparação feita na óptica exclusiva do preço, foram seleccionados produtos alimentares que

⁷⁸ JO L 250, p. 17; EE 15 F5, p. 55

⁷⁹ JO L 290, p. 18, a seguir «Diretiva 84/450»

apresentam diferenças susceptíveis de condicionar de modo sensível a opção do consumidor médio, sem que as referidas diferenças resultem dessa publicidade”.

Neste sentido, a interpretação do artigo 3.ºA, n.º 1, alínea c), da Diretiva 84/450, conforme introduzida pela Diretiva 97/55/CE, deve ser feita no sentido de que na comparação de preços de dois tipos de bens, o requisito principal, será o de que a comparação dos preços exige que os “bens em causa possam ser identificados com precisão com base nas informações constantes desse anúncio”.

Conclui-se aqui que a mensagem publicitária a que se refere a alínea c) do n.º 1 do art. 3.ºA, difundida com recurso a atos de comparação, não poderá criar no consumidor médio a convicção de que as informações prestadas (que terão que sempre ser precisas e determinantes), com base naquela comparação de preços, influencie negativamente ou deslealmente as suas escolhas em detrimento do seu concorrente.

Neste caso, em presença do consumidor destinatário da mensagem publicitária, bem como a impressão que causa neste, houve que considerar a existência de ilícito na utilização da publicidade comparativa.

Concluindo, da corrente jurisprudencial analisada retira-se que a interpretação da Diretiva 84/450/CE, sobre publicidade enganosa e comparativa, deve ser feita tendo por base um conceito amplo de publicidade comparativa, uma vez que será necessário ter-se em conta a utilidade da informação prestada ao consumidor ao qual será destinada a publicidade.

E, ainda, deverá, igualmente, ser ampla a interpretação da norma contida na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.ºA, uma vez que, existindo total liberdade na indicação da marca dos produtos dos concorrentes, haveria que devolver aos órgãos jurisdicionais nacionais, a interpretação da omissão ou não de uma marca de produtos em termos de renome, uma vez que pode ou não, ser suscetível de, pela importância da diferença, se revelar enganosa⁸⁰.

Neste sentido, sendo a publicidade comparativa apenas autorizada se não for enganosa, deixou-se aos Estados Membros, através dos seus meios, administrativos ou judiciais, total liberdade para zelar que: - quer os consumidores, quer as organizações que tenham um interesse legítimo em

⁸⁰ Nomeadamente, a publicidade comparativa que atinge as marcas de prestígio *vd.* Ac. do TJUE, de 18/06/2009, 1ª S, caso L’Oreal, SA e outras V. Bellure NV e outras.

atuar contra as publicidades ilícitas, o possam fazer, legitimamente, através, nomeadamente, do recurso à cessação da mensagem publicitária.

CAPÍTULO II

CONCORRÊNCIA DESLEAL E PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

1. Introdução

Não podendo afastar que, o primado das regras comerciais é, o da livre concorrência, o da livre circulação das mercadorias e da livre prestação de serviços, e que este se realiza através da existência de uma grande variedade de oferta, verifica-se que a que a problemática da existência de uma duplicidade de normas aplicável, acrescida, por vezes, da dificuldade da classificação de determinada forma publicitária, sempre que esta se socorra de comparações, nos obrigue a proceder à análise, em separado, dos dois regimes (publicidade comparativa e concorrência desleal). Isto porque, as suas normas terão de ser analisadas e relacionadas à vista das práticas da concorrência⁸¹. Além do mais, percebe-se que, tendo em atenção estes dois regimes jurídicos, nem sempre será fácil determinar a existência de deslealdades na concorrência⁸².

Para que não haja distorção da concorrência nos mercados, os Estados estabeleceram normas que visam permitir que os atos de comparação não se transformem em atos denegridores das marcas ou causem confusão aos consumidores.

Por todas as razões, torna-se necessário ter um entendimento sobre o regime da concorrência desleal para, adiante podermos fazer a ligação com regime da publicidade comparativa anteriormente tratado.

⁸¹ Conforme assinala Silva, Pedro Sousa e (2011), verifica-se, desde logo, a existência de algumas divergências relativas à própria noção de concorrência. (Vd. por todos, Silva, Pedro Sousa e (2011) *Direito Industrial, Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 315.).

⁸² Oliveira Ascensão (2002), no seu *Concorrência Desleal*, entende considerar que se deve manter uma distinção entre a publicidade comparativa e a concorrência desleal, pois as consequências para a concorrência desleal, previstas no Código da Propriedade Industrial de 1940, que se mantiveram até 1995, seriam, a cominação como crime, não se prevendo a mesma cominação para a publicidade comparativa ilícita, que no CPub tinha como sanção a mera contraordenação. Contudo, nos dias de hoje, somos de entendimento que, estes dois regimes se cruzam e que levam a que haja repercussões da publicidade comparativa ilícita sobre a leal concorrência (Ascensão José de Oliveira (2002), *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, p. 494).

2. Concorrência desleal

2.1. Breve enquadramento

A atividade económica da sociedade em geral encontra-se estruturada e organizada em sistemas económicos assentes no aproveitamento eficiente dos recursos para a satisfação das mais variadas necessidades das empresas em geral, e dos cidadãos em particular.

No nosso país, o sistema económico encontra-se, maioritariamente, assente na iniciativa privada⁸³, ou seja, as entidades de carácter privado são as detentoras da propriedade dos meios de produção, sendo o seu objetivo primordial a obtenção de lucro, e assim, a concorrência surge como uma consequência desse constante desejo. Por outro lado, a publicidade é um meio eficaz para o alcance de uma posição concorrencial vantajosa no mercado e numa atividade economicamente organizada.

Para alcançar o nosso objetivo de tratamento das matérias relativas à concorrência desleal, necessitamos de, em primeiro lugar, abordar brevemente o tema da concorrência em si.

Entre nós, tal como na maioria dos Estados, o mercado encontra-se assente em sistemas económicos de livre concorrência, estando, igualmente, organizado por um conjunto de princípios e regras fundamentais a uma boa organização económica.

Isto poder-se-á, desde logo, verificar na Lei Fundamental, onde se consagra a defesa deste tipo de estrutura de mercado.

Assim, prescreve o artigo 81.º da CRP, mais precisamente na sua alínea f)⁸⁴ que, incumbe ao Estado assegurar um eficiente funcionamento dos mercados, visando garantir uma equilibrada

⁸³ Refira-se que existem igualmente atos de concorrência nas entidades de carácter público, cooperativo ou social, mas como maioritariamente os atos de concorrência se referem à iniciativa privada, será apenas relativamente às matérias das entidades privadas que trataremos.

⁸⁴ *Cfr.* Artigo 81.º, al. f) da CRP, onde se prevê que “incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contraria as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

concorrência entre as empresas, uma vez que esta constitui a principal componente de uma economia de mercado e a base dos mecanismos de defesa da concorrência⁸⁵.

A livre concorrência poderá ser encarada, quer de um ponto de vista objetivo, quer de um ponto de vista subjetivo: ocorrerá liberdade de concorrência objetiva sempre que todos os intervenientes se encontrem numa situação de igualdade. A competição é considerada em si mesma. Quando a liberdade de concorrência é analisada do ponto de vista subjetivo, estaremos perante a faculdade de qualquer empresário que se encontre instalado no mercado, como fornecedor de produtos ou serviços, estar a competir no desenvolvimento da sua atividade com os demais existentes^{86, 87}.

A concorrência tem, igualmente, tratamento específico no nosso ordenamento jurídico através do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela recente Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que revogou o anterior regime jurídico da concorrência, aprovado pelas Leis n.ºs 18/2003, de 11 de junho e 39/2006, de 25 de agosto, que, em súmula, confere à Autoridade da Concorrência poderes de fiscalização relativos a situações de concorrência que venham a surgir no mercado económico português. Foi, igualmente, tutelada por esta lei, a criação de um Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão.

A concorrência desleal estará, assim, presente no efeito subjetivo da concorrência, isto porque, será neste subjetividade que se afigura a possibilidade de existência de liberdade dos comerciantes e dos agentes que atuam no mercado; atendendo a que só deste modo se poderão criar, alterar ou desenvolver os negócios. Será, pois, neste sentido subjetivo que poderá haver necessidade de

⁸⁵ Cfr. Canotilho, JJ Gomes, Vital Moreira (2007), *in Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed. Revista, Coimbra, p. 969.

⁸⁶ Olavo, Carlos (2005), *Propriedade Industrial – Sinais distintivos do Comércio, Concorrência Desleal*, Vol. I, Almedina, Coimbra, p. 247.

⁸⁷ Neste sentido, Carlos Olavo entende que “para que haja liberdade de concorrência em sentido objectivo, é necessário que cada agente económico tenha autonomia em relação aos demais intervenientes do mercado e não esteja imune aos mecanismos de oferta e de procura, isto é, é indispensável que cada agente económico individualmente considerado ou certado com os demais, não possa determinar as condições do mercado.” (*Loc. Cit.*).

proibição de determinadas práticas ou a imposição de regras apertadas, uma vez que as condutas destes se deverão pautar por comportamentos honestos⁸⁸.

É nosso entendimento que as disposições referentes à concorrência desleal visaram, assim, fornecer um enquadramento legal para as empresas e para os empresários exercerem as suas atividades num sistema económico, que se tornou global, de modo a que as realizem dentro de princípios de uma leal e honesta concorrência, tornando mais eficiente o mercado e salvaguardando o bem-estar dos consumidores.

Contudo, tendo presente o que se defende na Constituição, numa primeira linha, não será apenas o bem-estar dos consumidores que haverá que proteger, mas também, há que salvaguardar que em todas as empresas – e quando dizemos todas, incluem-se nestas, as empresas estatais, que devem encontrar-se organizadas – se devem proibir as práticas restritivas da concorrência e, em segunda linha, se devem reprimir os abusos de posição dominante⁸⁹.

2.2. Definição

Feito o enquadramento respeitante à concorrência no geral, debruçar-nos-emos de seguida, sobre uma noção legal para o ato de concorrência desleal.

Assim, de um ponto de vista económico, a concorrência será a relação de atos de competição entre empresas ou setores económicos ou, ainda, entre um conjunto de empresas ou, entre comerciantes que se disputam num determinado setor de atividade ou de mercado, ou ainda de clientela com o mesmo tipo de produtos⁹⁰.

Juridicamente, poderão existir vários atos de concorrência desleal, mas o que nos parece mais considerado, será o que preenche a fórmula apresentada por Oliveira Ascensão (1997), como sendo “um ato de afirmação no mercado por um operador económico”⁹¹, tal como vem previsto na norma do

⁸⁸ Olavo, Carlos, *Ob. Cit.*, p. 248

⁸⁹ *Cfr.* alínea f) do artigo 81º da CRP.

⁹⁰ Significado de concorrência em termos linguísticos, *in* Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2013. [Consult. 2013-09-17]. Disponível no seguinte endereço <http://www.infopedia.pt>.

⁹¹ *Vd.* Ascensão, J. Oliveira (1997), *in* *Concorrência Desleal – O princípio da prestação: um novo fundamento*, Almedina, Coimbra, p. 11.

próprio artigo 317.º do CPI⁹² ou seja, quando se refere a atos de concorrência no âmbito da própria atividade exercida.

Mas o que será, afinal, este ato de concorrência desleal para a nossa doutrina? A deslealdade da concorrência será, pois, toda a que seja suscetível de vir a prejudicar outro agente económico que se encontre inserido no mesmo mercado, causando-lhe um prejuízo, consubstanciado no desvio da sua clientela, quer a efetiva, quer, também, a potencial. E, sempre que esses atos se verifiquem através de práticas contrárias aos usos e bons costumes, estaremos, pois, perante atos de concorrência desleal⁹³.

Desde o surgimento das economias de mercado que a empresa, fazendo uso das suas marcas convertendo-as em marcas líder, traçam como objetivos a condução dos seus produtos, em detrimento dos demais existentes, no sentido de fidelizarem os seus consumidores. E têm como pretensão legítima, que os seus produtos correspondam aos anseios dos demais consumidores.

Assim, para que se esteja perante atos de concorrência desleal, será pois necessário que, de uma forma idónea, se adquiram em termos de clientela, posições vantajosas no mercado.

Neste sentido, constituirão atos de concorrência desleal “os atos, repudiados pela consciência normal dos comerciantes como contrários aos usos honestos do comércio, que sejam suscetíveis de causar prejuízo a empresa dum competidor pela usurpação, ainda que parcial, da sua clientela”⁹⁴.

3. Evolução do instituto da concorrência desleal – referência histórica

Com a consolidação dos mercados no fim do século XIX, foi exercida sobre as empresas uma forte pressão para a implementação de medidas com vista a uma maior proteção das posições adquiridas pelas empresas nos mercados económicos levando ao surgimento dos direitos de concorrência.

