

Publicidade comparativa e concorrência desleal*

Por *Adelaide Menezes Leitão**

1. Conceito de publicidade comparativa; circunstâncias que aumentam ou diminuem o efeito comparativo na publicidade

O conceito de publicidade comparativa comporta dois elementos essenciais para a sua caracterização: (1) a referência a outras prestações e (2) o estabelecimento de uma comparação ou confronto destas com as próprias prestações. A referência a outros produtos ou serviços pode ser explícita ou implícita. É explícita quando num anúncio há uma menção expressa à marca ou ao nome do concorrente ou quando surge uma imagem do produto ou uma imagem do estabelecimento. É implícita quando não existe qualquer menção. As referências implícitas também são relevantes, se forem inequívocas. Há uma referência inequívoca quando uma parte significativa do público destinatário da mensagem pode deduzir com segurança, em função das circunstâncias, a que concorrente ou concorrentes é que se está a fazer referência¹ na mensagem publicitária.

Algumas circunstâncias permitem aumentar ou diminuir as possibilidades de identificação de um concorrente. Assim, consideram-se como circunstâncias que aumentam a possibilidade de identificação de um concorrente a agressividade da mensagem resultante da utilização de um adjectivo no grau superlativo ou comparativo que se contrapõe ao verbo na forma negativa (ex. “*Não há um hotel melhor na zona*”, ou “*Não há um dentífrico que combata melhor a cárie*”), ou a conjugação de uma crítica com um aviso (ex. “*não se deixem enganar por empresas que prometem mais*”), ou a identificação de regiões (ex. “*na nossa região não se fabricam móveis melhores?*”)².

Entre as expressões publicitárias “*A melhor tortilha do mundo*”, “*A melhor tortilha da cidade*” e a “*A melhor tortilha da rua*” é a última que alcança um efeito comparativo,

*O presente trabalho resultou de pesquisa jurídica efectuada nas Universidades norte-americanas de Virgínia, em Charlottesville, e Georgetown, em Washington, em Agosto de 2001, e no Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, em Munique, entre Agosto e Dezembro de 2002, ao abrigo das bolsas concedidas para o efeito pela Fundação Calouste Gulbenkian, e foi elaborado no âmbito do convite que nos foi dirigido pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual para realizar uma conferência no 4.º Curso de Pós-graduação em Direito Industrial, que teve lugar no dia 20 de Março de 2003. A ambas as entidades fica consignada uma palavra de agradecimento.

* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ Anxo Tato Plaza, *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

² Os exemplos apresentados no texto são retirados ou adaptados da obra de Anxo Tato Plaza, *La publicidad comparativa cit*, 3 ss.

maior, na medida em que permite uma melhor identificação do outro ou outros concorrentes.

Noutros casos, através da invocação da publicidade realizada por outro concorrente, é igualmente possível a sua identificação. De igual modo, quando se regista uma coincidência temporal e espacial entre campanhas publicitárias de concorrentes diferentes existe uma maior possibilidade de identificação destes (ex. um concorrente publicita num jornal uma feira de tapetes e um outro vem publicar no mesmo jornal um anúncio afirmando ser preferível adquirir tapetes em lojas do que a vendedores ambulantes, ou quando, dois concorrentes recorrem a campanhas publicitárias semelhantes, como aconteceu em Berlim, com um anunciante de pasta de dentes que recorreu aos autocarros da cidade para publicitar o seu produto e outro anunciante veio, posteriormente, a utilizar os mesmos autocarros para colocar a seguinte mensagem publicitária ao seu dentífrico: “*Ja, aber Odol ist besser*”³).

Quando o anúncio é dirigido a um público especializado, como a publicidade de produtos farmacêuticos, a mera referência à composição do produto pode ser suficiente para identificar o concorrente. Certos aspectos que se relacionam com a própria estrutura do mercado permitem, igualmente, à partida, a identificação do concorrente a que se está a fazer referência: é o que acontece nas situações de duopólio ou de oligopólio, de que o exemplo mais paradigmático é a rivalidade entre a *Coca-Cola* e a *Pepsi*. Relativamente a estes casos – em que a identificação do outro concorrente é resultado directo da estrutura de mercado – tem sido defendido que esse facto não deve ser assacado ao anunciante, nem tão pouco se justifica que os que ocupam posições de domínio, em situações de duopólio ou oligopólio, sejam subtraídos à concorrência e à comparação⁴.

Como já foi referido, existem circunstâncias que em vez de aumentarem o efeito comparativo, o diminuem; enquadram-se nelas os exageros publicitários (que não são avaliados em termos racionais pelos destinatários das mensagens), a retórica publicitária (ex. “*lava mais branco*” ou “*esta e mais nenhuma*”), os versos publicitários (em que os destinatários se concentram nas rimas e não no significado comparativo do verso

³Anxo Tato Plaza, *La publicidad comparativa* cit, .

⁴ Anxo Tato Plaza, *La publicidad comparativa* cit, 29 ss.

(ex. “*Kennst du dich in Preisen aus, kaufst du nur in Steinerhaus*”⁵), o humor, a sátira e a ironia publicitárias (normalmente compreendidos pelo público como exageros⁶)⁷.

2. Casos de qualificação duvidosa

Há casos que são considerados de qualificação duvidosa como modalidade de publicidade comparativa. Com efeito, a publicidade comparativa, para além da referência às prestações de outro concorrente, exige uma menção às próprias prestações; ora, não se registando esta última, falta um elemento essencial à sua caracterização *qua tale*, pelo que a mensagem deve ser vista como publicidade denegatória.

Do mesmo modo, não há publicidade comparativa quando as prestações alheias são referidas para anunciar a sua equivalência e não para sublinhar a melhor qualidade da própria prestação em relação à prestação concorrente, mas tão-somente publicidade adesiva, dado que visa um aproveitamento da reputação de outra prestação⁸.

A publicidade de tom pessoal (*persönliche Reklame*), que se refere a aspectos puramente pessoais do concorrente, tais como, a nacionalidade, a religião, a ideologia política e os antecedentes criminais, é considerada um acto concorrencial desleal de denegrição. Nerreter distinguia na publicidade comparativa a publicidade comparativa crítica, em que se ressaltam as diferenças entre as diferentes prestações, e a publicidade comparativa adesiva, em que se salientam as semelhanças. A publicidade comparativa, de tom pessoal e adesiva, é englobada pela doutrina alemã na publicidade alusiva (*bezugnehmende Werbung*), dado que em todas as modalidades se faz referência a outras prestações.

Outra modalidade que se discute se se trata ou não de publicidade comparativa é a publicidade de tom excludente em que o anunciante afirma uma posição predominante no mercado. Entende-se que, neste caso, a comparação é um efeito secundário (*Nebenwirkung*) e não o efeito principal (*Hauptwirkung*) da publicidade realizada.

A publicidade comparativa deve ainda ser distinguida da auto-comparação em que o anunciante compara o seu produto actual com outro produto anterior que

⁵ Alguns versos operam porventura de forma oposta, alcançando uma especial dimensão comparativa, quando são utilizadas formas agressivas ou denegatórias.

⁶ Em alguns casos, a circunstância de só existir um comerciante no mercado que comercialize café descafeinado, permite que através do humor se registre um acentuar do nível comparativo (ex. “*o café sem cafeína é como um carro sem gasolina*”).

⁷ Anxo Tato Plaza, *La publicidad comparativa* cit, 34 ss.

comercializa. Muitas vezes, porém, este processo encapota uma verdadeira comparação com os demais concorrentes.

Há situações que, à semelhança das anteriores, se localizam na franja da publicidade comparativa, como é o caso, nomeadamente da “comparação de sistemas económicos”, *v.g.* a vantagem da compra em relação ao aluguer, ou, no que concerne aos géneros alimentícios, a comparação entre a manteiga e a margarina.

Outra forma de fazer publicidade comparativa passa pelo recurso a testes comparativos, que podem ser realizados pelos próprios concorrentes ou por organismos independentes. Ora, nos casos em que o anunciante publicita um teste comparativo que o mesmo promoveu, é indiscutível a existência de publicidade comparativa. Diferentemente, se um organismo independente como, por exemplo, entre nós, a Deco (Associação de Defesa do Consumidor) realizar comparações, (*maxime* na revista Pró-teste) e as tornar públicas, não há em rigor publicidade, pelo que não se trata de qualquer caso de publicidade comparativa. No entanto, se for o concorrente a “utilizar publicitariamente” o teste independente, esta utilização, em certos casos, deve ser vista como publicidade comparativa (não basta uma mera referência 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)⁹.

3. Publicidade comparativa e concorrência desleal; defesa e recusa da publicidade comparativa

Anxo Tato Plaza¹⁰ entende que o debate que se desenvolveu em torno da publicidade comparativa no domínio das suas vantagens e dos seus inconvenientes é resultado da própria evolução do direito da concorrência desleal, o qual passou por três modelos muito distintos: paleoliberal, profissional e social¹¹. Ora, uma atitude complacente ou negativa relativa à publicidade comparativa varia em razão do modelo consagrado no direito da concorrência desleal. O modelo paleoliberal, essencialmente penal, é manifestamente avesso à publicidade comparativa, enquanto o modelo profissional, protector do concorrente numa lógica da inércia instalada, reprime a

⁸ Anxo Tato Plaza, *La publicidad comparativa* cit, 41ss.