⁹² O artigo 317.º do CPI, de 2003, configura os pressupostos para a concorrência desleal, e determina no seu prómio que “constitui concorrência desleal todo o acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica”, e de seguida, elenca no conjunto de alíneas, onde se apresentam os vários tipos de atos de concorrência desleal.

⁹³ *Cfr.* Olavo, Carlos, *ob.cit.*, p. 252, mas também, Paúl, Jorge Patrício (1997), *Os pressupostos da concorrência desleal*, in AA.VV. *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, p. 42.

⁹⁴ *Cfr.* Parecer da Procuradoria-Geral da República, n.º 17/57, de 30/05/1957, (BMJ), 449.

Em Portugal, situam-se as medidas de repressão dos atos de concorrência ao tempo da Carta de Lei de 21 de maio de 1886, considerada por muitos como sendo o primeiro Código de Propriedade Industrial. De salientar, que a concorrência desleal tem tido tratamento, não propriamente nas normas de carácter económico ou relacionado com a atividade publicitária ou de comunicação mas, sim nas normas referentes à propriedade industrial, devido à sua vertente reguladora da marca, das patentes e do atos de atividade industrial em geral.

Esta lei vigorou até 1940 quando foi criado o Código de Propriedade Industrial, onde se previu no seu artigo 212.^o, as matérias relativas à concorrência desleal.

Com o CPI de 1995, a matéria da concorrência desleal manteve, no geral, a mesma formulação do disposto no artigo 212.^o no Código de 1940.

Nos nossos dias as regras relativas à concorrência desleal estão contidas no CPI a partir do seu artigo 317.^o⁹⁵.

4. Os regimes da concorrência desleal e das práticas comerciais desleais

A concorrência encontra-se assente, essencialmente, nas prestações dos vários operadores económicos que devem, em princípio, ter como regra, no seu confronto com os demais concorrentes, o menor dos constrangimentos, sempre com o objetivo primordial de “vença o melhor”, ou seja, o que apresente a melhor relação qualidade/preço para os seus produtos e serviços, devendo abster-se de causar constrangimentos concorrenciais e usar práticas desleais.

O que se torna curial, por um lado, apurar é, se o sucesso desses operadores ocorre à custa da sua própria oferta ou se, por outro lado, subjacente a esta se encontram outros fatores, que não o binómio da qualidade/preço que apresentam e que, em alguma medida, possam falsear a concorrência.

Em Portugal, como já referimos, a legislação que trata da matéria da concorrência desleal encontra-se contida no CPI⁹⁶, mais precisamente a partir do artigo 317.^o. Que, devidamente

⁹⁵ O CPI, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março, veio a ser alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 318/2007, de 26 de setembro, 360/2007, de 2 de novembro, 143/2008, de 25 de julho, e pela Lei n.º 16/2008, de 1 de abril.

analisado, podemos dizer que o mesmo apresenta como atos de concorrência desleal todos aqueles que sejam contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica.

A este respeito, defende Jorge Patrício Paúl⁹⁷ que:

O acto de concorrência é aquele que é idóneo a atribuir, em termos de clientela, posições vantajosas no mercado. (...) A concorrência não é susceptível de ser definida em abstracto e só pode ser apreciada em concreto, pois o que interessa saber é se a actividade de um agente económico atinge ou não a actividade de outro, através da disputa da mesma clientela (...) O conceito de concorrência é, pois, um conceito relativo, que não pode ser aprioristicamente definido mas apenas casuisticamente apreciado, tendo em conta a actuação concreta dos diversos agentes económicos e a realidade da vida económica actual (...) No próprio conceito de acto concorrência está ínsita a sua susceptibilidade de causar prejuízos a terceiros, ainda que tais prejuízos possam efectivamente não ocorrer (...) o acto de concorrência, para verdadeiramente o ser, tem como seu elemento conatural, implícito na própria noção, o perigo de dano, ou seja, a sua idoneidade ou aptidão para provocar danos a terceiros (...).

Será, pois, na norma do artigo 317.º do CPI que se estabeleceu o regime jurídico para os atos de concorrência desleal, e estes concretizam-se através da enumeração destes, num elenco de cinco alíneas⁹⁸, onde o legislador pretendeu descrever os vários tipos de atos que podem configurar deslealdade na concorrência.

⁹⁶ Vd. Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março, e alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 318/2007, de 26 de setembro, 360/2007, de 2 de novembro, 143/2008, de 25 de Julho, e pela Lei n.º 16/2008, de 1 de abril: já no anterior Código de Propriedade Industrial [CPI] de 1995, aprovado pelo Decreto-lei n.º 16/95, de 24 de janeiro, na norma do artigo 260.º, se contemplavam medidas de repressão da concorrência desleal.

⁹⁷ Paúl, Jorge Patrício (2005), *in* Concorrência Desleal e Direito do Consumidor, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Tomo I, junho, Lisboa, p. 91.

⁹⁸ O mencionado artigo 317º do CPI refere, não taxativamente, quais os atos que constituem concorrência desleal: "a) Os actos susceptíveis 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 actividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes; c) As invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios; d) As falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira da empresa ou estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas actividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela; e) As falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos

A redação deste artigo, que teve a sua origem na Convenção da União de Paris, no que à concorrência desleal respeita, verificou-se que se destinou, àquele tempo, apenas a definir as regras relativas aos atos que pudessem vir a configurar atos de concorrência desleal.

Assim, refira-se, que sempre que em análise estejam em causa atos de concorrência desleal, para o seu enquadramento deverá ter-se em conta, além das regras contidas no CPI, igualmente, as regras que se estabelecem no artigo 10.Bis da Convenção da União de Paris⁹⁹, e relativamente às quais estão submetidos os Países que a subscreveram, onde se incluiu Portugal.

Ainda no que respeita ao regime da concorrência desleal haverá de ter igualmente em conta, fontes supranacionais, nomeadamente, as das organizações internacionais¹⁰⁰ que se encontram ligadas à atividade publicitária e da concorrência, e que se preocuparam em adotar códigos de ética, de conduta e de deontologia que visam criar orientações dirigidas aos operadores no mercado.

produtos ou serviços, bem como as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adoptado; f) A supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem ou indicação geográfica dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento”.

⁹⁹ A Convenção da União de Paris, estabelece que concorrência desleal é o “acto de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial”, e que tal ato, será desregulador do bom funcionamento do mercado, já que permite que terceiros se aproveitem dos investimentos e do trabalho efectuados por outra empresa, e determina que: “1) Os países da União Obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União, proteção efectiva contra a concorrência desleal. 2) Constitui acto de concorrência desleal qualquer acto de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. 3) Deverão proibir-se especialmente: 1.º - Todos os actos susceptíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou actividade industrial ou comercial de um concorrente; 2.º - As falsas afirmações no exercício do comércio, susceptíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a actividade industrial ou comercial de um concorrente; 3.º - As indicações ou afirmações cuja utilização no exercício do comércio seja susceptível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabrico, características, possibilidades de utilização ou quantidade de mercadorias”.

¹⁰⁰ Estamos a referir-nos, nomeadamente, às normas produzidas pela Câmara do Comércio Internacional (CCI), que publicou um Código Internacional de Práticas Leais (CIPLCCI), traduzido para a língua portuguesa pelo ICAP, instituto este sobejamente reconhecido por tal organização internacional.

Tais normas têm a função de apoio às lacunas que possam existir no direito estadual, e constituem, em regra, padrões comuns que visam servir, também, de referência para os diversos órgãos de autodisciplina.

Enumerando os principais, encontramos o Código Consolidado da Câmara do Comércio Internacional (CCCCI) sobre Práticas de Publicidade e Comunicação Comercial, que, no seu artigo 11.º, defende que, sempre que a comunicação comercial contenha comparações, deve ser concebida de modo a que a comparação não induza em erro, devendo respeitar os princípios da leal concorrência¹⁰¹.

Para José Oliveira Ascensão (2002)¹⁰², o que se prescrevia o artigo 260.º, alínea a) do revogado CPI de 1995, e tal como já acontecia com o § 1º do Código de 1940, levava a que considerasse que a concorrência desleal se manifestava através de “qualquer que seja o meio empregue” (expressão que poderemos aplicar aos dias de hoje, uma vez que a norma do artigo 260.º do CPI de 1995, revogado, é exatamente igual à que agora prescreve a alínea a) do artigo 317.º do CPI vigente).

A concorrência desleal, tal como se encontra qualificada na ordem jurídica, na doutrina e na jurisprudência, mas também nos direitos de publicidade com recurso a atos de comparação, nomeadamente, quando se esteja perante casos de concorrência praticada com recurso a uma usurpação ou a uma violação direta ou frontal de direitos específicos de propriedade industrial ou comercial, tem sido medianamente tolerada¹⁰³.

Contudo, é possível que ocorram situações em que o ato de comparação, nomeadamente em publicidade comparativa, seja passível de criar confusão nos consumidores, e estes poderão

¹⁰¹ Cfr. artigo 11.º das Práticas de Publicidade e Comunicação Comercial, Código Consolidado da Câmara do Comércio Internacional, traduzido e adaptado pelo Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial, disponível e consultável em www.icap.pt.

¹⁰² Ascensão, J. Oliveira (2002), in *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, pp. 422-423

¹⁰³ Na anotação feita pelos autores António Campinos e Couto Gonçalves, entende-se que o que o art. 317.º do CPI pretende reprimir, não será a concorrência entre os vários agentes económicos, uma vez que a concorrência lícita é permitida e até aceitável do ponto de vista do desenvolvimento dos mercados, como já analisamos. O que se pretendeu foi que as empresas que atuam no mercado não recorram a comportamentos desonestos e censuráveis (cfr. Campinos, António, Luís Couto Gonçalves (2010), *Código da Propriedade Industrial Anotado*, Almedina, Coimbra, pp. 551 e 552).

constituir atos de concorrência desleal, ou então, atos de denegrição e de confusão, que não sendo desejáveis, serão por isso, condenáveis¹⁰⁴.

Neste sentido, no que respeita à condenação destas práticas, o atual artigo 331.º do CPI, em confronto com o artigo 260.º do CPI de 1995, veio trazer inovação a este regime, nomeadamente no que respeita às sanções aplicáveis, uma vez que, tendo em consideração a eliminação da referência ao “dolo específico”, veio revelar-se uma mudança do paradigma: o ilícito de concorrência desleal deixou de ser qualificado como crime, para passar a constituir ilícito de mera ordenação social¹⁰⁵.

A par do regime da concorrência desleal, e por efeito de imposições comunitárias¹⁰⁶, houve que se proceder a uma regulação, ou melhor, a uma organização das práticas comerciais que podem configurar deslealdade na concorrência. E, por essa razão, não poderemos deixar de evidenciar que, este estudo não se destina a não mais do que fazer um enquadramento das práticas comerciais que poderão revestir matéria de concorrência desleal, isto porque, serão essas normas que, numa primeira linha, visam regular os atos de comparação que surgem em matéria de concorrência desleal.

4.1. As práticas comerciais desleais

Por força da necessidade de transposição da Diretiva Comunitária 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho¹⁰⁷, de 11 de maio, foi através do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março,

¹⁰⁴ Conforme se pode retirar dos fundamentos da decisão do Júri de Ética do ICAP no âmbito do processo 26J/2010, da 2.ª Secção, de 10 de dezembro, consultável em www.icap.pt.

¹⁰⁵ Sobre o ilícito criminal e sobre a perspetiva da intenção do agente de fazer concorrência desleal, pensamos que reveste de algum interesse sobre a matéria, o estudo levado a cabo por Paulo Saragoça da Matta (2001), *A intenção no Crime de Concorrência Desleal in Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 551 e ss..

¹⁰⁶ Nomeadamente a Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, transposta para o ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de março.

¹⁰⁷ A Diretiva tal como foi apresentada, teve, como principal objetivo a proibição das práticas comerciais desleais, e por via da falta de lealdade podem entender-se, as práticas que afetam de uma forma direta os interesses económicos dos consumidores, prejudicando também os interesses económicos dos seus concorrentes. Traçou-se como objetivo desta Diretiva dar a amplitude e flexibilidade que permitisse a adaptação dos estados membros às necessidades do tráfego jurídico, mas também através do esforço de densificar de tal forma o conceito que concretizasse, as duas modalidades mais vulgares da concorrência desleal – as práticas enganosas e as práticas agressivas.

que a ordem jurídica interna acolheu o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, ocorridas antes, durante e após uma transação comercial relativa a um bem ou serviço, estabelecendo-se, assim, o Regime das Práticas Comerciais Desleais.

Este regime, no seu artigo 4.º, veio estabelecer que as práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores são proibidas, e no artigo 5.º, o que deve entender-se por “prática comercial desleal”, reproduzindo-se assim nos seguintes termos: “1. É desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço. 2. O carácter leal ou desleal da prática comercial é aferido utilizando-se como referência o consumidor médio¹⁰⁸ (...)” (sublinhado nosso).

Acresce ainda que, nos termos do artigo 6.º n.º 1, alínea b) do mesmo regime, “são desleais em especial: (...) as práticas comerciais enganosas”.