⁹ Hans Marshall, *Unlauter Wettbewerb, Materielles Recht und Verfahren*, 2. Auflage, Jehre-Rehm, (1993), 51, defende que os *warentests* não são publicidade comparativa pois são realizados para mera informação dos consumidores.

¹⁰ *La publicidad comparativa*, 71 ss.

comparação, salvaguardando o próprio anonimato do empresário como direito inerente à sua esfera privada. Neste modelo, desenvolveu-se jurisprudencialmente o conhecido *Hellegold Motiv*, defensor da ideia de que, mesmo que o concorrente oferecesse os produtos de menor qualidade no mercado, não tinha de ser confrontado com qualquer comparação para aumentar a capacidade empresarial de outros concorrentes. Apenas o modelo social, que enquadra o consumidor e o interesse da generalidade e concebe o direito da concorrência desleal como um instrumento de regulação do mercado *par et passu* com o direito da concorrência, alcança “abrangência” para visualizar a natureza filoconcorrencial da publicidade comparativa, autonomizando-a do direito da concorrência desleal e inserindo-a no plano da defesa do consumidor.

Com efeito, podem ser assinaladas vantagens indiscutíveis na publicidade comparativa: racionalização do processo de compra através da existência de mais informação sobre as prestações no mercado, maior transparência do mercado e mais informação para o consumidor.

Certos sectores, porém, mantêm uma atitude hostil à publicidade comparativa, quer negando o seu efeito informativo, quer pondo em causa a objectividade da informação que é fornecida em causa própria, recusando que se possa ganhar transparência no mercado à custa dos concorrentes, que são os primeiros interessados em ocultá-la. E acrescentam que sempre que a publicidade comparativa recorre a parâmetros técnicos possui uma duvidosa objectividade que, segundo Eichman, teria maior potencial de indução em erro dos consumidores.

Ora, todas estas críticas à publicidade comparativa assentam no facto de o anunciante ser juiz e parte em causa própria (Kohler)¹² na valorização que apresenta da sua prestação em detrimento dos seus directos concorrentes. Porém, na realidade, o concorrente não deve ser visto como um juiz, mas antes como um advogado que salienta as vantagens do seu produto. Acresce que, não obstante uma parte significativa das comparações comportar uma informação incompleta, tal não significa que as mesmas não possuam qualquer teor informativo. De referir ainda que, para os defensores da publicidade comparativa, esta não possui a alegada objectividade que lhe forneceria uma especial aptidão para induzir em erro. Com efeito, alguns estudos demonstram que a atitude dos consumidores em relação à publicidade comparativa é mais céptica e crítica

¹¹ Adelaide Menezes Leitão, *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*, Almedina, 2000, 20 ss.

¹² No estudo “*Persönliche und sachliche Reklame in der Grossenindustrie*” foi criada a teoria de que o anunciante que recorre à publicidade de tom pessoal (*i. e.* à publicidade comparativa) é simultaneamente juiz e parte (Anxo Tato Plaza, *La Publicidad Comparativa*, 168).

do que a que se regista em relação à restante publicidade, o que afastaria a sua especial capacidade enganadora. Por fim, deve tomar-se em consideração que a publicidade comparativa é uma modalidade de publicidade baseada nas próprias prestações (*Leistungswettbewerb*)¹³, que pode melhorar a estrutura do mercado e fomentar o progresso técnico e económico¹⁴.

Alguma doutrina é, porém, defensora da tese de que a publicidade comparativa pode ser utilizada como uma arma das grandes empresas contra as pequenas e médias empresas, configurando-a não como um elemento “filoconcorrencial” mas como elemento “filomonopolista”. De forma oposta, os que defendem a comparação na publicidade vêem nela uma forma excelente e acessível das pequenas e médias empresas combaterem o domínio das grandes empresas no mercado.

4. Publicidade comparativa e concorrência desleal nos direitos continentais¹⁵

Em França, a ausência de uma disciplina especial de concorrência desleal impôs que fosse através da responsabilidade civil por factos ilícitos que a repressão contra a concorrência desleal tivesse lugar. Só em 1992¹⁶, fruto da implementação das teorias de defesa do consumidor, começou a aceitar-se a publicidade comparativa nas mensagens publicitárias. Antes desta data, a publicidade comparativa era vista pela jurisprudência francesa como uma forma indirecta de denegrir o concorrente e, por isso mesmo, considerada contrária aos usos honestos do comércio. No entanto, quando nenhum concorrente era afectado pela comparação, poderia ser considerada lícita. Nestes termos, vigorava a regra de que o superlativo era permitido, ao passo que o comparativo era proibido. Nesta óptica de reflexão, a ilicitude da publicidade comparativa em nada dependia do seu carácter verídico, mas única e exclusivamente de afectar um ou vários concorrentes determinados, pelo que a *exceptio veritatis* não funcionava como causa de exclusão da sua ilicitude.

¹³ Sobre a *Leistungswettbewerb*, vide Oliveira Ascensão, *O Princípio da Prestação: Um Novo Fundamento para a Concorrência Desleal*, ROA, Ano 56, Lisboa, Janeiro 1996, 5 ss e Adelaide Menezes Leitão, *Estudo cit*, 82 ss.

¹⁴ Anxo Tato Plaza, *La Publicidad Comparativa*, 88-89, indica que Eichmann e Schricker defendem esta posição. Schricker admite efeitos laterais obstrucionistas (*Behinderungswettbewerb*).

¹⁵ Segue-se Anxo Tato Plaza, *La publicidad comparativa* cit, 121 ss.

¹⁶ *Loi renforçant la protection des consommateurs de 1992* (art.º 10 posteriormente incorporado no Código do Consumo, o art. L 121, disponível em <http://sos-net.eu.org/conso/code/infodat1j.htm>)

Algumas excepções que excluía a ilicitude da publicidade comparativa foram-se, contudo, desenvolvendo na jurisprudência: o direito de crítica, a legítima defesa e a defesa de interesses legítimos. O direito de crítica era admitido caso a crítica fosse objectiva, não excessiva e não houvesse identificação do concorrente. A legítima defesa pressupunha um acto de concorrência desleal anterior e que a mensagem publicitária surgisse como uma mera defesa e não como um ataque. A defesa de interesses legítimos poderia em certos casos permitir a denegrição. No entanto, estas excepções relacionavam-se pouco com a publicidade comparativa, dado terem sido essencialmente pensadas para a denegrição.

Em Itália, a publicidade comparativa também não se encontrava regulada expressamente, pelo que a jurisprudência italiana tendeu a incluí-la no art. 2.598.2 do *Codice Civile*, que se refere aos actos de denegrição e de descrédito dos concorrentes¹⁷. Esta disposição permitia traçar uma distinção entre publicidade comparativa directa e indirecta, consoante houvesse ou não possibilidade de identificação do concorrente. Ora, a publicidade comparativa directa era vedada, enquanto a publicidade indirecta era admitida. Com efeito, os tribunais italianos orientavam-se no sentido da ilicitude da publicidade comparativa quando as afirmações proferidas fossem falsas ou, mesmo que fossem verdadeiras, quando tivessem sido proferidas com uma intenção malévola ou tendenciosa¹⁸. A jurisprudência italiana enquadrava também algumas excepções à ilicitude das comparações: direito de crítica, legítima defesa ou comparações realizadas a pedido dos consumidores¹⁹. Posteriormente, desenvolveram-se novas excepções: a comparação

¹⁷ Gustavo Ghidini. *Trattato di Diritto Commercial e di Diritto Pubblico dell' economia* (coord. Francesco Galgano), 186, defende que a publicidade comparativa inclui-se num conceito abrangente de comparação que constitui uma das formas da denegrição. A publicidade comparativa abrange quer as situações em que há uma referência expressa quer implícita a um ou vários concorrentes. Este autor italiano considera que a publicidade superlativa (*Alleinstellung*) possui um imaneente efeito comparativo, sendo considerada, em princípio, lícita a não ser que deva ser considerada enganosa. No mesmo sentido, Salvatore Sanzo, *La concorrenza sleale*, Cedam, 1998, 394 ss, admite que a publicidade comparativa ilícita pode ser considerada como um acto de denegrição nos termos do art. 2598.2, enquanto a publicidade superlativa pode ser considerada publicidade enganosa e ser abrangida pelo art. 2598.3.

¹⁸ Sobre o não funcionamento da *exceptio veritatis* na denegrição, vide Giorgio Florida, *Correttezza e responsabilità dell'impresa*, Milano, 1982, 1 ss.