E continuando pelo artigo 7.º n.º 1, estipula-se que “é enganosa a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente corretas, por qualquer razão, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo (...) b) as características principais do bem ou serviço (...) os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efectuados ao bem (...)” e, nos termos do n.º 2 daquela disposição, “atendendo a todas as características e circunstâncias do caso concreto, é enganosa a prática comercial que envolva: a) qualquer atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente”.

Ora, analisando este regime do ponto de vista da sua aplicação onde é que podemos encontrar a concorrência desleal no âmbito da publicidade comparativa? Estamos em crer que este confronto

¹⁰⁸ O conceito de consumidor médio será objeto de tratamento, em lugar próprio deste trabalho, uma vez que se considera de grande importância a sua referência, já que será assente na visão do dito “consumidor médio” que será possível verificar numa mensagem publicitária a existência de atos de denegrição ou de confusão, ou ainda, estar-se em presença de concorrência desleal.

se encontra presente no âmbito dos atos de confusão, de denegrição de marca, de produto, ou de empresa sempre que, em publicidade se recorra a atos de comparação. Ou, melhor dizendo, estaremos perante atos de concorrência desleal sempre que um agente apresente uma campanha publicitária com situações comparativas que visem: a apropriação de produto ou de serviço, o descrédito de uma marca de um seu concorrente, e tendo como finalidade o descredibilizar, venha a causar confusão nos consumidores¹⁰⁹.

Com estas normas deparamo-nos com a instituição de um instrumento comum que se destina à proteção dos concorrentes, mas também à dos consumidores, nomeadamente, das práticas de concorrência desleal que, como se referiu anteriormente, afetam as estruturas do mercado económico.

¹⁰⁹ Estaremos perante uma problemática de concorrência desleal, sempre que, no âmbito da publicidade comparativa, possa haver a indução em erro dos consumidores, tal como vem previsto no artigo 11.º do CPub, conjugado com o artigo 317.º, n.º 1 al. a) do CPI, bem como, sempre que um ato vá contra as normas e usos honestos de uma determinada atividade económica (*cf.* Ascensão, José de Oliveira (2002), *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, pp. 132).

CAPITULO III

O MODELO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL E A SUA INCIDÊNCIA NO DEBATE EM TORNO DA PUBLICIDADE COMPARATIVA

1. Breves considerações

Neste momento e aqui chegados, torna-se necessário referir a evolução do modelo da concorrência desleal e, por isso, será neste momento importante, referir Anxo Tato Plaza. Este autor entende que a concorrência desleal terá passado por três modelos distintos:

(i) O modelo paleoliberal, que se caracterizava por ser essencialmente penal, sendo totalmente contrário à existência da publicidade comparativa;

(ii) O modelo protetor do concorrente, assente numa lógica de inércia que reprime a comparação e salvaguarda o anonimato do empresário como um direito intrínseco à sua esfera privada, e que foi classificado de profissional. Neste modelo defende-se a ideia de que, ainda que o concorrente oferecesse produtos de menor qualidade no mercado, não teria de ser confrontado com as comparações por forma a aumentar a capacidade empresarial dos seus concorrentes: e finalmente;

(iii) O modelo que está totalmente virado para o consumidor e para o interesse da generalidade da sociedade económica, concebendo o direito de concorrência desleal como instrumento regulador do mercado, a par e passo com o direito da concorrência. Este modelo consegue, deste modo, alcançar a autonomização da publicidade comparativa face ao direito da concorrência desleal, passando a inseri-la no plano da defesa do consumidor¹¹⁰.

Como se viu, o artigo 212.^o do CPI, em vigor em 1941, recusava a publicidade comparativa baseada em atos de descrédito quaisquer que fossem as afirmações proferidas, verdadeiras ou falsas, o que veio a ser afastado, quer no atual Código da Propriedade Industrial, onde as regras da concorrência desleal têm cabimento como, também, no Código da Publicidade atualmente em vigor.

¹¹⁰ Cfr. Plaza, Anxo Tato (1996), *La publicidad comparativa*, p. 71 e ss.

A publicidade comparativa enganosa poderá suscitar o concurso com a concorrência desleal, pela sua referência não autorizada, mas caso não viole as condições previstas no artigo 317.º do CPI, será permitida e não configurará, seguramente, atos de concorrência desleal^{111, 112}.

As situações de concorrência desleal nas comparações devem, por isso, ser analisadas atento o grau de confundibilidade que a publicidade comparativa possa gerar no consumidor médio, uma vez que o direito da publicidade abarca todas as normas que tenham por desígnio a regulamentação da atividade publicitária.

Este sistema encontra-se, presentemente, sob grande influência dos princípios fundamentais de um sistema que assenta na livre concorrência, pelo que existe entre a publicidade comparativa e o instituto da concorrência desleal uma influência recíproca dos seus elementos¹¹³.

Além disso, ambos os regimes concorrem para a regulamentação dos mercados e dos seus comportamentos, e tutelam em grande medida, além dos interesses dos concorrentes, os interesses dos consumidores¹¹⁴.

¹¹¹ Sempre que determinada conduta possa configurar concorrência desleal, é necessário que se vejam preenchidos quatro requisitos: uma relação de concorrência; um ato relacional de mercado; uma finalidade concorrencial, e; o concorrente (autor do ato), uma vez que poderá haver um ato de concorrência no caso de se procurar satisfazer as mesmas necessidades do público consumidor, mas também, sempre que se as necessidades, ainda que distintas, se possam “inserir no mesmo setor do mercado, dirigindo-se por isso ao mesmo tipo de clientela. Sendo ainda defensável que, em determinados casos concretos, possa haver concorrência, mesmo que não haja identidade ou afinidade entre produtos ou serviços, ou ainda identidade de sector do mercado.” (vd. Campinos, António, Luís Couto Gonçalves (2010), *ob. cit.*, pp. 553-554).

¹¹² Para Patrício Paúl (2005), é admissível que a concorrência possa procurar a disputa de fornecedores, distribuidores e vendedores, ou até os próprios trabalhadores, considerando que estes atos, serão também atos de concorrência com vista a um melhor apetrechamento da empresa, no sentido de obter “posições mais vantajosas no mercado”. (*in Concorrência desleal e Direito do Consumidor*, ROA, consultável http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45650&ida=45680 (2014-05-12).

¹¹³ Poder-se-á, desde logo, retirar esta conclusão do considerando 8 da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, que visa a proteção dos interesses dos consumidores, e consequentemente, estende essa proteção também aos concorrentes.

¹¹⁴ Sobre esta matéria, vd. Leitão, Adelaide Menezes (1997), *in Concorrência desleal – A concorrência desleal e o direito da publicidade*, Almedina, Coimbra, p. 143.

2. Os atos de confusão nos consumidores e a denegrição das marcas e dos concorrentes na publicidade comparativa

Neste momento do nosso estudo, constatamos que, são inúmeras as vantagens que podem ser assinaladas no uso da publicidade comparativa, começando pela racionalização do processo de compra com o recurso que os consumidores terão devido à existência de mais informação sobre todos os bens e serviços presentes no mercado. Contudo, ainda assim, a publicidade comparativa só será consentida sempre que “não gere confusão no mercado”, quer “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” (*cf.* o artigo 16.º, n.º 2, al. d) do CPub).

Mas como já vimos, da norma do artigo 16.º do CPub, não sobressai qualquer referência aos atos de confusão que a comparação possa gerar nos consumidores, o que nos pode levar a crer que está a afastar da sua regulação, a defesa dos interesses dos consumidores, nomeadamente no que respeita à atividade publicitária em particular, e à atividade comercial em geral¹¹⁵.

Contudo, será a tutela da proteção do consumidor que se pretendeu regular, pois foi a figura do consumidor que esteve subjacente à publicação da Diretiva 97/55/CE, retirando-se essa afirmação do considerando 6, onde se afirma, que a publicidade comparativa poderá “estimular a concorrência entre os fornecedores de bens ou serviços no interesse do consumidor” (sublinhado nosso). O que, de seguida, nos levará a uma abordagem à figura do consumidor médio.

2.1. Consumidor médio

Impõe-se, neste momento, a questão de analisarmos a que tipo de “consumidor” se refere a Diretiva, e em que medida é relevante o conhecimento do consumidor médio.

O artigo 5.º da Diretiva 29/2005/CEE, que trata da proibição de práticas comerciais desleais, determina que será considerada prática comercial desleal, toda aquela que distorça ou seja

¹¹⁵ No que respeita à defesa dos interesses do consumidor, regula o artigo 12.º do CPub, a proibição de publicidade que atente contra os direitos deste, e no artigo 11.º, encontramos a disciplina básica da atividade publicitária, ou seja, a proibição de publicidade que seja enganosa.

suscetível de distorcer, o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afeta¹¹⁶.

Como se caracteriza, então, o consumidor médio? No considerando (18) da referida Diretiva, esclarece-se que é de toda a conveniência proteger todos os consumidores das práticas comerciais desleais e, para tanto, analisaram-se os efeitos produzidos num consumidor ideal típico; e, neste caso, a diretiva utilizou como modo “de referência o critério do consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta factores de ordem social, cultura e linguística” (sublinhado nosso)¹¹⁷.

Uma mensagem publicitária poderá configurar práticas de concorrência desleal, sempre que cause impressão no consumidor que o leve a fazer as suas escolhas com base em informação confusa, e que numa situação de plena consciência ou esclarecimento não o faria. Sendo por isso necessário fazer, aqui uma abordagem à caracterização deste tipo de consumidor.

Ora, no Decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de março, que corresponde, na prática, à transposição da Diretiva 29/2005/CEE, veio a estabelecer-se no seu preâmbulo uma proibição geral única das práticas comerciais desleais que possam distorcer o comportamento dos consumidores.

Neste caso, as práticas comerciais desleais gerais correspondem a uma “prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja suscetível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico” dos consumidores; e as especiais, corresponderão ao facto de poderem ser enganosas ou agressivas (vd. artigos 7.º, 9.º e 11.º, e artigos 8.º e 12.º, respetivamente).

Como decorre das normas supra referidas, foi deixado para os tribunais¹¹⁸, tendo tido depois, pleno acolhimento pela autodisciplina, a definição de consumidor médio, uma vez que o nosso

¹¹⁶ Diretiva 29/2005/CEE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) 2006/2004 («directiva relativa às práticas comerciais desleais»).

¹¹⁷ JOUE, L-149/25, de 11.6.2005.

¹¹⁸ Vd., sobre o conceito de consumidor médio, nomeadamente, os Ac. do TJ de 7 de março de 1990, GB-INNO-BM, C-362/88, Colect., p. I-667; de 13 de dezembro de 1990, Pall, C-238/89, Colect., p. I-4827; de 18 de maio de 1993, Yves Rocher, C-126/91, Colect., p. I-2361; de 2 de fevereiro de 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, C-315/92, Colect., p. I-317; de 29 de junho de 1995, Langguth, C-456/93, Colect., p. I-1737, e de 6 de julho de

legislador, na transposição feita, se refere apenas ao “consumidor”, e não ao “consumidor médio”, podendo, neste caso, entender-se que se tratou de abranger, quer o consumidor médio, quer o consumidor vulnerável, como também vem indicado na Diretiva analisada.

Também o CCICAP, em matéria de publicidade e outras formas de comunicação comercial, acolheu a fórmula derivada da diretiva relativa às práticas comerciais desleais, e, no seu artigo 3.º, n.º 3, vem indicar expressamente que, as comunicações comerciais devem ter em consideração “os conhecimentos, a experiência e a capacidade de discernimento de um consumidor médio, ou aquele a quem especial se destina, tendo em conta os factores sociais, culturais e linguísticos” (sublinhado nosso), e, no seu n.º 5, concretiza a figura do consumidor médio, como sendo aquele que detenha “um grau razoável de experiência, de conhecimento e de bom senso, e detenha uma razoável capacidade de observação e prudência”.

Assim, as autoridades judiciais e administrativas, bem como as entidades de autodisciplina, deverão ter presente a definição de “consumidor médio” sempre que em análise, estejam atos de comparação ilícitos, para que se possa retirar a convicção de se estar em presença de atos de concorrência desleal, de atos de confusão e de denegrição.

2.2. Os atos de confusão

Os atos de comparação que “em concreto crie(m) confusão com o concorrente”, poderão configurar concorrência desleal na medida em que, atenta a figura do consumidor médio, podem provocar incertezas no que respeita aos seus direitos, e em última linha, pôr em causa a confiança no mercado.

No ordenamento jurídico português, como já referido anteriormente, além do Código da Publicidade que rege as normas relativas à atividade publicitária, onde se inserem as normas relativas à publicidade comparativa, temos, igualmente, o Regime Jurídico das Práticas Comerciais

1995, Mars, C-470/93, Colect., p. I-1923, onde “o Tribunal de Justiça declarou que: para determinar se uma denominação, marca ou indicação publicitária é ou não enganosa, se deve ter em conta a presumível expectativa de um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”.

Desleais, e que nos termos do disposto no seu artigo 7.º, n.º 2 alínea a), estipula que constitui prática comercial enganosa – proibida nos termos do artigo 4.º, e punida nos termos do artigo 21.º –, toda a “atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente” (sublinhado nosso), devendo ter-se sempre em consideração, quer as características do ato de comparação, bem como as circunstâncias do caso concreto em que esta se aplique.

Constituem, ainda, atos de confusão quaisquer ações que visem diminuir o crédito que merece a atividade ou os produtos de um ou mais concorrentes com vista à atração da clientela que, por via de uma campanha publicitária com recurso à comparação, poderá ser desviada para os operadores dos produtos publicitados^{119, 120}.

O artigo 317.º, al. a) do CPI que visa os atos de confusão, tem na sua essência o facto de um concorrente poder utilizar as características de um seu opositor, confundindo-se com este, podendo induzir em erro o público-alvo da informação. Nessa medida, nas atuações dos agentes em presença, todos “os atos suscetíveis de criar confusão com o estabelecimento, os produtos, os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue”, configurarão atos de concorrência desleal¹²¹.

Estaremos perante um determinado tipo de atuação que terá como fim provocar no consumidor a confusão entre um determinado produto ou serviço, ou até mesmo com o próprio agente. E, neste

¹¹⁹ Veja-se, por exemplo, o conceito de confusão que é defendido por Bittar, Carlos Alberto (1993), p.108 e (1989), pp. 54-55, apud. Durigan, Paulo Luis (2007), *Publicidade Comparativa, Informação Persuasiva e Concorrência*, p. 215.

¹²⁰ Em matéria de concorrência desleal, a lei alude, no seu artigo 317.º, n.º 1, al. a) do CPI, à suscetibilidade de confusão entre produtos ou serviços, mas também sempre que a surja a possibilidade de ocorrer confusão no espírito do consumidor médio, e que esta possa derivar da existência de semelhanças entre as embalagens dos produtos. (*in* Campinos, António, Luis Couto Gonçalves (2010), *ob. cit.* pp. 556-557).

¹²¹ As regras de defesa da propriedade e uso exclusivo da marca, protegidos pelo CPI (*vd.* art. 224.º), não se aplicam no caso da publicidade comparativa, uma vez que a publicidade apresentando-se dos mais variados modos, o seu conceito deve ser interpretado extensivamente, ou seja, deverá abarcar todas as formas de publicidade, incluindo as com recurso às novas tecnologias. *Vd.* Ascensão, J. Oliveira (1997), *in* AA.VV. *Concorrência Desleal – O princípio da prestação: um novo fundamento*, Almedina, Coimbra, pp. 15 e ss.

quadro reveste especial importância o aspeto visual que é característico ao produto ou ao serviço em causa, quando apresentado ao público, vulgarmente designado “*trade dress*”¹²².

Neste caso de concorrência, que não poderá ser classificada em princípio como desleal, é especialmente relevante a divulgação sugestiva de características que são específicas a determinados produtos ou serviços, cujo meio de atuação, por excelência, é levado a cabo pela publicidade. Retira-se destes a conexão existente entre os atos de confusão e a própria publicidade, nomeadamente a comparativa, quando, por vezes, reveste aspetos de possível confundibilidade.

2.3. Os atos de denegrição ou descrédito

A denegrição de uma marca, de um serviço ou de um produto visa, em certa medida, o desvio da clientela mediante o fomento da depreciação ou descrédito de um concorrente e dos seus produtos, bens ou serviços que estão à disposição no mercado, tendo por objetivo prejudicar a reputação desse concorrente ou do seu negócio. Tais atos concretizam-se ao tornar público falsa informação com o objetivo de causar, em última análise, prejuízo. Tais atos denegridores podem atingir, tanto a pessoa do concorrente, como o seu negócio ou os seus produtos (pelo que, nesse sentido, a promoção de um operador não deve ser feita através do desvio de clientela por métodos ou processos desrespeitadores dos padrões éticos e deontológicos estabelecidos).

A mensagem publicitária, ainda que com recurso a mensagens simbólicas, que em certa medida deverão ser interpretadas dentro do contexto em que se inserem, não deverá transmitir referências depreciativas da concorrência, uma vez que, podendo estabelecer-se esse paralelismo, os atos poderão ser considerados de denegrição ou descrédito.

¹²² Em complemento, reveste de alguma importância o trabalho desenvolvido sobre este tema pela Mestra Pereira, Vanessa Adelaida, que na sua dissertação, *in Trade Dress e a Concorrência Desleal*, apresentada à Universidade de Aveiro para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Contabilidade, defende que o “*trade dress* refere-se ao aspeto visual característico de como um produto ou serviço é apresentado ao público consultável” considerando que esta figura se encontra em correlação com a concorrência desleal, uma vez que a imitação de produtos, através do seu aspeto visual, configura atos de concorrência desleal. Documento consultável em http://opac.ua.pt/F?func=find-b&find_code=SYS&request=000230581 [2014-11-13].

De facto, para que exista denegrição de um concorrente, não é necessário que este seja nitidamente identificado: basta que possa ser, pelas suas características ou pela sua aplicação, reconhecido pelo público. Aliás, uma forma frequente de denegrição será a que é feita de forma indireta, ou seja, é aquela que se faz por alusão desprimorosa, sem todavia, se designar aberta e diretamente este ou aquele concorrente em particular.

Podemos, então, entender por denegrição todos os atos capazes de gerar dano de carácter moral ao património ou ao próprio titular do negócio, através da divulgação de publicidade em que se façam alusões, comparações, confronto direto de produtos ou quando estes se encontrem colocados a disposição maliciosa, a fim de afastar a clientela ou, ainda, com recurso a uma veiculação de publicidade enganosa, ainda que esta não tenha carácter comparativo em detrimento do concorrente, mas que seja apta a induzir o consumidor ao erro. Contudo, é imprescindível que a mensagem denegridora que identifique o concorrente, possua um conteúdo imoral ou desleal e não se pautem pela ética publicitária.

Em matéria de autorregulação, neste caso, a levada a cabo pelo ICAP, o artigo 16.º do seu Código de Conduta (que teve como inspiração o artigo 7.º do Código Internacional de Práticas Leais em Matéria de Publicidade e Comunicação Comercial, da Câmara de Comércio Internacional), determina que “a publicidade deve afastar qualquer referência, direta ou indireta, que possa denegrir uma pessoa, empresa, organização, atividade, profissão ou produto ou marca, ridicularizando-os ou desrespeitando-os”.

Será lícito que as empresas tenham elogios aos seus produtos por forma a dar-lhe mais destaque, que afirmem que os seus produtos são melhores ou têm melhores qualidades dos que os dos seus concorrentes, mas tais afirmações só serão lícitas se forem verdadeiras. Contudo, já não será lícito criticar nem, por maioria de razão, recorrer à depreciação dos seus concorrentes, sobretudo se estes forem em número reduzido e, por isso, possam vir a ser facilmente identificáveis¹²³, de modo a que se tirem benefícios, afirmando-se designadamente, que o seu

¹²³ *Vd.*, nomeadamente, a fundamentação utilizada pelo Júri de Ética do ICAP em 1995, em processo onde estava em causa a promoção de um produto de software em imprensa especializada, em que defesa do consulente consistia na consideração de que a publicidade comparativa utilizada induzia em erro os destinatários (publicidade enganosa) e desacreditava o produto da consulente (denegrição), tendo, como consequência, este

produto é melhor porque o do seu concorrente não tem a mesma qualidade, ou porque não preenche os mesmos requisitos e padrões de qualidade, quando não possa comprovadamente apresentar resultados que o confirmem¹²⁴.

A publicidade comparativa é admitida, com as limitações previstas na lei e, alimenta a livre concorrência sendo em regra benéfica para o consumidor, seu alvo principal, encontrando a sua previsão no Código da Publicidade (artigo 16.º). Assim, enquanto não sugerir ou insinuar ofensa, não desacreditar marcas ou produtos comparados, e desde que observe uma conduta ética, não pode ser considerada como constituindo um ato contrário à leal concorrência, ou publicidade comparativa ilícita.

É inegável que a publicidade tem uma relevante importância para o tecido empresarial, já que contribui para a divulgação da produção ou circulação de bens ou serviços, apresentando-se, por isso, como um fator de atração de clientela. No entanto, a linha traçada pela lei, para que esta possa constituir atos de concorrência desleal, é ténue, isto desde logo porque, por meio do descrédito de empresas ou serviços, por divulgação de aspetos que visem rebaixar ou denegrir a reputação de empresas, das marcas ou dos serviços em concorrência, estar-se-á perante publicidade comparativa ilícita¹²⁵, sendo mesmo exigível que a mensagem publicitária, trate de mera imputação de facto

órgão determinado, que a publicidade em questão fosse suspensa (Revista Portuguesa de Direito do Consumo, dezembro de 1996, n.º 8).

¹²⁴ *Vd.* a este propósito, uma recente deliberação da 1.ª Secção do Júri de Ética do ICAP de 28/03/2014, onde em síntese se considera publicidade comparativa ilícita, com recurso a uma afirmação de superioridade absoluta de um determinado produto, face aos seus congéneres no mercado, com base em informações enganosas, potencialmente causadoras de confusão nos consumidores, recorrendo a resultados estatísticos sem comprovação da superioridade afirmada, causando confusão nos consumidores, que teve como desfecho a suspensão da publicidade comparativa em causa. (*vd.* Acta de 28/03/2014, Processo n.º 3J/2014, Procter & Gamble vs. Unilever Jerónimo Martins).

¹²⁵ Para que se esteja perante publicidade comparativa ilícita, e para que esta configure um ato de concorrência desleal é necessário que as afirmações não sejam verdadeiras, isto nos termos do artigo 317.º do CPI, conjugado com o artigo 16.º do CPub, na medida em que para estarmos perante publicidade comparativa ilícita é necessário que se recorram a afirmações enganosas na comparação dos produtos oferecidos ou dos serviços prestados por determinada empresa com os da empresa concorrente e não se encontrem preenchidos os demais requisitos do artigo 16.º do CPub. (*vd.* Campinos, António, Luís Couto Gonçalves, *ob. cit.*, pp. 557).

concreto e, não de meras afirmações vagas e inofensivas, isto desde que não venha a ultrapassar o exagero que, por vezes, poderá ser próprio das campanhas publicitárias¹²⁶.

Atento o que se vem defendendo, poder-se-á afirmar que um determinado concorrente que faça alusão ao que de melhor tem em relação aos seus concorrentes, e, pese embora, possa parecer que estará a entrar no campo do descrédito¹²⁷, desde que não passe da fórmula de exaltação dos méritos do seu produto publicitado, haverá uma menor propensão de a sua mensagem publicitária vir a considerar-se violadora da leal concorrência¹²⁸.

Acrescente-se que, no que respeita às práticas comerciais desleais das empresas, nas suas relações com os consumidores, a norma contida no artigo 11.º do CPub visa proibir todas as formas de publicidade que sejam enganosas, havendo que conjugá-la com os termos previstos no Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março (RJPCD).

Os atos de comparação podem em todo o caso encontrar justificação no contexto de mercado comum por influência dos vários interesses que neles se encontram presentes. E neste caso, a

¹²⁶ Veja-se, por exemplo, a campanha publicitária analisada pelo JE do ICAP, no processo n.º 22J/2010, de 8 de outubro de 2010, caso Cabovisão vs. PT Comunicações, onde se considera que “a terem tais paródias satíricas como objectivo, o intuito comercial e publicitário, ao abrigo do Direito Constitucional à Liberdade de Expressão - de que a liberdade de Criação Artística e Cultural constitui vertente -, a sua consecução acarreta para o anunciante, o dever de exame valorativo de factos e de situações abstractas insusceptíveis de denegrição, no âmbito de uma correlação entre fins lícitos e adequação de meios, porquanto tais Direitos Constitucionais são susceptíveis de colidir, no caso concreto, quer com os Direitos (igualmente Constitucionais) dos consumidores quer com o Direito ao Bom Nome das Empresas concorrentes” e conclui “que a comunicação comercial da responsabilidade da PTC, se encontra desconforme com o disposto no artigo 16.º do Código de Conduta do ICAP atenta a respectiva susceptibilidade de desacreditação e colocação a ridículo do desempenho da prestação do serviço CABOVISÃO”.

¹²⁷ Poderemos dar como exemplo a publicidade em tom excludente, onde o que se pretende será a exaltação do produto da empresa anunciante em detrimento dos produtos seus concorrentes no mercado, e neste caso, não estaremos perante atos de publicidade comparativa explícita ou implícita, uma vez que aqui a comparação poderá ser um aspeto secundário do anúncio propriamente dito (veja-se a este título, que o autor espanhol Anxo Tato Plaza, defende que, para que ocorra esta prática, “...deve existir, para além da referência genérica a todos os restantes concorrentes, uma referência inequívoca a um ou vários concorrentes” devendo atender-se “ao sentido que o público receptor da mensagem publicitária dê a este (...). Isto é, quando o público destinatário da mensagem entenda esta como uma comparação com um ou vários concorrentes determinados e identificáveis.” *in* Anxo Tato Plaza (1996), *ob. cit.*, p. 52).