¹⁹ Marizio Fuzi, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1970, 93 ss defende que o direito de crítica resulta da liberdade de expressão garantida constitucionalmente (na linha de Ascarelli), pelo que não deve ser restringida. Todavia, a crítica deve manter-se dentro de alguns limites: (1) deve ser objectiva, no sentido de dizer respeito aos produtos e serviços e não à pessoa do concorrente, (2) deve ser feita tecnicamente em revistas especializadas, de modo a permitir a réplica e (3) deve ser verdadeira, não veiculando factos falsos. Quando a crítica ultrapassa estes limites implica descrédito e é ilícita. Alguma doutrina equipara o descrédito à denegrição. Fuzi, por sua vez, entende que o descrédito é o resultado da denegrição. O descrédito corresponderia à noção de crédito comercial que seria o equivalente no plano comercial à reputação ou ao bom nome. Alguma jurisprudência italiana nega a litude do direito de crédito com base no facto de não ser inócuo. É este conceito de inocuidade que serve para afirmar a litude da superlativização.

necessária em função da estrutura do mercado e a comparação de preços para produtos semelhantes. A transposição da directiva comunitária sobre publicidade comparativa veio, no entanto, implementar uma situação de liberalização nesta matéria.

Na Suíça, um país de significativa dimensão empresarial e com uma forte tradição doutrinária em torno da concorrência desleal, desde cedo se admitiu a publicidade comparativa (UWG 1943), sendo que o princípio foi consagrado na UWG 1986²⁰. Nesta última lei de concorrência desleal tipificaram-se, pela primeira vez, os pressupostos da licitude da publicidade comparativa: ser exacta, não ser enganosa, não ser desnecessariamente ofensiva e não ser parasitária²¹. O ordenamento jurídico suíço, quando comparado com o do restante continente europeu (antes da entrada em vigor da directiva comunitária sobre publicidade comparativa), invertia o princípio da ilicitude da publicidade comparativa, estabelecendo *a priori* a licitude das mensagens publicitárias comparativas e só, num segundo momento, os seus pressupostos de ilicitude. Diferentemente, os restantes países europeus recusavam qualquer comparação e só, num segundo momento, admitiam algumas excepções.

A regulação jurídica germânica em matéria de publicidade comparativa seguiu um percurso ziguezagueante entre a sua admissibilidade e a sua repressão, com maior pendor para esta última tendência. Com efeito, no início do século passado, a jurisprudência alemã admitiu, antes da UWG 1909, §1, a publicidade comparativa²², porém, decorrente do trabalho doutrinário de Kohler, foi decisivamente orientada no sentido de reprimir a comparação, ao abrigo da concorrência desleal. A sentença *Hellegold* constitui o *leading case* que vai conformar a jurisprudência na recusa da comparação publicitária, sendo que o trabalho jurisprudencial dos anos seguintes se limitou ao desenvolvimento de excepções a um, a recusa tão categórica. Nestes termos à semelhança do que já referimos quanto aos ordenamentos francês e italiano, também na Alemanha se desenvolveu um conjunto de excepções à ilicitude das mensagens

²⁰ Anxo Tato Plaza, *La Publicidad Comparativa*, 162: a identificação do parasitismo como pressuposto da publicidade comparativa resultou da sentença do BG 18.5.1976, na qual se apreciava a licitude da seguinte mensagem publicitária “*o nosso somier é mais barato 20% do que o da Lattoflex e é de igual qualidade em todos os aspectos, em nossa opinião inclusive é melhor e mais robusto*”. Esta publicidade não era enganosa, nem desnecessariamente ofensiva. Contudo, era parasitária, aproveitando-se da reputação de outra marca, pelo que veio a ser considerada ilícita.

²¹ Carl Baudenbacher, *Das UWG auf neuer Grundlagen*, Haupt, 1988, 79 ss.

²² Na Lei de Concorrência Desleal Alemã, de 1909 (UWG), a publicidade comparativa crítica verdadeira era admitida, dado que as actividades não expressamente proibidas eram consideradas admitidas. Foi, em 1917, por influência de Josef Kohler que se considerou que os empresários tinham o direito de não ser acusados de quaisquer aspectos negativos e que o Supremo Tribunal do Reich Alemão estabeleceu uma proibição mesmo para a publicidade comparativa verdadeira. *Vide* Eva-Marina Bastian, *Comparative Advertising in Germany – Present Situation and Implementation of EC Directive*, IIC 02/2000, 153.

publicitárias comparativas: comparação de métodos industriais e de sistemas de distribuição (*Systemvergleich*)²³, legítima defesa (*Abwehrvergleich*), comparação a pedido dos consumidores (*Auskunftsvergleich*), comparação para explicar um progresso técnico ou económico (*Fortschrittsvergleich*). A partir da década de sessenta, decorrente do trabalho dos tribunais inferiores, que se alargou posteriormente ao BGH, a teoria do motivo suficiente (*hinreichender Anlass*) permitiu que as excepções à ilicitude da publicidade comparativa fossem alargadas, atendendo a outros interesses, como o do público em ser informado. Nos últimos tempos, por influência jurídica comunitária²⁴, o percurso foi no sentido da admissibilidade da publicidade comparativa, ainda que se salientem recuos e avanços ao longo de três décadas^{25,26}.

²³ Winfried Tilmann, *Vergleichende Werbung, Systemvergleich, Alleinstellungsverbung*, Grur Int, 06/07/1983, 598-607.

²⁴ Ainda antes da transposição da directiva comunitária abriu-se um amplo debate em que as associações de consumidores eram favoráveis à publicidade comparativa, ao passo que as associações de industriais eram contrárias à liberalização, por entenderem tratar-se de uma prática comercial menor, rara e os concorrentes preferirem viver em harmonia. Na sua discussão em Bruxelas, a Alemanha apresentou objecções à directiva, por a proposta não conter uma cláusula geral para os casos de publicidade comparativa ilícita e por incluir muitos conceitos jurídicos indeterminados, o que implicaria diferentes interpretações nos Estados membros. No entanto, a verdadeira razão para as objecções deveria residir antes no facto de temer o acesso ao mercado alemão, de preços altos, por Estados-membros com preços baixos, dado a directiva permitir a comparação de preços. Esta razão evidenciou-se no facto de as pequenas e médias empresas dos Estados que praticavam preços mais baixos serem favoráveis à directiva. Eva-Marina Bastian, *Comparative Advertising in Germany – Present Situation and Implementation of EC Directive*, IIC 02/2000, 159. Sobre a influência de Directiva no direito alemão, Ansgar Ohly/Michael Spence, *Vergleichen Werbung: Die Auslegung der Richtlinie 97/55/EG in Deutschland und Großbritannien*, GRUR Int 08/09/1999, 684-696, Frauke Henning Bodewig, *Vergleichende Werbung – Liberalisierung des deutschen Rechts?*, GRUR Int 05/1999, 385-394, Winfried Tilmann, *Richtlinie vergleichende Werbung*, GRUR 11/1997, 790-799 e Plaß, *Die gesetzliche Neuregelung der vergleichenden Werbung*, NJW 2000, Heft 43, 3168.

²⁵ Wolfgang Berlitt, *Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage, Beck, München, 1995, 38, coloca a publicidade comparativa (*Vergleichen Werbung*) na agressão (*Behinderung*), sendo este o “conceito-critério” que permite avaliar da sua licitude ou ilicitude (*Bereich der behindernden*). Mesmo quando a lei não autorizava a publicidade comparativa (§14 UWG), sempre foram admitidas algumas excepções sobretudo para esclarecimento dos consumidores (*Aufklärungsbedürfnisses der Allgemeinheit*), nomeadamente quando se a apresentação de vantagens dos próprios bens ou a comparação com produtos anteriores ou a comparação de sistemas (*Systemvergleich*). O critério da instância superior alemã (*Bundesgerichtshof*) para determinar a ilicitude da publicidade comparativa assentava no facto da reputação do concorrente poder ser atingida ou poder ser avaliado de uma forma crítica o produto de um concorrente, como no caso da publicidade de um cognac em que se afirmava “*Vergleichen Sie z. B. Unseren Cognac “Arc Royal” mit anderen Cognacs, die Ihnen durch grossen Werbeaufwand auffallen*”. O BGH também considerava ilícita a publicidade comparativa que pudesse comportar engano (*Irreführung*), como na publicidade “*Kleidung wie nach Mass: X-Kleidung*” (68). Sobre esta jurisprudência do tribunal superior veja-se BGH GRUR 1987, 49 f (Cola-Test), BGH GRUR 1992, 61 (Preisvergleichliste) e BGH GRUR 1989, 602 f (Die echte Alternative) em Reiner Schmidt, *Unlauterer Wettbewerb und Wettbewerbsprozess*, Kommunikatinsforum, Köln, 16-17. Cfr. Fritz Rittner, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 4. Auflage, Müller, Heidelberg, 52 ss avalia-se a compartimentação jurídica dos diferentes casos. A publicidade com referências pessoais, como a nacionalidade, o cadastro criminal ou a situação financeira não pode ser utilizada na concorrência. A publicidade que se pendura na reputação (*anlehnende Werbung*) não está dentro da categoria da agressão (*Behinderung*), mas configura uma forma de aproveitamento (*Ausbeutung*). A comparação de sistemas ou de tipos de mercadorias (*System – und Warenartenvergleich*) cai fora da publicidade comparativa, porque não compara nem agride concorrentes determinados, mas somente especificações técnicas ou qualidades de produtos. A publicidade comparativa crítica (*kritisierende vergleichende Werbung*) é, em princípio, ilícita ainda que se registem alguns casos em que possa ser considerada lícita. Admite-se a publicidade comparativa de defesa (*Abwehrvergleich*) e a publicidade comparativa necessária

Em Espanha, quer a Lei de Concorrência Desleal de 1991 (LCD), quer a lei sobre publicidade (LGP) contêm disposições que regulam a publicidade comparativa, pelo que necessitam de ser correctamente articuladas. Na LCD o art. 9.º regula os actos de denegrição, enquanto que o art. 10.º aplica-se aos actos de comparação. Os actos de denegrição são idóneos a causar o descrédito de um ou vários concorrentes. Com efeito, a denegrição existe independentemente de qualquer resultado, basta que os meios sejam idóneos a esse fim.