¹²⁸ *Cfr.* Ascensão, J. Oliveira (1994), *in* AA.VV. *Concorrência Desleal*, Lisboa, AADDL, p.163.

defesa da licitude da publicidade comparativa necessitará sempre de uma delimitação jurídica do seu conceito, uma vez que só desta forma se poderiam preservar as possíveis ingerências de carácter desleal e, também assim, se alcançar um maior grau de segurança jurídica nos operadores económicos que se encontram organizados nesse mercado.

Atento o conceito jurídico da comparação que se faz no âmbito sistemático da jurisdição das condutas concorrenciais, esta deverá ter como objetivo principal quer a licitude, como a lealdade.

Neste sentido, apresentamos uma delimitação conceptual de carácter preliminar do que se pretende tratar de seguida. Em primeiro lugar, prevalecerão os critérios que derivam do artigo 16.º do CPub em matéria de publicidade comparativa mas, deverá, igualmente, atender-se às normas da concorrência desleal (art. 317.º do CPI), conjugadas com as normas que se referem a toda a atividade publicitária.

CAPITULO IV

REGULAÇÃO E LITIGIOSIDADE

1. A autodisciplina

Tendo por base a Diretiva 97/55/CE, de 6 de outubro de 1997, que veio alterar a Diretiva 84/450/CEE, relativa à publicidade enganosa, para passar a incluir a publicidade comparativa, foi introduzida no artigo 4.º, n.º 1, uma nova redação onde se veio a estipular que “os Estados Membros devem zelar pela existência de meios adequados e eficazes para controlar a publicidade enganosa e a publicidade comparativa no interesse dos consumidores, e bem assim, dos concorrentes e do público em geral”.

Tais meios visavam incluir nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, disposições jurídicas em que pessoas ou organizações, de acordo com a legislação interna, que tenham interesse legítimo na proibição da publicidade enganosa ou da publicidade comparativa, possam, desse modo: (i) intentar ação judicial contra tal publicidade; e/ou (ii) submetê-la a órgão administrativo competente para decidir sobre as queixas ou dar início aos procedimentos judiciais que se mostrem necessários ou adequados à proibição de tais atos.

Nesta medida, verificaram-se criadas as condições para que, entre nós, fosse criado um regime de controlo voluntário das comunicações comerciais e de publicidade, onde se enquadra a publicidade enganosa e a comparativa, controlo este levado a cabo por organismo autónomo, onde poderiam recorrer, quer as empresas, quer as associações de consumidores, ou ainda, quaisquer pessoas singulares que entendessem estarem a ser violados os princípios gerais da ética e da legalidade.

E, neste caso, em Portugal verifica-se a coexistência do regime da autodisciplina, a par do da heterorregulação, no que toca às matérias das comunicações comerciais e em termos de publicidade, tendo em vista a regulação de princípios gerais da publicidade e das práticas leais.

A autorregulação, em regra, atua nas comunicações comerciais e na publicidade tendo na sua base princípios da legalidade, da decência, da honestidade e da verdade. E entre nós, como já havíamos referido na nota introdutória, esta é levada a cabo pelo ICAP.

Trata-se, pois, de uma associação de carácter privado, de adesão voluntária e que tem no seu escopo social, o objetivo principal da defesa dos princípios ético-deontológicos da comunicação e da

atividade publicitárias, regendo-se por normas de conduta, promovendo a legalidade e transparência das comunicações publicitárias em benefício de uma concorrência honesta, e preservando os direitos dos consumidores¹²⁹.

O sistema de autorregulação publicitária que o ICAP visa promover não pretende ser um substituto da lei, mas servir de apoio à atividade publicitária, tendo como objetivo último a cobertura global da generalidade dos tipos de comunicação comercial ou de marketing, sendo importante que, integre todas as técnicas publicitárias que utilizem qualquer suporte ou canal de distribuição baseado nas novas tecnologias¹³⁰.

O ICAP foi criado pelos principais representantes do mercado das comunicações comerciais, em especial, em matéria de publicidade – tais como, anunciantes, agências e meios – sendo a entidade responsável, em Portugal, pela implementação de um sistema de autorregulação, tendo como principal objetivo a defesa de uma atividade publicitária lícita, verdadeira e leal. Nos dias de hoje, o ICAP conta com um conjunto significativo de empresas associadas e as suas decisões têm reconhecimento legal, nomeadamente pela Administração Pública¹³¹ e pelos Tribunais¹³².

¹²⁹ Cfr. Preâmbulo do Código de Conduta do ICAP, p. 9

¹³⁰ Pode verificar-se, ainda, no preâmbulo quais os objetivos que este Código de Conduta pretende atingir no âmbito das comunicações comerciais e da publicidade, nomeadamente, e entre outras: (i) a demonstração da responsabilidade e das boas práticas em todas as comunicações comerciais; (ii) o reforço da confiança do público; (iii) o respeito da privacidade e preferências dos consumidores; apresentação de soluções prática e flexíveis; (iv) redução de legislação e regulamentação detalhada; (v) fomento da autorregulação e boas práticas entre os agentes; (vi) reforço da componente ética nas várias vertentes da comunicação comercial, sem prejuízo da componente jurídica (Cfr. Objectivos do Código, no Preâmbulo do Código de Conduta do ICAP, p. 10).

¹³¹ O exemplo disso é o protocolo assinado entre Direção-geral do Consumidor e o ICAP, que se encontra em vigor. Este protocolo é de cooperação entre as duas instituições considerando o respeito pela lei e pela ética publicitárias.

¹³² O caso *Sovena vs Copaz* chegou aos Tribunais superiores, tendo sido o ICAP chamado a responder por responsabilidade civil extracontratual por ato deliberativo que, devido ao seu Júri de Ética e da Comissão de Apelo ter considerado não estarem preenchidos os pressupostos para que a publicidade comparativa utilizada fosse verdadeira, vir a ter determinado a cessação de tal campanha publicitária. O Tribunal da Relação veio-o a considerar que este Instituto tendo-se limitado “a decidir de acordo com as normas processuais e adjetivas aplicáveis”, uma vez que a Copaz não logrou provar a verdade objetivamente científica das afirmações contidas na sua campanha publicitária comparativa, e que pese embora, não fosse a Copaz obrigada a retirar a publicidade por não ser associada do ICAP, considerou que o mesmo não se poderia dizer relativamente à RTP

Tratando-se, também por essa razão, de uma entidade fiável na defesa de direitos e interesses da sociedade civil e da indústria, enquanto entidade promotora da credibilidade do discurso publicitário e da salvaguarda da liberdade de expressão comercial, tendo estabelecido com os vários agentes do meio publicitário e das comunicações comerciais vários acordos que visam a prossecução dos objetivos desta instituição¹³³.

E neste instituto, de cariz privado, podemos encontrar, ainda, no seu código de conduta as bases para um contributo na análise de diversas situações ocorridas nas comunicações comerciais em matéria de publicidade, e as suas deliberações são, em regra, acatadas pelos comerciantes e pelos órgãos divulgadores da publicidade. Além do mais, em regra sempre que sejam proferidas decisões, em que a punição seja a da imposição de cessação da mensagem publicitária, esta cessa de facto.

2. A tutela administrativa

O sistema de regulação administrativa das práticas de concorrência desleal e também em matéria de publicidade foi, até há bem pouco tempo, levado a cabo pela extinta Comissão de

(o outro Réu chamado à mesma ação), atendendo à circunstância de esta ser associada deste instituto (*cf.* Acórdão do TRL, Proc. 3070/07-6 (6ª Secção)).

Também em sede de recurso de revista, o STJ foi chamado a decidir (Proc. 1721/08-2) sobre esta matéria, tendo entendido que a recorrente (Copaz) deveria ter acatado a decisão do ICAP para apresentarem as provas científicas, relativas às qualidades do produto publicitado, uma vez que, em publicidade, “compete ao anunciante o ónus da prova da veracidade dos elementos de facto publicitados” (*cf.* Acórdão do STJ, Proc. 1721/08-2, consultável em www.icap.pt).

¹³³ O Instituto encontra-se apetrechado com um sistema de monitorização, que por iniciativa própria e/ou mediante acordo com os agentes responsáveis pela publicidade ou pela respetiva veiculação, se traduz numa ferramenta de análise que visa apurar, através de uma análise à publicidade veiculada ou por veicular, a existência de eventuais ilícitos publicitários, que poderão levar à cessação ou correção da mesma, sempre que a mensagem seja tida por publicidade ilícita. Esta será uma ferramenta preventiva, e poderá constituir uma atenuante da responsabilidade pelo eventual ilícito verificado ou eventualmente verificável.

Igualmente, foi celebrado entre o ICAP e a APCV – Associação Portuguesa dos Produtores de Cerveja, um Protocolo de Cooperação, tendo como objetivos a monitorização da atividade publicitária deste produto, tendo recentemente, alargado esta monitorização também aos *outdoors*. (Informações disponíveis em www.icap.pt).

Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade, sendo agora prosseguido pela Autoridade de Segurança Alimentar e Económica¹³⁴. Esta entidade administrativa tem como missão a aplicação de coimas e de sanções acessórias às contraordenações em matéria económica e também em matéria da publicidade, nos termos da legislação aplicável, nomeadamente, as que têm previsão no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, na versão dada pela Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, e, também, no próprio Código da Publicidade (artigo 37.º), que atribui à Direção-geral do Consumidor, a fiscalização pelo cumprimento do disposto no Código.

A par do ICAP, a Direção-geral do Consumidor, desempenha um papel fundamental na definição e regulamentação em matérias relativas à publicidade, sendo considerado essencial e vital ao funcionamento dos sistemas económicos dos mercados.

Também o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), que centra a sua atividade, na atribuição e proteção de direitos de Propriedade Industrial, quer a nível interno como externo, em colaboração com as organizações internacionais de que Portugal é membro; atua, em particular na difusão da informação técnica e científica patenteada e, na promoção da utilização do Sistema de Propriedade Industrial, tendo como objetivo o reforço da capacidade inovadora e competitiva do país, a lealdade da concorrência e, também o combate à contrafação¹³⁵.

A necessidade de intervenção dos poderes públicos estaduais, também neste setor, destina-se a discipliná-lo, “acautelando os interesses dos cidadãos em geral e dos consumidores em especial, protegendo e procurando o reforço da defesa da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores”, através da criação de mecanismos legais de proteção e regulamentação do exercício da publicidade e da atividade publicitária.

¹³⁴ As atribuições cometidas à Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade, pelo Decreto-Lei n.º 143/2007, de 27 de abril, derivado de uma reestruturação governamental, passaram a ser desenvolvidas pela Autoridade de Segurança Alimentar e Económica, conforme decorre do Decreto-Lei n.º 194/2012 de 23 de agosto.

¹³⁵ O INPI, será pois o instituto a quem incumbe regular toda a atividade industrial, competindo-lhe também a aplicação da legislação nacional, nomeadamente, o CPI, mas também, a que emana das Convenções, Tratados e Acordos internacionais que Portugal tenha ratificado, na medida em que deverá controlar a concorrência desleal em matéria de violação dos direitos de marca, sempre que se violem princípios gerais ou específicos destes direitos industriais, insitos no CPI.

Entende-se, aqui, que pode revestir de algum interesse uma análise das múltiplas situações em que se conjugam as práticas levadas a cabo pelos diversos agentes, comerciantes e consumidores, bem como sob que forma as entidades reguladoras e autorreguladoras se conjugam ou aplicam a lei numa atuação justa, isto devido à multiplicidade de situações que se apresentam ao escrutínio jurídico. Por essa razão, e uma vez que só poderemos analisar as situações caso a caso, neste sentido só nos referiremos, neste trabalho, àqueles casos que se nos afiguraram ser os mais relevantes, aplicados ao nosso estudo.

Cuidaremos de seguida trazer alguns dos casos, que tratados no nosso ordenamento, quer administrativamente, quer no âmbito da autorregulação, se nos afiguraram de interesse para o que temos vindo a discorrer.

3. A litigiosidade em publicidade comparativa – denegrição e confusão: casos

3.1. Caso Nova Publicidade – Publicidade, Lda.¹³⁶

Foi suscitada ao ICAP, e posteriormente à CACMP, com parecer do IC, uma questão relativa à publicidade veiculada pela arguida Nova Publicidade – Publicidade, Lda., com recurso a comparações feitas relativamente às suas congéneres empresas multinacionais, onde se vem a concluir que a mensagem publicitária utilizada era indiciadora de ilicitude por denegrição.