O art. 9.º da LCD admite a *exceptio veritatis*, não bastando que as afirmações sejam verdadeiras, é necessário que sejam igualmente exactas e pertinentes. A denegrição pode ser directa ou indirecta, e ser expressamente formulada ou resultar implicitamente de outra. Antes da entrada em vigor da LCD considerava-se como uma forma clássica de denegrição indirecta a comparação entre os produtos de um concorrente e os do próprio²⁷.

O art. 10.º, n.º. 1 da LCD regula os actos de comparação, estabelecendo a deslealdade da comparação pública que assente em aspectos incomparáveis ou sem qualquer relevância. O n.º 2 do mesmo artigo considera também desleal a comparação que importe engano nos termos dos arts. 7.º e 9.º da mesma Lei. Note-se que há quem considere esta referência completamente despicienda²⁸.

Tradicionalmente no ordenamento espanhol, à semelhança dos restantes ordenamentos europeus, considerava-se que a publicidade comparativa comportava

(*notwendige Vergleich*), que é indispensável. A publicidade superlativa ou individual (*Superlativ oder Alleinstellungswerbung*) deve ser apreciada de acordo com a proibição de engano prevista no §3 UWG ou de acordo com a cláusula geral contra os bons costumes §1 UWG. Os testes com listas de preços com todos os produtores não devem ser vistos como publicidade comparativa; de igual modo, nos casos em que um consumidor pede um conselho sobre preços, não há qualquer comparação. Normalmente os testes de mercadorias agridem os comerciantes com menor qualidade. Se o teste não tiver sido realizado por um concorrente, só pode ser enquadrado pelo §§ 824 e 823.1, mas se tiver sido feito por concorrentes e com fim comercial, então terá de estar submetido ao critério da publicidade comparativa e da proibição do engano. *Vide* Wilhelm Nordemann, *Wettbewerbsrecht*, 7. Auflage, Nomos, 182 ss sobre o carácter inimigo, em termos concorrenciais, de toda e qualquer publicidade referencial (*Bezugnehmende Werbung*). Nordemann defende que as excepções que se foram desenvolvendo jurisprudencialmente em matéria de proibição de publicidade comparativa passaram, primeiro, pelo interesse dos anunciantes (nomeadamente para esclarecimento de uma inovação técnica (*Fortschrittsvergleich*)). Posteriormente, a partir dos anos setenta, começou a admitir-se a licitude de uma publicidade que criticamente servisse para o esclarecimento dos consumidores e para a transparência do mercado, criando-se um triplo critério de licitude: (a) *entweder das Interesse der Verbraucher an sachgemässer Aufklärung sie deckte (Aufklärungsvergleich)* (b) *oder das Interesse des Werbenden sie sonst nötig macht, was nur zu Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs denkbar ist (Abwehrvergleich und wenn* (c) *die Grenzen des nach Art und Mass Erforderlichen nicht überschritten werden.*

²⁶ Eva-Marina Bastian, *Advertising in Germany – Present Situation and Implementation of EC Directive*, IIC 02/2000, 152 considera que o Supremo Tribunal Alemão alterou a sua atitude em relação à publicidade comparativa ainda antes da Directiva 97/55.

²⁷ Concepción Molina Blázquez, *Proteccion Juridica de la Lealtad en la competencia (¿)*, Montecorvo, Madrid, 1993, 280 ss.

²⁸ Concepción Molina Blázquez, *Proteccion Jurídica*, 283.

denegrição. Todavia, a introdução da retórica da defesa do consumidor e a compreensão do benefício que pode trazer para este permitiu admitir a licitude da publicidade comparativa informativa, objectiva e transparente²⁹. No entanto, ainda actualmente a comparação é olhada com desconfiança pelos operadores no mercado, sobretudo porque possuiu um enorme potencial concorrencial: sendo uma arma na luta concorrencial positiva, para quem a ela recorre, e negativa, para quem é objecto de comparação³⁰.

O direito espanhol faz uma distinção entre publicidade comparativa e comparação pública: se se utilizam meios publicitários para a comparação, existe publicidade comparativa, se não, trata-se de comparação pública. Não é pública a comparação que é feita entre o vendedor e o comprador verbalmente ou mediante notas. Note-se que a comparação não pública pode ser considerada desleal atendendo a outros actos de concorrência desleal. Para o direito espanhol não há qualquer comparação nem na publicidade superlativa, nem quando se verifica a comparação com uma generalidade de comerciantes não identificável³¹.

Pode considerar-se que o art. 6.º c) da LGP, quando confrontado com o art. 4.º da mesma lei, que apenas determina que a publicidade não induza em erro,³² estabelece uma maior exigência de veracidade na publicidade comparativa, ao impor que as afirmações sejam “*objetivamente demonstráveis*”. Do art. 6.º c) resulta a seguinte noção de publicidade comparativa: a que compara ou contrapõe as características dos produtos ou serviços do empresário com as dos de um ou vários concorrentes, fazendo ou não menção expressa ao nome ou à marca do concorrente. O critério de proibição desta publicidade é a indução em erro.

A análise dos ordenamentos jurídicos europeus no que concerne à publicidade comparativa evidencia três tópicos essenciais: 1) a profunda ligação entre o modelo de concorrência desleal vigente e a “atitude de princípio” em termos de proibição ou de admissão da publicidade comparativa, 2) a importância da defesa dos interesses do consumidor na adopção de uma “nova atitude” em relação a esta publicidade e 3) a influência do direito comunitário na uniformização dos diferentes ordenamentos no sentido de uma maior abertura a este tipo de publicidade.

²⁹ Concepción Molina Blázquez, *Protección Jurídica*, 282.

³⁰ Juan José Otamendi Rodríguez-Bethencourt, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 194.

³¹ Juan José Otamendi, *Comentarios cit*, 194 ss.

³² Carme Madrenas i Beadas, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal, La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Civitas; Madrid, 1990, 165, refere que a expressão objectivamente

5. Direito comunitário

Actualmente, é impossível compreender a evolução jurídico-económica dos países da União Europeia sem a enquadrar no ordenamento jurídico comunitário³³, que surge, nas últimas duas décadas, em alguns domínios de relevo como força motriz no sentido da aproximação dos diferentes ordenamentos jurídicos. No que concerne à matéria que nos ocupa, a Directiva 97/55/CE³⁴ veio definitivamente consagrar a matriz europeia da licitude da publicidade comparativa, e estabelecer os pressupostos em que pode operar licitamente. No seguimento desta directiva, que os estados europeus tinham de transpor para o seu ordenamento jurídico até 23 de Abril de 2000, a maioria dos países, que até àquela data, possuía uma legislação em sentido contrário, teve de se converter à linha europeia da aceitação das comparações publicitárias³⁵.

demonstráveis deve ser interpretada no sentido da objectividade e da neutralidade para a protecção dos consumidores e não na protecção do empresário que não a merece.

³³ Friedrich-Karl Beier, *The Law of Unfair Competition in the European Community Its Development and Present Status*, ICC 02/1985, 138 ss, considera que o Tratado de Roma de Janeiro de 1958 é o marco de uma nova fase na evolução da concorrência desleal na Europa, porquanto os arts. 85.º e 86.º introduziram uma aproximação neoliberal à concorrência, completando as legislações sobre propriedade industrial e concorrência desleal com a ideia de concorrência livre. Entre 1958/1965 o Instituto para as patentes, direito de autor e concorrência, sediado em Munique, sobre a direcção de Eugen Ulmer ficou com a incumbência de preparar estudos comparativos dos seis Estados membros da Comunidade Económica com vista à uniformização da concorrência desleal.