Para um melhor enquadramento da questão, resumem-se as frases utilizadas nos anúncios, pela empresa: “Português Suave ... A Nova Publicidade adverte. O abuso da publicidade das agências multinacionais pode prejudicar seriamente a saúde dos seus produtos. Antes de escolher a sua Agencia de Publicidade, pense duas vezes e contacte ...”, e: “Aproveite agora que os dinossauros estão na moda e entregue a sua conta a uma agência multinacional... No caso de você preferir uma agência de publicidade mais ágil, mais pequena, com uma estrutura mais flexível e uma administração menos voraz, ligue para (...) Talvez fique a perceber melhor as razões de extinção dos dinossauros”.

¹³⁶ Ac. de 29 de maio de 1996, condenação da Nova Publicidade – Publicidade, Lda. *in* Revista Portuguesa de Direito do Consumo (1996), n.º 7, setembro, pp.148-153.

Neste caso concreto, o recurso à publicidade, e nomeadamente à publicidade comparativa, por esta empresa ou por outra de qualquer outro ramo de atividade económica, é o da busca de clientela, e o recurso a linguagem simbólica, fruto de interpretação no contexto em questão deve respeitar os padrões éticos e deontológicos estabelecidos, que se entenderam não terem sido respeitados, uma vez que a empresa anunciante, se encontrava “a veicular o enriquecimento do seu produto à custa de terceiros” (sic).

Por estas razões, entendeu o ICAP, que a mensagem publicitária transmitida por esta empresa, fazia uma referência depreciativa da concorrência, que a mensagem continha “agressividade e intencionalidade de desacreditar o concorrente”, vindo a considerar que esta publicidade, atentando o paralelismo estabelecido, como um ato de denegrição.

Chamado a pronunciar-se, o Instituto do Consumidor, veio, no seu parecer, considerar que o anúncio, em análise, violava o artigo 16.º do Código da Publicidade na versão que, à data dos factos (1996), estabelecia as regras para o recurso à publicidade comparativa.

A CACMEP veio corroborar as posições assumidas pelas autoridades chamadas a dar o seu parecer, e decidiu pela condenação da empresa anunciante, nomeadamente, por a publicidade comparativa, na forma como estava a ser utilizada, ser proibida nos termos do artigo 16.º do CPub, uma vez que naquela época tal preceito legal dispunha que “é proibida a publicidade que utilize comparações que não se apoiem em características essenciais, afins e objectivamente demonstráveis dos bens ou serviços ou que os contraponha com outros não similares ou desconhecidos”¹³⁷. Mas mais, também entendeu que a forma e os métodos utilizados violavam inequivocamente o que era permitido em termos de publicidade comparativa, uma vez que o propósito era, de forma deliberada, por em causa o prestígio das outras agências de publicidade, denegrindo a imagem profissional e comercial destas.

¹³⁷ A previsão legal do artigo 16.º do CPub, na redação dada pelo Decreto-Lei nº 330/90, de 29 de outubro, dispunha que a publicidade comparativa, só seria permitida, caso o motivo da comparação assentasse em características objetivas do produto comparado, proibindo todas as restantes comparações que tivessem por base, outros elementos ou características, mensagens denegridoras ou causadoras de confusão no consumidor, o que era manifesto no caso do anúncio em análise, tal como veio a concluir a Comissão, quando determinou a aplicação de uma coima e a proibição da publicidade em causa.

A Comissão, com base neste juízo, determinou a condenação da empresa pela prática ilícita do recurso à publicidade comparativa por denegrição.

À luz das normas que à data vigoravam, assumimos a nossa concordância com esta posição, isto porque na publicidade não devem ser utilizadas mensagens que visem manchar a imagem dos seus concorrentes, recorrendo à depreciação, apenas e só porque as suas congéneres se encontram a laborar num contexto diversificado do mercado (multinacionais), não devendo, por isso, ver a sua imagem denegrida à custa de comparações que venham a ser consideradas depreciativas, como as que foram relatadas nos autos de contraordenação analisados.

A publicidade comparativa assente na ética e na licitude pode ser um instrumento de publicitação que poderá ajudar na dinamização do mercado, numa melhor informação dos consumidores que estão na primeira linha a quem será dirigida a comunicação publicitária.

3.2. Caso Burger King (Toronto – Comércio Internacional, Lda.) vs McDonald's¹³⁸

Em 1997, logo após a entrada em vigor das normas introduzidas pela legislação comunitária, surge no panorama publicitário um caso emblemático de publicidade comparativa explícita, caso este, que chegou ao Instituto do Consumidor e, mais tarde, à CACMEP, a fim de que estas instâncias se pronunciassem, e, eventualmente, atuassem sobre o anúncio veiculado pela firma “Toronto – Comércio Internacional, Lda.”, empresa que era, em Portugal, representante da cadeia de *fast food* Burger King.

A mensagem publicitária apresentada consistia na imagem de um hambúrguer grande, onde sobre o mesmo aparecia uma circunferência mais pequena, a tracejado de cor branca, simulando a imagem de um hambúrguer mais pequeno com a inscrição do nome McDonald's. Tal imagem surgia enquadrada com a seguinte frase “Na Burger King reconhecemos que há uma grande diferença entre os nossos hambúrgueres e os da McDonald's: Os nossos são muito maiores. Contra factos não há argumentos”.

¹³⁸ Ac. de 19 de março de 1997 – absolvição de Toronto-Comércio Internacional, Lda. (representante Burger King), *in* Revista Portuguesa de Direito do Consumo, setembro de 1997, n.º 11

E continua: Os Hambúrgueres e Cheeseburgers grelhados, 100% carne de vaca, da Burger King aumentaram de tamanho e têm agora 50% mais carne em peso, depois de cozinhados que os hambúrgueres equivalentes de quem você já sabe. Encare a verdade de frente. E de preferência grelhada!”

Este caso resume-se, especificamente, ao facto de a empresa Burger King pretender, através de uma comparação do produto, fazer passar a mensagem de que o seu produto é maior, tem mais quantidade de carne, e por isso, mais recomendável para os seus potenciais clientes, fazendo crer que os seus hambúrgueres eram, também por isso, melhores, por comparação com os da sua concorrente direta McDonald's, ou seja, apresentava-se a transmitir uma mensagem de comparação relativa ao tamanho, ao peso e à forma como o produto era confeccionado.

No nosso entender, e analisada a mensagem, esta empresa estava a recorrer a um superlativo comparativo de superioridade, pretendendo assim por em evidência o verbo de uma forma negativa: “Na Burger King reconhecemos que há uma grande diferença entre os nossos hambúrgueres e os da McDonald's: Os nossos são muito maiores” (sublinhados nossos), tentando desta forma fazer passar a mensagem aos seus consumidores que deveriam preferir os hambúrgueres da sua marca, pois eram maiores e mais pesados dos que os da sua concorrente¹³⁹.

Mas o facto de os hambúrgueres serem maiores pode ser classificado como uma característica essencial de um produto? Estamos em crer que sim, uma vez que a mensagem o que passa para o consumidor médio, é que de os hambúrgueres são maiores e têm mais carne.

A arguida, ouvida pelo Instituto do Consumidor, veio apresentar a sua defesa, alegando em síntese que: “o tamanho de um bem específico – no caso o hambúrguer – está associado ao peso, ou seja, maior tamanho, maior peso; e, menos tamanho, menor peso”, tendo também o entendimento de que, sempre que o anunciante informa do tamanho do produto, deverá entender-se que se refere

¹³⁹ No caso em análise, encontramos referências a publicidade comparativa explícita, atento o conceito de publicidade comparativa, visto na perspetiva que nos é dada por Adelaide Menezes Leitão (2005), onde, além de se fazer referência explícita ao concorrente, se alcança desde logo o efeito comparativo através da utilização do grau comparativo de tamanho, neste caso, dos hambúrgueres, (*in* Publicidade comparativa e concorrência desleal, Direito Industrial, Vol. IV, Almedina, Coimbra).

explícita e implicitamente, também, ao peso, defendendo por isso que não se encontrava a infringir qualquer norma do Código da Publicidade.

Esta mensagem publicitária foi reflexo de um ponto de viragem na publicidade com recurso a atos de comparação entre nós.

O Instituto do Consumidor (IC), chamado a pronunciar-se, vem entender que existia violação da norma contida no n.º 1 do art. 16.º do CPub., isto porque, o legislador ordinário, tendo partido da noção da proibição para fixar os contornos e os casos em que seria admissível o recurso à publicidade comparativa, estabeleceu na norma a noção ou a legalidade da sua utilização, ou seja, a publicidade comparativa seria admissível sempre que: (i) se apoiasse em características essenciais e demonstráveis (afins ou susceptíveis de comprovação); (ii) assentasse em critérios objetivos (“objectivamente demonstráveis dos bens ou serviços”); e, (iii) desde que se referisse a bens similares ou conhecidos. Atenta a sua análise das características do anúncio e da mensagem apresentada, aqui em análise, veio a concluir pela violação deste preceito.

A empresa arguida apresenta nova defesa, baseada nos mesmos fundamentos, ou seja de que “o tamanho do hambúrguer está associado ao peso”, pelo que “maior peso, maior tamanho, menor peso, menor tamanho”.

A apreciação feita pela Comissão, foi, pois, em sentido contrário ao parecer do IC, uma vez que no entender desta entidade, e à luz do que estipulava o artigo 3.ºA da Diretiva que veio alterar a Diretiva 84/450/CEE, que determinava que a publicidade poderia ser autorizada, no que se referia exclusivamente à comparação, sempre que se reunissem as condições do n.º 2 desta norma, ou seja, sempre que, comparem bens que respondem às mesmas necessidades, ou compare objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, verificáveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço. Contudo ao tempo da fórmula do artigo 3º-A da Diretiva, a nossa legislação ainda não a havia transposto para a ordem jurídica interna e o artigo 16.º do CPub continha uma proibição à publicidade comparativa, sempre que esta não se apoiasse em características essenciais, afins e objetivamente demonstráveis. Contudo, fazendo-se da leitura da norma uma interpretação *a contrário*, poder-se-ia retirar que, sempre que as mensagens ou a publicidade estivesse apoiada nas tais “características essenciais, afins e objectivamente demonstráveis”, a publicidade comparativa tinha de se ter por permitida.

Analisados todos os factos em presença, este órgão pugnou pela licitude da campanha publicitária, uma vez que, da legislação existente, quer sobre publicidade, quer também sobre a legislação reguladora do fabrico e comercialização de hambúrgueres¹⁴⁰ poderia retirar-se que poderia haver uma associação do tamanho do hambúrguer com o peso do mesmo, e que este valor “peso” era uma característica essencial, ou seja, a mensagem publicitária, encontrava-se assente numa comparação que incidia sobre bens que respondiam às mesmas necessidades, que as características eram representáveis e verificáveis, e que, por essa razão, a característica da comparação tinha natureza essencial pois era objetivamente demonstrável que “mais 50% carne de hambúrguer” estaria associado ao peso e ao tamanho, considerando-se, assim, a publicidade lícita e permitida pela lei, por não ser violadora da norma contida no art. 16.º do CPub.

3.3. Caso Sovena vs Copaz¹⁴¹

Nesta queixa observa-se claramente uma campanha publicitária com recurso a comparação de produtos que servem o mesmo fim, por isso, entendeu o ICAP, estar-se perante publicidade comparativa, na aceção do artigo 16.º do CPub e do artigo 15.º do CCICAP. A SOVENA, aqui queixosa, pretendeu levar a este Instituto as seguintes questões: existência de violação clara do disposto no artigo 16.º do CCICAP e do Código Internacional de Práticas Leais em Matéria de Publicidade do CCI (CIPPLMP), isto porque, a Copaz se apresentava, no seu juízo, a expor ao ridículo e a desprezar os produtos seus concorrentes.

Em causa estaria a comercialização de óleos alimentares onde a marca anunciante (Copaz) releva a qualidade do seu produto em detrimento dos demais existentes no mercado, anunciando inclusivamente que os seus são mais saudáveis, e onde a Copaz, recorrendo a vocábulos ditos de

¹⁴⁰ Nomeadamente, a Portaria n.º 1313/93, de 29 de dezembro, norma que deverá ser tida em conta, uma vez que uma das afirmações feitas no anúncio se refere a que “os seus hambúrgueres têm agora mais 50% de carne em peso”, e que essa mensagem se torna determinante para a comparação.(sublinhado nosso)

¹⁴¹ Processo n.º 2J/2002, de 25 de março de 2002, consultável em www.icap.pt. Processo este, como referimos anteriormente, chegou às instâncias judiciais e teve como desfecho a absolvição do ICAP e da RTP da responsabilidade civil que lhes estava a ser assacada.

forma jocosa, nomeadamente, “gordurosa”, poderiam indiciar a existência de denegrição de produtos seus concorrentes.

Visualizadas as três campanhas publicitárias apresentadas na queixa da Sovena, veio por sua vez, a Copaz apresentar a sua defesa, pugnando pela não existência de qualquer denegrição na campanha publicitária, uma vez que utiliza imagens de uma garrafa de óleo das suas e, por essa razão, não haveria qualquer interesse em estar a expor ao ridículo, ou a denegrir a sua própria imagem, bem como, que na campanha apresentada se pretendeu apenas diferenciar pela positiva, as características do seu produto.