³⁴ A Directiva 97/55/CE introduz a noção de publicidade comparativa, definida como sendo “qualquer publicidade que, explícita ou implicitamente, identifica um concorrente ou bens e serviços de um concorrente”. A publicidade comparativa é lícita desde que respeite as seguintes condições: não ser enganosa; comparar bens e serviços que respondam a necessidades idênticas ou que visem o mesmo objectivo; comparar objectivamente características essenciais, pertinentes, verificáveis e representativas desses bens e serviços, das quais o preço pode ser parte integrante; não induzir confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente; não desacreditar ou denegrir marcas, nomes comerciais ou outro sinal distintivo de um concorrente; sempre que incidir sobre produtos que têm uma designação de origem, relacionar-se com produtos que tenham a mesma designação; não tirar proveito da notoriedade ligada a uma marca ou outro sinal distintivo de um concorrente; não apresentar um bem ou um serviço como uma imitação ou uma reprodução de um bem ou serviço de marca ou nome comercial protegido. As disposições relativas à luta contra a publicidade enganosa aplicam-se à publicidade comparativa ilícita. A directiva prevê a criação de um dispositivo para dar seguimento às reclamações transfronteiriças em matéria de publicidade comparativa. (elementos recolhidos em <http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/132010.htm>)

³⁵ Brunhilde Ackermann, *Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung europäer rechtlicher Bezüge*, Springer, 1997, 161, considera que foi a Directiva que marcou a mudança de atitude em relação à publicidade comparativa, de negativa para positiva, estabelecendo que, quando é material, relevante, comprovável e representativa, constitui um meio importante de informação do consumidor. De acordo com o art. 2.º da Directiva é publicidade comparativa a que directa ou indirectamente compara concorrentes, produtos ou prestações de serviços, estabelecendo-se no art. 3.º as condições da sua licitude. É também a directiva que leva à transformação do direito alemão.

Pode assim afirmar-se que o direito comunitário criou um novo patamar de evolução, ao admitir a publicidade assente na comparação, permitindo um mercado único onde vigora a “mesma lei”. De referir, porém, que “a Europa” (comunitária) apenas regulou aspectos parcelares da concorrência, tais como a publicidade enganosa e comparativa, faltando-lhe, ainda, apresentar uma reforma global no domínio da concorrência desleal, o que só ocorrerá em data futura (ainda desconhecida), uma vez que tarda a ser aprovada a Directiva que irá uniformizar as legislações europeias nesta matéria³⁶.

No entanto, hoje, as legislações que, como a portuguesa, transpuseram para o seu ordenamento a Directiva em matéria de publicidade, coincidem – para o bem e para o mal - com este texto comunitário. Uma das críticas que tem sido veiculada à Directiva centra-se no conceito de publicidade comparativa como publicidade que identifica expressa ou implicitamente um concorrente. Ora, alguma doutrina³⁷ tem vindo a afirmar, correctamente, que a identificação de um concorrente não é a característica fundamental da publicidade comparativa, a qual assenta essencialmente na existência de uma comparação entre prestações próprias e alheias. Além disto, trata-se de uma característica que só por si é insuficiente para definir a publicidade comparativa, já que se verifica quer na publicidade adesiva, quer na publicidade de tom pessoal. Acresce que no texto da Directiva confunde-se um requisito constitutivo da publicidade comparativa – a comparação de bens ou de serviços que respondam às mesmas necessidades ou a objectivos idênticos – com um requisito da licitude da própria mensagem publicitária comparativa.

De referir que os requisitos de licitude estabelecidos na Directiva resultam de uma harmonização comunitária em matéria de concorrência desleal, pelo que, atendendo à disciplina jurídica da concorrência desleal nos diferentes ordenamentos jurídicos, a fixação daqueles limites torna-se supérflua ou até redundante.

Por outro lado, os limites fixados na Directiva - configuram limites máximos - que não podem ser ultrapassados pelos legisladores nacionais, sob pena de funcionarem como uma medida de efeito equivalente a uma restrição à liberdade de circulação de mercadorias e, como tal, contrária ao artigo 30.º do Tratado de Roma. Não obstante, a jurisprudência *Cassis de Dijon*, ao abrigo de uma interpretação extensiva do art. 36.º do Tratado, tem permitido configurar como lícitas certas restrições de concorrência desleal e

³⁶ Gerhard Schricker, *Twenty five years of Protection Against Unfair Competition*, IIC, refere-se a uma uniformização lenta e fragmentária do direito europeu da concorrência desleal.

³⁷ Anxo Tato Plaza, *La Publicidad Comparativa*, 260.

de publicidade. Por fim, de salientar que desde a sentença *Keck* que o Tribunal das Comunidades se tem orientado no sentido de considerar que as legislações nacionais, que estabelecem certas restrições publicitárias ou comerciais, desde que as apliquem tanto a nacionais como a estrangeiros, caem fora do âmbito do art. 30º do Tratado de Roma.

Para a realização da união europeia, em especial da união económica, é determinante a forma como a publicidade, em geral, e a publicidade comparativa, em particular, está regulada nos diferentes Estados-membros, uma vez que desempenha na concorrência económica uma função informativa vital acerca dos bens e serviços³⁸. Efectivamente, a publicidade comparativa pode fornecer informações relevantes para a formação de decisão do consumidor.

Uma das questões fundamentais neste domínio centra-se na necessidade de uma uniformização para que não seja proibido num país da União o que é permitido noutro. Daí a importância da uniformização jurídica, processo que nos parece não dever ser travado.

Na União Europeia, como foi referido, a publicidade comparativa é lícita, desde que seja objectiva, comprovável, não comporte engano e não seja desleal. A directiva sobre publicidade comparativa orientou-se, pois, no sentido da liberalização desta publicidade, por entender que é benéfica para o consumidor e para a própria concorrência, que tenderá a apresentar inovações cada vez mais competitivas.

A Directiva apresenta, no seu artigo 2.º, a publicidade comparativa como aquela que, directa ou indirectamente, torna conhecido (*erkanntbar*) um concorrente ou os seus idênticos bens ou serviços (*gleichartige*)³⁹, texto utilizado pelo legislador nacional na alteração do artº. 16/1 do Código da Publicidade. Assim, esta noção abarca a publicidade que se aproveita da reputação de outros concorrentes ou prestações (*anlehnde Werbung*), abrangendo as comparações pessoais (*persönliche vergleichende Werbung*) e as comparações reais (*sachliche vergleichende Werbung*), havendo quem considere correcta tal abrangência, atendendo à sua proximidade⁴⁰. Por outro lado, a expressão "*erkenntbar*" inclui quer as referências directas quer as referências indirectas às prestações alheias. Levantam-se, porém, algumas críticas quanto ao facto de a noção da Directiva se referir somente a um concorrente e não a vários⁴¹.

³⁸Sibylle M. Wirth, *Vergleichende Werbung in der Schweiz, den Usa und der EG in Zivilrecht, Werbe- und Medienkodizes*, Shulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1993, 215.

³⁹"*Vergleichende Werbung ist jede Werbung die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder dessen gleichartige Erzeugnisse oder Dienstleistungen erkenntbar macht*" (na versão alemã).

⁴⁰Sibylle M. Wirth, *Vergleichende Werbung*, 221.

⁴¹Sibylle M. Wirth, *Vergleichende Werbung*, 222.

Um dos elementos fundamentais da identificação da publicidade como comparativa centra-se na identidade ou similaridade entre os bens e serviços (algo que, escapou na tradução ao legislador nacional). A identidade ou similaridade de produtos significa que os mesmos satisfazem necessidades idênticas, o que quer dizer que a publicidade comparativa abrange produtos sucedâneos. No entanto, a comparação entre um veleiro e um iate não pode ser considerada publicidade comparativa porque lhe falta a identidade entre os produtos⁴². Em relação à comparação de produtos que não sejam idênticos, a Directiva defende a sua ilicitude. Em Portugal, tal resulta não da definição do artigo 16.º/1, mas da alínea b) do n.º 2 do art. 16.º.

Do artigo 3.º da Directiva decorre que a publicidade comparativa é lícita sempre que não consubstancie uma forma de concorrência desleal. Ao estabelecer apenas alguns limites a esta publicidade, o caminho da Directiva é o da liberalização das comparações na publicidade. Os valores que se protegem com semelhante liberalização centram-se no desenvolvimento da concorrência e na disponibilização de mais e melhor informação para o consumidor.

Ora, a publicidade comparativa só cumpre esta função de informação quando a comparação é objectiva, incide sobre características relevantes e tem como objecto bens ou serviços idênticos. Por isso, a publicidade que compare objectos não idênticos é ilícita de acordo com art. 2º da Directiva. Nestes termos, as comparações sobre detalhes menores são consideradas ilícitas e os produtos têm de ser semelhantes nas suas características essenciais, nomeadamente na qualidade, na quantidade, no resultado e no preço.

A comparação não pode ser enganosa (Directiva 84/450/CE), nem falsear a concorrência, nem deve dela resultar qualquer confusão entre bens ou serviços, marcas, designações comerciais, ou outros sinais distintivos do anunciante e de um concorrente. Não pode igualmente desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, sinais distintivos de bens, serviços ou actividades, nem a situação de um concorrente ou tirar partido indevido da uma marca ou designação comercial. Resulta desta proibição, a ilicitude da publicidade que se pendura na reputação de um concorrente. Por outro lado, sempre que se recorra a testes comparativos há necessidade de mencionar a entidade que os conduziu.

As legislações nacionais não devem estabelecer limitações à publicidade comparativa para além das constantes da Directiva.

⁴²Sibylle M. Wirth, *Vergleichende Werbung*, 222.

Quando se realizam comparações é necessária uma referência à marca ou designação comercial do concorrente. Ora, de acordo com Directiva, essa referência é lícita.

Neste domínio, há a referir Directiva, de 21 de Dezembro de 1988 (89/104/CEE), relativa à protecção da função distintiva da marca (*Herkunftsfunktion*). De acordo com esta Directiva, o titular da marca goza de um direito de exclusivo, pelo que pode actuar contra terceiros que se aproveitem do exclusivo económico da marca.

Como já foi mencionado, o emprego de uma marca ou de qualquer sinal distintivo na publicidade comparativa é lícito, não violando o círculo do direito de exclusivo, desde que vise unicamente a comparação e não pretenda aproveitar-se do prestígio de outra marca⁴³. O perigo de confusão é o elemento decisivo para a protecção das marcas, dependendo a sua apreciação de diferentes factores, tais como, o grau de conhecimento da marca no mercado, as associações mentais que resultam da marca, o grau de semelhança entre as marcas, desenhos ou outros sinais distintivos.

6. Direito norte-americano

Um conjunto variado de disposições normativas regula a publicidade comparativa neste ordenamento. A 1.^a Emenda da Constituição norte-americana reconhece a liberdade de expressão, que abrange também a liberdade de discurso comercial, quando verdadeiro (*commercial speech*)⁴⁴. Todavia, quer a liberdade de expressão comercial, quer a publicidade comparativa estão limitadas em defesa dos concorrentes. No plano federal é o *Lanham Trade-Mark Act* que regula a publicidade comparativa. A *Federal Trade Commission* (FTC) é o organismo administrativo que controla esta publicidade. A FTC desenvolveu um conjunto significativo de directivas para apreciação da publicidade comparativa, que originar abundantes decisões administrativas que influenciaram a jurisprudência dos tribunais norte-americanos.

O federalismo americano baseia-se numa grande autonomia dos estados federados não só do ponto de vista legislativo, mas igualmente do ponto de vista judicial. Com efeito, existem no sistema judicial norte-americano tribunais federais e tribunais estaduais, cujas decisões não são ultrapassadas pelos tribunais federais. Ao nível dos estados federados encontra-se um significativo corpo de regras de *common law* e o direito

⁴³ Cfr. a mesma posição em *Metatags e Correio Electrónico entre os Novos Problemas do Direito da Internet*, Estudos da Sociedade da Informação, V, Coimbra Editora, 2003.

⁴⁴Sibylle M. Wirth, *Vergleichende Werbung*, 137.

estatutário legislado pelos diferentes estados contem disposições sobre a publicidade comparativa. Neste estudo vamos, porém, limitar-nos ao plano federal.

A publicidade comparativa, tal como é concebida pelo direito norte-americano, é aquela que compara um produto ou serviço próprio com outro de um concorrente, sendo que a comparação pode ser realizada de diferentes modos, tais como, a referência ao nome da prestação do concorrente ou a afirmação da superioridade da própria prestação. A jurisprudência veio também incluir no domínio da publicidade comparativa a que se pendura (*anlehnende Werbung*) em outros produtos concorrentes. Como exemplo desta situação pode citar-se o caso *Calvin Klein Cosmetics Corp. v. Parfums de Coeur, Lta* (8th Circuit, 1987), que teve como objecto a mensagem publicitária "If You like Obsession, you'll love Confess", na qual um produto conhecido era copiado. Note-se que existem inúmeros casos que chegam às instâncias norte-americanas baseados em publicidade comparativa ilícita, por ser enganosa e por violar a lei.

Um dos casos, o *Hot Sparks Industries, Inc. vs Scintilla Electronics Co.*, opôs estas duas empresas com base numa publicidade em que a Scintilla comparou o computador que comercializava, o Home-Com 777 ao HSI-45 1, afirmando a sua maior velocidade e segurança, o que não se provava ser objectivamente verdadeiro⁴⁵.

Num outro caso, o *American Home Products Corp. v. Johnson & Johnson*⁴⁶, o tribunal de apelação do Segundo Circuito considerou que mensagens ambíguas que falsamente comparassem dois produtos violavam directamente o §43 do *Lanham Act*. Numa primeira apreciação, o tribunal averiguou se a publicidade ao medicamento Anacin tinha realizado qualquer comparação desleal com o Tylenol. Numa segunda fase, apreciou a reacção dos consumidores às referidas frases, tendo chegado à conclusão que as mensagens veiculadas eram falsas, já que as alegadas propriedades anti-inflamatórias do Anacin não foram comprovadas. O tribunal veio a concluir que, sob a égide do §43 do *Lanham Act*, proibia-se mais do que a mera falsidade literal, estando igualmente incluídas as sugestões implícitas e indirectas.

Também no caso *American Brands v. R. J. Reynolds Co.* o tribunal admitiu uma acção fundamentada no §43 do *Lanham Act* relativamente a uma mensagem implícita de superioridade comparativa, embora a acção não tivesse obtido procedência por falta de prova da reacção dos consumidores.

⁴⁵W. Thomas Hofstetter/Frederick T. Davis, *Comparative advertising in court: outline of briefs*, Antritrust Law Journal, vol. 49, summer 1980, 861-883.

⁴⁶ John E. Stiner, *The Lanham Act offers relief for implied advertising claims: American Home Products Corp. v. Johnson & Johnson*, patent and trademark review, vol. 78, n.º 6, June 1980, 252-265.

Apesar desta jurisprudência, a tolerância em relação a todo o tipo de comparações é muito superior nos Estados Unidos que na Europa⁴⁷. A liberdade de pensamento e de expressão, mesmo no estrito contexto económico, possui muito menos restrições neste país do que nos ordenamentos europeus.

O recurso às comparações na publicidade mostra-se uma técnica muito eficaz, sendo a modalidade que recorre a pretensos testes científicos a mais eficaz junto dos consumidores em virtude da relevância das afirmações científicas na nossa sociedade⁴⁸. A publicidade comparativa ilícita⁴⁹ é subsumida no §43 do *Lanham Act*, que funciona como cláusula geral da concorrência desleal, disposição que admite a publicidade comparativa desde que não seja falsa ou enganosa. Os norte americanos distinguem diferentes tipos de publicidade comparativa, ainda que todos reconduzidos ao §43 do *Lanham Act*, sendo avaliados sobre a sua licitude sempre pelo mesmo critério, quer se trate de publicidade crítica quer de publicidade que se pendura na reputação de outro bem. O direito deste país admite referências explícitas a outras marcas (*Smith v. Chanel, Inc.* e *Saxony v. Guerlain*). As marcas não possuem, assim, um carácter monopolista, não se registando uma protecção absoluta contra a possibilidade de outros as utilizarem na publicidade, nomeadamente quando a referência à marca é verdadeira. A protecção só se estende aos casos em que a referência à marca é enganosa. O §43 do *Lanham Act* admite uma acção de responsabilidade civil sempre que a publicidade comparativa consubstancie concorrência desleal.

A FTC teve um papel determinante no desenvolvimento da jurisprudência norte-americana em matéria de publicidade comparativa. Num primeiro momento encorajou-a, concebendo-a como um meio especialmente idóneo para promover a concorrência⁵⁰. Este tipo de publicidade desenvolveu-se de forma mais visível a partir da publicidade da Avis que recorreu ao slogan publicitário “*We try harder*”. Ora, a Avis era, ao momento da difusão desta mensagem publicitária, o número 2 das empresas de

⁴⁷ Charles J. Walsh and Marc S. Klein, *From dog food to prescription drug advertising: litigation false scientific establishment claims under the Lanham Act*, Setton Hall Review, vol. 22, 1992, 389-445: “Advertising is an ancient practice, at least two thousand years old. But comparative advertising is a truly modern phenomenon, just twenty years old. It is also a uniquely American activity. While comparative advertising is disdained in most other countries, it is a commonplace here”.

⁴⁸ A indústria farmacêutica foi, nos Estados Unidos da América, a que mais recorreu a essa publicidade comparativa (pretensamente científica). Porém, a falsa publicidade em matéria de medicamentos pode afectar a saúde de inúmeras pessoas, pelo que tem de ser especialmente vigiada. Daí as especiais competências nesta matéria da Federal Trade Commission (FTC) e da Federal Food and Drug Administration (FDA), Charles J. Walsh and Marc S. Klein, *From dog food cit.*, 393.

⁴⁹Sibylle M. Wirth, *Vergleichende Werbung*, 134.

⁵⁰ Jerome L. Gee, *Comparative Advertising, commercial disparagement and false advertising*, The Trademark Reportes, v. 71, 1981, 620-640.

aluguer de automóveis e procurava destronar a posição de supremacia que a Hertz ocupava no mercado. Uns anos mais tarde, a Hertz respondeu directamente ao anúncio da Avis com a seguinte mensagem publicitária: “*Durante anos a Avis tem vos dito que a Hertz é a número 1. Agora nós vamos dizer-lhe porquê?*”. No seguimento da campanha publicitária da Hertz seguiram-se outras que recorreram a comparações: por exemplo, a Ford afirmava que o seu Granada parecia um Mercedes Benz⁵¹.

De salientar que a aceitação da publicidade comparativa e a afirmação do seu carácter benéfico para a concorrência e para os consumidores, mesmo nos Estados Unidos, não é universal. Um estudo recente conclui que a natureza informativa desta publicidade não é superior à da publicidade não comparativa. Por esta razão, alguns publicitários recusaram o recurso a esta forma de publicidade por considerarem que representa uma promoção grátis para a empresa expressa ou implicitamente objecto de comparação⁵².