O ICAP chamado a resolver o diferendo, veio, resumidamente, entender que não existia publicidade comparativa denegridora, retirando-se que, o vocábulo “gordurosa”, utilizado com tom jocoso ou insultuoso, não poderá ser assim considerado, por no caso em concreto, se poder entender estar-se perante a mera ironia. Contudo, o Júri de Ética, fez sobressair, que analisados todos os aspetos da mensagem publicitária, se poderia estar-se na presença de atos de publicidade enganosa, e por essa razão, concluiu que a campanha, enquanto mantivesse os vícios apontados, deveria ser suspensa.

Retira-se, assim, da análise a esta decisão, que a figura da denegrição poderá estar presente na publicidade comparativa, mas também nas campanhas que ponham em causa a concorrência, uma vez que, poderá estar a ser posta em causa a credibilidade de comerciantes de outros produtos que não estejam diretamente em comparação com os dos produtos anunciados.

3.4. Caso ARIEL vs SKYP¹⁴²

Esta queixa, apresentada ao Júri de Ética do ICAP, refere-se a uma comparação entre produtos da mesma natureza e, de importante, a alegação da existência de depreciação da marca concorrente, no entendimento da empresa queixosa.

¹⁴² Processo n.º 8J/2013, decisão proferida pela Primeira Secção do Júri de Ética do ICAP, consultável em www.icap.pt

O contorno da comparação versa sobre questões decorrentes do ato de comparação e se este poderia conferir ao anúncio atos de denegrição e de descrédito da empresa concorrente da anunciante.

A empresa Unilever Jerónimo Martins, Lda. (UNIJM), comercializa a marca SKYP (detergente), e veio requerer que o Júri de Ética se pronunciasse sobre uma campanha publicitária levada a cabo pela Procter & Gamble Portugal - Produtos de Consumo, Higiene e Saúde S. A (PG)., que comercializa a marca ARIEL (detergente).

Alegam, em suma, a violação do disposto nos artigos 5.º, 7.º, 9.º e 15.º do CCICAP, bem como o disposto nos artigos 10.º, 11.º e 16.º do Código da Publicidade e, bem assim, o disposto no artigo 7.º, n.º 1 do Decreto-Lei nº 57/2008, relativo às práticas comerciais desleais.

Vejamos.

O anúncio teve por base a comparação do produto ARIEL com o produto SKYP, sendo entendido que o segundo produto surgia de forma implícita na mensagem, pelo que, não temos dúvidas, tal como não o teve o Júri de Ética, quanto ao preenchimento do requisito do artigo 16.º, n.º 2, al. b) do CPub¹⁴³ relativamente ao facto de se estar em presença de publicidade comparativa.

O anúncio veiculado apresentava a exibição de um pequeno filme onde era feito um teste de comparação¹⁴⁴ entre a performance dos dois detergentes na remoção de uma nódoa de difícil remoção (molho de tomate), e encontra-se suportado nas seguintes mensagens: “qual é o detergente que costuma usar?”; “Uso este, porque é o mais conhecido” e “aponta para uma embalagem azul de detergente líquido que tem em cima da bancada”; “vou demonstrar-lhe que Ariel é imbatível contra as nódoas”; após o filme, surge na imagem o seguinte texto: “IMBATÍVEL “*vs marca líder de detergentes”.

¹⁴³ Nos termos desta norma a publicidade comparativa só será consentida desde que: “b) compare bens ou serviços que responda às mesmas necessidades ...” (art. 16.º, n.º 2, al. b) do CPub)

¹⁴⁴ Os testes comparativos são, outra das formas de fazer publicidade comparativa, e estes podem ser realizados quer pelas empresas, quer por entidades independentes. Ora, no caso em análise, podemos dizer que estamos perante um teste comparativo feito pela empresa anunciante, fazendo-se uma mera referência ao teste, e onde os resultados apresentados poderiam por em dúvida o consumidor, sobre a performance do produto em comparação.

Da argumentação apresentada na queixa da UNIJM destaca-se o facto de no anúncio se dizer que: “utiliza um detergente mais conhecido” e que “apontando para uma embalagem azul de detergente, cujo rótulo não se encontra identificado”, “do qual ressalta numa primeira impressão no consumidor mais atento que a referida embalagem se refere a uma embalagem de Skip Líquido”, uma vez que “o formato da garrafa de Skip Líquido é inconfundível e o filme televisivo da responsabilidade da P&G apresenta a dita garrafa de forma inequívoca, por forma a permitir a sua perfeita identificação”, e acrescenta-se a mensagem “vs. marca líder de detergentes”.

Acrescenta ainda que: “Skip é a marca líder do mercado de detergentes destinados à lavagem de roupa, conforme se pode comprovar pela análise dos dados Nielsen (...)” e “é, a uma enorme distância, a marca mais vendida em Portugal, sendo certo que tal liderança lhe confere elevado grau de notoriedade – é certamente o detergente de lavagem de roupa mais conhecido do público”.

E finalizava com o argumento de que: “o objectivo do filme publicitário da P&G está muito claro: é o de fazer passar a mensagem para os consumidores de que o detergente Ariel é muito mais eficaz na remoção da nódoa de molho de tomate do que o detergente Skip”.

Para esta empresa, a forma como é feita a comparação podia ser considerada como sendo suscetível de gerar a denegrição da sua marca, uma vez que considerava que está a ser transmitida uma mensagem errada ao consumidor, assente num pressuposto errado, levando a que o consumidor médio pudesse retirar o entendimento de que aquele tipo de detergente em concreto (o Skip) não cumpria adequadamente a sua função, em detrimento do outro.

A empresa anunciante contra-argumentou, pugnando pela improcedência do pedido, considerando tratar-se de publicidade comparativa, mas que não poderá ser considerada ilícita, nem ser classificada como denegridora ou contrária à leal concorrência, e ainda, que o que pretendia com a sua mensagem, era levar ao conhecimento das consumidoras em geral, que o seu produto era de facto, tão eficaz quanto o do seu concorrente, na remoção das nódoas difíceis.

Para o JE do ICAP não houve dúvidas, relativamente ao facto de se estar perante um anúncio com recurso à publicidade comparativa. E, também, entendeu, esta entidade, que não sendo visível o teste comparativo credível, haveria a possibilidade de esta mensagem induzir em erro os destinatários da mensagem quanto à eficácia do produto em questão.

O que de facto era importante no caso concreto, seria perceber se, em sede de apreciação da legitimidade da publicidade comparativa veiculada, existiriam ou não situações que colocassem em

dúvida uma comparação de eficácia de um produto como se pretendia, não enganando ou não criando a suscetibilidade de engano junto do consumidor médio, o que parecia que efetivamente poderia estar a acontecer, já que a comparação não tinha apoio em teste comparativo lícito¹⁴⁵.

Considerando o JE estarem verificados os pressupostos para a violação do artigo 15.º, n.º 2, al. a) do CCICAP e o artigo 16.º, n.º 2, al. a) do CPub, veio, o JE, declarar a existência violação do princípio da veracidade, uma vez que de forma direta, e através da utilização de uma omissão ou de ambiguidade, a mensagem transmitida era suscetível de induzir em erro o consumidor médio, violando, assim, também o artigo 9.º do CCICAP, e apesar de não ser referido, acrescenta-se, também o artigo 10.º do CPub¹⁴⁶.

Quanto à alegada denegrição, também o JE se pronunciou pela sua existência uma vez que a imagem apresentada levava em crer que aquele detergente em causa não teria a eficácia naquele tipo de nódoas, uma vez que a comparação feita era ilícita e por essa razão denegria ou expunha ao ridículo a marca de detergente por falta de eficácia não demonstrada ao consumidor como o deveria ter sido feito, nomeadamente, por nem sequer ter sido colocada em confronto.

Decidiu, assim, o JE que existia publicidade comparativa nos termos do previsto no artigo 16.º, n.º 1 do CPub, que a mesma era ilícita por configurar violação do n.º 2, al. a), deste preceito, e ainda, do artigo 15.º, al. a) do CCICAP, e mais, violava também o princípio da veracidade previsto no artigo 9.º do CCICAP, sendo que a mesma configurava (ainda) um ato de denegrição conforme o previsto no artigo 16.º do CCICAP¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Nas palavras de Adelaide Menezes Leitão (2005) “não basta uma mera referencia ao teste, é necessário que o anunciante apresente os seus resultados e os dos seus concorrentes em relação a um dos parâmetros ou a todos do teste”. *Ob. cit., loc cit.*

¹⁴⁶ *Vd.* n.º 1, do artigo 10.º do CPub, que sob a epígrafe, princípio da veracidade rege assim: “1) A publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos”, e o artigo 9.º do CCICAP, “1) A comunicação comercial deve ser verdadeira e não enganosa. 2) A comunicação comercial deve proscrever qualquer declaração ou tratamento auditivo ou visual que seja de natureza, direta ou indiretamente, mediante omissões, ambiguidades ou exageros, induzir, ou ser suscetível de induzir, em erro o consumidor, designadamente no que respeita a: (a) características essenciais do produto ou que sejam determinantes para influenciar a escolha do consumidor, como por exemplo: a natureza, a composição (...) eficácia e desempenho, (...)”.

¹⁴⁷ A figura da denegrição, em matéria de publicidade, encontra-se prevista no artigo 16.º, n.º 2, alínea e) do CPub, e igualmente, no artigo 16.º do CCICAP. Tem sido entendido, por esta associação, que a denegrição não ocorre exclusivamente em matéria de publicidade comparativa, mas também noutras matérias publicitárias, uma

Sobre este caso, foi requerida a intervenção da Comissão de Apelo do ICAP, em bom rigor, por a empresa anunciante não se ter conformado com a decisão de que o seu anúncio publicitário configurava publicidade comparativa ilícita.

Perante o pedido de revisão da decisão pela Comissão de Apelo do ICAP, veio a confirmar-se a decisão recorrida quanto à existência de publicidade comparativa ilícita. Ou seja, no entender desta instância superior, estar-se-ia perante uma comunicação comercial enganosa, com ofensa do princípio da veracidade. O mesmo já não aconteceu, no que respeita à alegada denegrição da marca ou do produto, já que a Comissão de Apelo, veio a entender não existir fundamento para a configuração de ato de denegrição levado a efeito pela empresa concorrente no seu anúncio, na medida em que o ato de comparação de per si era dúbio e não se poderia daí retirar de imediato a conclusão de que a mensagem não seja percebida pelo “consumidor médio, razoavelmente perspicaz” e, por essa razão não se poderia afirmar que o produto concorrente tenha sido “denegrado” quanto às suas qualidades, ou tenha sido colocado a “ridículo” ou até, desrespeitado (*cf.* art.º 16º do CCICAP) ou seja, “desacreditado” ou “depreciado” (*cf.* art.º 16º nº 2 al. e) do CPub).

Em conclusão, afastado o ato de denegrição do ilícito da publicidade comparativa, mas mantendo-se no geral o ilícito da publicidade comparativa apresentada pela empresa anunciante, a conclusão que se poderá retirar desta análise é a de que, será necessário que a impressão que a mensagem cause no público-alvo seja percebida de tal forma clara que não dê azo a confusão por parte deste, de modo a que o anunciante não venha daí a tirar benefícios do crédito ou da reputação do seu concorrente, na medida em que possa, por esta forma, estar a incorrer em práticas de concorrência desleal.

Assinala-se, que uma boa parte das queixas por nós analisadas, e que foram levadas à presença do JE do ICAP, têm merecido, na sua grande maioria, a sanção de cessação imediata da publicidade, desde que, comprovadamente, a mensagem publicitária venha a configurar atos de

vez que se podem conceber atos publicitários que, não se enquadrando no conceito de publicidade comparativa, possam vir a constituir atos de descrédito ou denegrição da concorrência e por essa razão, a autonomizaram no seu código de conduta.

descrédito e denegrição, atos de confusão nos consumidores, e se estar em presença de atos de concorrência desleal.

CONCLUSÕES

A publicidade comparativa, entre nós, é consentida com os limites que se encontram contidos no artigo 16.º do CPub, e que se destina a atingir uma dupla finalidade: i) prestar uma melhor informação dos consumidores, levando a que as suas escolhas sejam tomadas de forma esclarecida e consciente, ii), no interesse das empresas concorrentes do anunciante, garantir que existirá lealdade na concorrência, sempre que este utilize as comparações para a promoção dos seus produtos e/ou serviços.

Na atividade publicitária os seus fundamentos ético-legais não deverão ver-se violados, e estes deverão estar subjacentes a toda a atividade publicitária pelos operadores que se encontram no mercado a promover as suas atividades, serviços e produtos, através do recurso a comparações ilícitas, enganosas, ou desacreditadoras referentes aos seus concorrentes.