O *National Advertising Division of the Council of Better Business Bureau* (NAD) tem, através da auto-regulação, corrigido alguns abusos cometidos pela publicidade comparativa. Para além desta auto-regulação, um corpo legislativo de estatutos federais tem procedido à sua regulação. No entanto, o direito norte-americano não reprime as afirmações exageradas na publicidade, que são uma prática usual designada por *puffing* (soprar); de modo diferente, a agressão já constitui uma modalidade publicitária ilícita, porquanto o anunciante não se limita a afirmar a superioridade do seu produto ou serviço, mas a denegrir o produto ou serviço com o qual concorre. No *disparagement* verifica-se um verdadeiro ataque a outro produto ou serviço.

A publicidade comparativa enganosa ocorre quando o anunciante profere declarações falsas acerca do seu produto. Todavia, o engano também pode resultar de afirmações verdadeiras. Foi o que se verificou na comparação realizada num anúncio publicitário da *Schick Krona Chrome* e da *Schick Super Stainless Steel*, em que, num teste em que ambas as lâminas de barbear eram utilizadas cinco vezes, a de ferro estava muito mais corroída do que a cromada. No entanto, a FTC defendeu que o grau de corrosão em nada interferia na capacidade de barbear, pelo que, apesar das afirmações veiculadas serem verdadeiras, o resultado comparativo alcançado era falso. Em matéria de intenção, na publicidade comparativa, não é necessário provar a intenção de confundir ou de enganar⁵³.

⁵¹ Jerome L. Gee, *Comparative Advertising cit*, 620-640.

⁵² Jerome L. Gee, *Comparative Advertising cit*, 620-640.

⁵³ Jerome L. Gee, *Comparative Advertising cit*, 620-640.

No caso *Vidal Sassoon, Inc. v. Bristol Meyers Co.* foi decidido que a apresentação enganosa de testes comparativos é ainda mais enganosa do que as falsas afirmações. Neste caso, a publicidade da Bristol Meyers afirmava que mais de 900 mulheres preferiam o seu champô, quando na realidade só tinham sido entrevistadas 200 e não tinha sido feita qualquer comparação entre produtos, uma vez que só se ofereceu a experimentar o champô da Meyers.

7. Portugal: evolução legislativa; o novo Código de Propriedade Industrial

Em Portugal, tal como nas restantes legislações europeias, podem autonomizar-se três períodos em matéria de concorrência desleal: o paleoliberal, o profissional e o social.

A primeira legislação sobre concorrência desleal não fazia menção à publicidade comparativa. No entanto, no artigo 212.º do CPI, de 1941, a publicidade comparativa era recusada com base nos actos de descrédito, independentemente do carácter verídico ou não das afirmações proferidas. Era a doutrina da repressão da denegrição. Posteriormente, com a publicação do primeiro Código da Publicidade, manteve-se a mesma proibição, que veio a ser alterada no sentido da licitude com o Decreto-Lei n.º 339/90, de 23 de Outubro. O Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 339/90, de 23 de Outubro, sofreu, até à data, significativas alterações⁵⁴

⁵⁴ Quanto aos aspectos que se mantêm idênticos, de citar, a título de exemplo, os seguintes: o âmbito do diploma (artigo 1.º), o direito aplicável (artigo 2.º), o conceito de publicidade (artigo 3.º), o conceito de actividade publicitária (artigo 4.º), os sujeitos publicitários (artigo 5.º), os princípios da publicidade (artigo 6.º). Assim, o cerne do diploma não nos parece ter sido profundamente modificado, ainda que alguns aspectos parciais tenham sofrido alterações. Por exemplo, em matéria de licitude da mensagem publicitária admitiu-se a utilização ainda que excepcional de língua estrangeira, o que mereceu reacções críticas provenientes dos sectores mais puristas da língua nacional. No entanto, algumas críticas parecem-nos porventura excessivas, já que a europeização da economia nacional necessita duma abertura a outros idiomas mais comerciais, sendo um ónus demasiado pesado para a actividade publicitária a defesa da língua nacional, quando outros a não protegem. De modo idêntico, o legislador nacional produziu mudanças na publicidade enganosa ao introduzir o n.º 3 do artigo 11.º, que visou promover a veracidade na publicidade que recorre a prémios, os quais alegadamente não exigem qualquer contrapartida económica ou não estão dependentes de sorteio ou da realização de qualquer encomenda, o que normalmente não resulta de forma transparente. É tradicional encontrar-se publicidade enviada por correio, na qual se anuncia ao destinatário que ganhou um prémio, ou as empresas de *telemarketing* anunciarem prémios recorrendo para tal a telefonemas, que induzem os destinatários mais incautos a deslocarem-se a determinados locais em busca de prémios ou promoções, onde os mesmos são “importunamente” convidados a realizar aquisições comerciais. No entanto, malgrado a pretensa novidade legislativa do n.º 3 do artigo 11.º, as situações a que se visa obstar estariam já abrangidos pelo n.º 1 do artigo 11.º, sendo despicienda, por redundante, a referência introduzida pelo novo n.º 3.

introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 74/93, de 10 de Março, e pela Lei 6/95, de 17 de Janeiro. Novas alterações foram introduzidas, posteriormente, pela Lei 31-A/98, de 14 de Julho, e pelos Decretos-Lei n.º 51/2001, de 15 de Fevereiro, e n.º 332/2001, de 24 de Dezembro (este último na esteira do Plano de Acção contra o Alcoolismo).

A publicidade comparativa constitui um dos domínios em que houve mudanças mais significativas⁵⁵. Com efeito, o conjunto normativo que se vislumbra no artigo 16.º do C.P. foi das áreas da disciplina publicitária aquela que porventura sofreu alterações mais profundas com a entrada em vigor da Lei 31-A/98, de 14 de Julho. No entanto, cumpre referir que a reforma de que aquela disposição foi objecto, limitou-se a traduzir para o português a Directiva comunitária sobre publicidade comparativa, ainda que a mudança de paradigma a que procedeu mereça provavelmente ser aplaudida. Efectivamente, antes de 1998, a técnica de construção da norma passava por traçar o círculo da proibição da publicidade comparativa. Ora, como a norma era proibitiva, a proibição funcionava como excepção, pelo que se admitia, na linha do ensino de Oliveira Ascensão⁵⁶, que fora do círculo da proibição funcionava implicitamente a admissão da publicidade comparativa sobre características essenciais dos produtos⁵⁷.

Diferentemente, a Lei 31-A/98, de 14 de Julho, alterou a arquitectura normativa, apresentando, num primeiro momento, um conceito de publicidade comparativa (art.º 16º/1) e, num segundo momento, a previsão da publicidade comparativa consentida (art.º 16º/2). Todavia, como descreve minuciosamente as condições de admissão da publicidade comparativa, hoje, o círculo de proibição implícito é muito mais abrangente que o círculo de proibição expresso da norma anterior. Esta situação leva-nos a considerar que há, nesta matéria, uma verdadeira alteração de paradigma, porquanto, antes, sob a aparência da proibição, consentia-se, e hoje, sobre a aparência do consentimento, proíbe-se. Estas são as normais perplexidades interpretativas, mas, mais do que as descrever, impõe-se compreendê-las.

A publicidade comparativa enganosa contém normalmente uma referência não autorizada, podendo, conseqüentemente, suscitar o concurso com a concorrência desleal⁵⁸. Na e através da publicidade podem praticar-se quase todos os actos de concorrência exemplificadamente previstos no art.º 260º do Código da Propriedade

⁵⁵ Cfr. o nosso *Concorrência Desleal e Direito da Publicidade – Um estudo sobre o ilícito Publicitário, Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 1996.

⁵⁶ Concorrência Desleal, AAFDL;

⁵⁷ Cfr. o nosso *A Concorrência desleal e o direito da publicidade*, in *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 1997, 155.

⁵⁸ *A Concorrência Desleal e o direito da publicidade*, 156.

Industrial⁵⁹. O legislador veio estabelecer a regra de que a publicidade comparativa só será consentida se não for enganosa. Não nos parece, porém, muito útil essa referência, porquanto a mesma já resultava do artigo 11.º do Código da Publicidade (CPub).

Em termos gerais, a nova disciplina jurídica da publicidade comparativa consagrou um conjunto de requisitos de licitude com vista à tutela de direitos industriais e da concorrência leal, que aponta, porventura, para uma protecção maior dos concorrentes instalados do que dos que estão para vir e dos consumidores, na medida em que estes possuem mais informação em termos de comparação de prestações oferecidas, permitindo maior transparência no mercado.

Centremo-nos um pouco mais detalhadamente no resultado das mudanças legislativas:

1) O conceito de publicidade comparativa que é apresentado pelo legislador comporta uma incorrecta tradução da Directiva, colocando inúmeras dificuldades.

É de criticar o referido conceito por apresentar uma noção demasiada ampla de publicidade comparativa, ao ponto de abraçar realidades que nunca se poderão classificar como tal. Normalmente, os conceitos são adventícios não conseguindo alcançar a totalidade da realidade que representam. Neste caso, a noção que é apresentada inclui mais do que devia; é, por isso, excessivamente compreensiva e pouco analítica. Com efeito, se uma mensagem publicitária contem uma referência expressa ou implícita a outro concorrente, ou aos bens ou serviços de outro concorrente, tal mensagem não é necessariamente comparativa, pois o essencial da mensagem comparativa é a comparação, *i.e.* o confronto entre dois bens ou serviços. Ora, pode haver identificação de outro concorrente, sem comparação. Aliás, a comparação raramente incide sobre concorrentes, mas antes sobre produtos ou serviços.

Acresce que a referência à identificação é algo controversa se se pensar que a mesma pode ser explícita ou implícita. Como é possível identificar concorrentes, bens ou serviços implicitamente? É certo que pode fazer-se uma referência comparativa implicitamente, mas é duvidoso que se possam identificar implicitamente. A definição, tal como se apresenta no artigo 16.º/1 não é, pois, isenta de reparos e convida à sua reelaboração.

⁵⁹ Em data posterior à presente conferência foi entretanto publicado um novo Código de Propriedade Industrial, que vai entrar em vigor em 1 de Julho de 2003, que apresenta uma nova numeração dos artigos do Código de Propriedade e que procedeu à descriminalização do ilícito de concorrência desleal. A matéria do artigo 260.º é agora regulada pelos artigos 317.º e 318.º do Decreto-Lei n. 36/2003, de 5 de Março, em moldes distintos.

Por fim, o conceito é incompleto, porque o legislador esqueceu-se (pura e simplesmente) de fazer menção a que os produtos ou os serviços em comparação têm de ser semelhantes.

2) Por outro lado, o n.º 2 do artigo 16.º é de uma complexidade vertiginosa, na medida em que estabelece que só é admitida a publicidade que reúna simultaneamente várias condições. Com efeito, trata-se de condições cumulativas que não foram elaboradas com base num critério material único, mas que, diferentemente, resultam de uma congregação de diversas disciplinas jurídicas, cuja aplicação pode ser difícil de articular, a saber: a da publicidade, a dos direitos industriais e a da concorrência desleal. Além disto, nada de verdadeiramente novo acresce ao que já resultava das normas constantes daqueles espaços jurídicos, os quais teriam sempre de ser considerados em termos de unidade e de coerência do ordenamento jurídico. Parece-nos, pois, de rejeitar a técnica legislativa de “evidenciar” relações entre disciplinas jurídicas, que se resolveriam, *prima facie*, em termos de interpretação e aplicação, pelo recurso às regras do concurso.

Como já referimos, verifica-se uma total inutilidade da alínea a) do número 2 do artigo 16.º do CPub, que decalca o que resulta directamente do artigo 11.º do CPub. Mas as críticas estendem-se também à alínea b) dos mesmos número e artigo que refere que só é consentida a publicidade que compare bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou tenham os mesmos objectivos. Ora, é difícil, desde logo, do ponto de vista linguístico, que os bens ou os serviços possam ter objectivos. Seria, então, preferível a expressão "*que sirvam aos mesmos objectivos*".

De salientar ainda que o conceito de publicidade apresentado no n.º 1 conflitua com as alíneas b) e c), do n.º 2 das quais decorre claramente que o essencial da publicidade comparativa é uma comparação, explícita ou implícita, entre produtos e serviços, que respondem às mesmas necessidades ou a necessidade similares, em que as ofertas podem ser sucedâneas.

Acresce que, para além do confronto entre duas prestações, que se evidencia na mensagem publicitária, impõe-se que a comparação seja objectiva, nomeadamente, que assente sobre características relevantes dos produtos que se publicitam, nas quais se inclui obviamente o preço. Ora, caso as comparações não se apoiem em características verdadeiramente pertinentes, a publicidade pode ser, de acordo com o conceito de engano explanado no artigo 11.º CPub, enganosa. A necessidade de comprovação das características sobre as quais incide a comparação, bem como o facto de o ónus da prova da veracidade da mensagem publicitária incumbir ao anunciante (artigo 16.º/5), constitui

a consagração, ao nível da publicidade comparativa, do princípio publicitário da veracidade (artigo 10º/2).

As condições previstas nas alíneas d) a h) do número 2 do artigo 16.º relacionam-se com a protecção de valores do direito industrial e da concorrência leal.

O artigo 317.º do recente CPI vem estabelecer que só as falsas informações feitas no exercício de uma actividade económica com o fim de desacreditar os concorrentes constituem concorrência desleal, pelo que não faz hoje sentido inserir a publicidade comparativa nesta disposição. Já algumas mensagens publicitárias que recorrem a comparações podem ser abrangidas pelas invocações ou referências não autorizadas de marcas alheias. No entanto, como hoje a sanção contra-ordenacional é comum ao ilícito publicitário e à concorrência desleal dever-se-à traçar uma relação de especialidade entre o ilícito publicitário e o ilícito de concorrência desleal.

8. Síntese

1. A presente investigação encontrou uma especial ligação entre a publicidade comparativa e a concorrência desleal. Com efeito, em quase todos os ordenamentos analisados o combate à publicidade comparativa inicia-se nos quadros dogmáticos da concorrência desleal, em especial na teoria da denegrição e dos actos de descrédito.
2. É o tópico da defesa do consumidor e a passagem da clientela, como “objecto do direito do empresário”, ao consumidor, como “sujeito de direitos”, que determina uma nova retórica em torno da publicidade comparativa, permitindo salientar alguns aspectos vantajosos para a informação dos consumidores e para a transparência do mercado.
3. Como consequência do culminar de um processo histórico iniciado com a Revolução industrial, que passa por três fases distintas ao longo do século XX - a industrialização, a comercialização e a consumerização das sociedades humanas ocidentais - a disciplina publicitária evade-se dos quadros estreitos do direito industrial e do direito da concorrência desleal e começa a construir-se em torno do novo direito do consumo.
4. No entanto, a sua ligação à “disciplina-mãe” da concorrência desleal não pode ser completamente escamoteada, porquanto um dos pólos que necessariamente está presente na regulação da publicidade comparativa é o das relações entre empresários, comerciantes, industriais, anunciantes, enfim, entre concorrentes.

5. Por esta razão, ainda que autonomizada actualmente da órbita da concorrência desleal, a disciplina da publicidade comparativa protege ainda os interesses dos concorrentes nos domínios estabelecidos como condicionantes da sua licitude.

6. Nestes termos, actualmente, defende-se a posição de que não há qualquer regulação da publicidade comparativa na disciplina da concorrência desleal (art.º 317.º do CPI), mas que, pelo contrário, as alíneas d) (actos de confusão), e) (actos de descrédito), g) e h) (actos de aproveitamento) do n.º 2 do art.º 16.º do CPub apresentam-se como disposições especiais de “concorrência desleal” fora do arts. 317.º e 318.º do CPI no específico contexto publicitário.

7. *In fine*, poder-se-á dizer que o legislador comunitário, que tarda em criar uma directiva sobre concorrência desleal para uniformização das legislações europeias, aproveitou a directiva sobre publicidade comparativa para nos presentear, antecipadamente, com o sentido dessa reforma.

9. Perspectivas futuras

Não é possível negar que se encontram em curso significativas mudanças no mundo comercial, resultado da invasão do seu espaço pela Internet e da forma como a sociedade se reequilibra face ao impacto das novas tecnologias.

Um dos aspectos decorrentes da Internet, que comporta um especial significado “metamorfoseante” do mundo jurídico, é a transformação da sociedade industrial numa sociedade post-industrial, em que a informação surge como a produção de massa por excelência que vai permitir a reorganização dos tradicionais factores de produção; os quais, por sua vez, vão ter de ser reequacionados nas estruturas jurídicas, transformando a sociedade actual numa sociedade mais competitiva em termos de informação.

Assim, a mudança de paradigma na publicidade comparativa para uma maior liberalização explica-se também por estas novas realidades. No entanto, a grande matriz jurídica que a sociedade industrial, do século XX, produziu não foi ainda destronada por uma nova ordem jurídica, pelo que temas como a protecção da concorrência e a protecção do consumidor continuam a fazer sentido na actual realidade jurídica.

Deste modo, atendendo ao enquadramento legislativo e ao ambiente jurídico-económico-social existente no universo da publicidade comparativa, podem e devem projectar-se novas relações entre as disciplinas da publicidade e da concorrência desleal. Na verdade, a publicação do novo Código da Propriedade Industrial, que procede à

descriminalização da concorrência desleal, convertendo o ilícito de concorrência desleal num ilícito contra-ordenacional⁶⁰, é bem um sinal dessa mudança. No mesmo sentido a relevância autónoma das informações e da sua protecção (artigo 318.º). Parece certo de que o futuro concederá cada vez maior espaço à informação e que esse é o caminho.

⁶⁰Cfr. o nosso *Estudo de direito Privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal*, Almedina, Coimbra, 2000, 130, no qual defendemos que reforço penal que se encontrava na concorrência desleal era essencialmente simbólico. Assim, é completamente justificada a descriminalização que o novo Código promoveu. No entanto, parece-nos importante sublinhar a natureza essencialmente civil deste dispositivo, para além do ilícito contra-ordenacional, que se traduz essencialmente no pagamento de coimas ao Estado.