A denegrição e a confusão na publicidade comparativa provocam no mercado distorções de concorrência e conduzem a situações que levam os consumidores, confrontados com comparações falsas, ambíguas ou atentatórias de uma marca sua conhecida e, movidos pelo instinto de experimentar a veracidade da mensagem publicitária -, fazer as suas escolhas assentes em pressupostos errados, falsos, ou até, enganosos.

Nos dias de hoje, em que já se verifica uma saturação publicitária aliada a uma redundância de discurso, os consumidores têm vindo, em consequência, a prestar cada vez menos atenção à publicidade, e as mensagens passaram a ter um impacto por vezes reduzido. Na presença destes condicionalismos, há pois que, captar o interesse do público. A publicidade comparativa, poderá ser um meio eficaz para transmitir aos consumidores mensagens claras, sendo, por essa razão, permitida sempre que não seja enganosa, e desde que seja possível, entre concorrentes, a comparação de características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas dos produtos em confronto.

A publicidade comparativa é, por um lado, comprovadamente, um meio legítimo de manter informados os consumidores sobre as vantagens que estão associadas às comparações feitas. Verifica-se, no entanto, que, por vezes, nem sempre é fácil estabelecer padrões de legalidade absolutos, uma vez que terá de se atender às circunstâncias particulares de cada anúncio (nomeadamente, as linhas de argumentação, as imagens, o áudio, o contexto da mensagem, bem como as características do mercado a que se dirige). Tais circunstâncias fazem variar as respostas para cada uma das mensagens publicitárias, e, neste caso, é necessário que as práticas relativas à

publicidade comparativa não causem prejuízos aos concorrentes, influenciem desfavoravelmente as escolhas dos consumidores, causando assim, distorções na concorrência.

Do estudo realizado concluímos que as normas de permissão que foram estabelecidas para transmissão de informações no que se refere às comparações se encontram desatualizadas face ao acelerado avanço da tecnologia.

Por outro lado, verifica-se que tem sido feito um esforço, nomeadamente ao nível da UE, para que além dos critérios mínimos estabelecidos, estes se tornem objetivos relativos à publicidade comparativa e enganosa. A publicação das várias Diretivas, que se nos aplicam por via da sua transposição, tiveram como principal objetivo, quer uma melhoria da proteção dos consumidores, quer o estabelecimento de limites reguladores à livre circulação de mercadorias e à livre prestação de serviços. E, essencialmente pôr um fim às distorções da concorrência, devido às disparidades existentes entre as legislações dos Estados Membros, em matéria de publicidade enganosa.

Em Portugal foram adotadas as regras das Diretivas, quer as relativas à publicidade comparativa e enganosa, quer ainda àquelas que respeitam às práticas concorrenciais desleais, tendo sido igualmente, conferidos poderes de autorregulação a uma entidade, o ICAP, que, nestas matérias, tem desempenhado um papel fundamental na defesa da leal concorrência e das mensagens publicitárias lícitas e verdadeiras.

Entre nós, podemos verificar que a autodisciplina tem tido um papel ativo na salvaguarda da imagem e da reputação das empresas individualmente consideradas, e concomitantemente, tem sido feito um esforço por adaptar os seus códigos de autorregulação às necessidades decorrentes das alterações tecnológicas e socioeconómicas.

Nos dias de hoje, a transmissão de informações que se refere a qualquer forma de comunicação, incluindo, também, como será de esperar, as comunicações efetuadas através da internet e dos meios digitais ao dispor dos comerciantes, e ainda dos consumidores em geral, leva a que seja necessário salvaguardar com uma maior eficácia as informações prestadas por este veículo de comunicação.

Os atos de confusão e de denegrição que afetam as empresas concorrentes estão, nessa medida, mais expostos a vulnerabilidades, decorrentes da velocidade a que a transmissão de informação ocorre. E, assim é, que, como se pode verificar, os atos de denegrição, são, também, merecedores de uma dignidade acrescida no Código de Conduta do ICAP. Tal sucede porque, no

entendimento desta entidade, este tipo de atos não existem somente no contexto da publicidade comparativa. A manifestação deste ato pode verificar-se também sem que estejam em causa propriamente comparações; o descrédito pode manifestar-se igualmente, sempre que um anunciante patrocine uma campanha específica, exclusivamente dirigida com o sentido de desqualificar um seu concorrente, sem que o faça por comparação a qualquer dos seus produtos.

Num contexto de mercado, todos os atos de comparação podem parecer justificados pela influência das distintas classes de interesses presentes. A defesa da sua licitude necessita que a delimitação jurídica do seu conceito seja abrangente e transversal, pois, somente assim, se poderá preservar das possíveis interferências de caráter desleal e se poderá conferir um maior grau de segurança jurídica aos operadores económicos que se encontram organizados e que concorrem no mercado. Desta forma, o conceito jurídico da comparação deve incluir-se sistematicamente no âmbito da jurisdição das condutas concorrenciais, que terá como efeito principal, a licitude e a lealdade.

Conclui-se, assim, que as normas legais, entre nós, podem estar desatualizadas face à evolução do mercado e dos tipos de mercado, sendo que os problemas existentes nas comunicações comerciais das relações entre as empresas, e entre estas e os consumidores, nos parecem devidamente identificados¹⁴⁸.

No que respeita à concorrência desleal na publicidade comparativa, a jurisprudência que se tem produzido, - quer pelo TJUE, ao nível dos Estados Membros, quer também a que tem sido constituída no seio do ICAP -, tem dado uma resposta eficaz à definição dos contornos lícitos ou ilícitos, através dos quais se deve concretizar a comparação, nomeadamente no que diz respeito à utilização explícita da marca de um concorrente na publicidade comparativa, à comparação dos produtos com denominação de origem com outros que não a possuam, bem como, no padrão mais

¹⁴⁸ Os problemas mais comuns assinalados, por consulta levada a efeito pela UE aos Estados Membros, referem-se, nomeadamente: (i) aos formulários de pagamento enganosos; (ii) aos nomes de domínio da internet (nomeadamente a extensão aos domínios de outros países); (iii) às práticas comerciais enganosas em matéria de publicidade veiculada nas redes sociais, relativas a preços abusivos. Tendo sido, ainda, considerado pelos interessados, a quem foi dirigida a consulta pública, que têm aumentado as práticas comerciais enganosas a nível transnacional na internet, e que estas práticas representam um prejuízo acentuado para as empresas. *Vd.* Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, com vista à revisão da diretiva 2006/114/CE, relativa à publicidade enganosa e comparativa, (COM) 2012 702 final, pg. 6 e ss.

comum dirigido a atos de confusão ou denegrição ou, ainda, no que se refere à comparação de preços de determinados grupos de produtos.

Parece-nos importante concluir este nosso trabalho com uma observação. A curto prazo, as tarefas a desenvolver devem ser concertadas entre todos (Estados, organizações governamentais e não governamentais de cada Estado) e, nessa medida, entendemos que o primeiro passo já terá começado a ser dado pela própria UE¹⁴⁹, contudo, deverá caber essencialmente a cada um dos Estados Membros prosseguir com esta iniciativa da UE, no sentido de se cobrirem, senão todas, pelo menos as mais importantes necessidades relativas à publicidade enganosa e comparativa, com vista a uma melhor proteção quer das empresas, em especial, as pequenas e médias empresas, que devido à sua vulnerabilidade e por serem em maior número poderão estar mais expostas, quer dos consumidores, relativamente às práticas comerciais e enganosas, onde se enquadram os atos de confusão e denegrição.

¹⁴⁹ Referimo-nos à Comunicação, já neste trabalho analisada e mencionada, (COM)2012 702 final, de 27.11.2012.

BIBLIOGRAFIA

- Almeida, Carlos Ferreira de (1985), *Conceito de Publicidade*, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 34.
- (2002), *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra.
- Ascensão, José Oliveira (2002), *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra.
- (1997), *Concorrência Desleal – O princípio da prestação: um novo fundamento*, Almedina, Coimbra.
- (2003), *Direito da Concorrência*, Livraria Almedina, Coimbra.
- Campinos, António, Luís Couto Gonçalves (2010), *Código da Propriedade Industrial Anotado*, Almedina, Coimbra.
- Canotilho, JJ Gomes e Vital Moreira (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed. Revista, Coimbra Editora, Coimbra.
- Carvalho, Américo da Silva (1984), *Concorrência Desleal (Princípios Fundamentais)*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Carvalho, Maria Miguel Morais de (2007), *O Conceito de Publicidade Enganosa*, in Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier/coord. António Pinto Monteiro, Coimbra Editora, Coimbra.
- Chaves, Rui Moreira (2005), *Código da Publicidade Anotado*, Almedina, Coimbra.
- Chorão, Luís Bigotte (1995), Notas sobre o âmbito da Concorrência Desleal, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 55, Tomo III, Dez. 1995, Lisboa.
- Correia, Miguel J.A. Pupo (2001), *Direito Comercial, Direito da Empresa*, 11.ª ed. Ediforum, Lisboa.
- Costa, Adalberto e Maria Paula Bramão (2003), *Código da Publicidade Anotado e Comentado*, Vida Económica, Minho.
- Cristas, Assunção (2007), *Concorrência desleal e proteção do consumidor a propósito da Directiva 2005/29/CE*, Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra.
- Delhaye, Catherine (1993), *La publicité comparative, Guide Juridique Alain Bensoussan*, Hermès, Paris.

- Devesa, Carlos Lema (1993), *La publicidade desleal Y medios para combatirla*, *Ars Juris*, Separata n.º 9 da Revista do IDIJ da Faculdade de Direito da Universidade Pan-americana.
- Fernández-Novoa, Carlos (1989), *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Santiago.
- Geraldes Ana Luísa (1999), *O direito da publicidade: estudos e práticas sancionatórias, decisões da comissão de aplicação de coimas em matéria de publicidade*, Instituto do Consumidor, Lisboa.
- Gomes, Fátima (2012), *Manual de Direito Comercial*, Universidade Católica Editora, Lisboa.
- José, Pedro Quartin Graça Simão (1995), *A publicidade e a Lei*, Vega, Águeda.
- (1995), *Pressupostos, estrutura e funcionamento da autodisciplina da publicidade em Portugal*, ISCTE, Lisboa.
 - (1999), *Código da Publicidade e Legislação complementar - O Novo Direito da Publicidade*, VISLIS Editores, Lisboa.
- Leitão, Adelaide Menezes (2002), *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral da Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra.
- (2003), *Publicidade comparativa e concorrência desleal*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Volume I, Almedina, Coimbra.
 - (2011), *Publicidade e Tutela do Consumidor*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Loureiro, João (1981), *Direito da Publicidade*, Ed. Casa Viva, Lisboa.
- Loureiro, João e Catarina Pais Silva (2003), *Código da Publicidade*, Megameios, Lisboa.
- Matta, Paulo Saragoça da (2001), *A intenção no Crime de Concorrência Desleal* in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra.
- Olavo, Carlos (2005), *Propriedade Industrial, Sinais distintivos do Comércio*, Concorrência Desleal, Vol. I, Almedina, Coimbra.
- Paúl, Jorge Patrício (2005), in *Concorrência Desleal e Direito do Consumidor*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Tomo I, junho, Lisboa.
- (1997), *Concorrência Desleal – Os pressupostos da concorrência desleal*, Almedina, Coimbra
- Pereira, Alexandre Dias (1999), *Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, Centro de Direito do Consumo, Coimbra.

- Pereira, Miguel Mendes (2010), *A gestão colectiva da Propriedade Intelectual e a digitalização à luz do Direito da Concorrência da União Europeia*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Almedina, Coimbra.
- Pereira, Vanessa Adelaide Ferreira Neno Amarantes, *Trade Dress e a Concorrência Desleal*, Dissertação de Mestrado em Contabilidade, Instituto Superior de Contabilidade e Administração da Universidade de Aveiro.
- Plaza, Anxo Tato (1996), *La Publicidad Comparativa*, Marcial Pons, Madrid.
- Pujadas, Josepa Brugués (2003), *Las Comparaciones. La publicidad comparativa*, dirigida por Dr. Josep M. de Dios Marcer.
- Sanjuán, Luis Gutiérrez (2003), *Publicidad Comparativa*, Tese de Doutoramento, apresentada na Universidad De Las Palmas De Gran Canaria - Departamento De Ciencias Jurídicas Básicas - Doctorado En Derecho.
- Serens, M. Nogueira (1996), A proibição da publicidade enganosa: Defesa dos consumidores ou proteção (de alguns) concorrentes? Comunicação e Defesa do Consumidor, *Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra de 25 a 27 de Novembro de 1993*, Coimbra.
- Silva, Pedro Sousa e (2011), *Direito Industrial – Noções fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Tenreiro, Mário Paulo (1996), O regime comunitário da publicidade enganosa, Comunicação e Defesa do Consumidor, *Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra de 25 a 27 de Novembro de 1993*, Coimbra.
- Vicente, Dário Moura (2001), *Concorrência desleal, diversidade de leis e Direito Internacional Privado, Direito Industrial*, Coimbra, Almedina.