

UNIVERSIDADE DE SOROCABA  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM COMUNICAÇÃO E CULTURA



Aldo Batista dos Santos Junior

**O USO DE MARCA REGISTRADA ALHEIA NA PUBLICIDADE  
COMPARATIVA**

Sorocaba - SP

2010

Aldo Batista dos Santos Junior

**O USO DE MARCA REGISTRADA ALHEIA NA PUBLICIDADE  
COMPARATIVA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós Graduação em Comunicação e Cultura, da Universidade de Sorocaba, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Comunicação e Cultura.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Olgária Chain Féres Matos

Sorocaba - SP

2010

### Ficha Catalográfica

F235u Santos Júnior, Aldo Batista dos  
O uso de marca registrada alheia na publicidade comparativa /  
Aldo Batista dos Santos Júnior. -- Sorocaba, SP, 2010.  
101 f.: il.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Olgária Chain Féres Matos  
Dissertação (Mestrado em Comunicação e Cultura) -  
Universidade de Sorocaba, Sorocaba, SP, 2010.

1. Publicidade. 2. Publicidade – Brasil. 3. Propaganda. 4. Marca  
registrada. I. Matos, Olgária Chain Féres, orient. II. Universidade de  
Sorocaba. III. Título.

Aldo Batista dos Santos Junior

**O USO DE MARCA REGISTRADA ALHEIA NA PUBLICIDADE  
COMPARATIVA**

Dissertação aprovada à Banca Examinadora do Programa de Pós Graduação em Comunicação e Cultura, da Universidade de Sorocaba, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Comunicação e Cultura.

Defendida em 28 de abril de 2010.

**BANCA EXAMINADORA:**

Ass:

---

Profª Draª Olgária Chain Féres Matos  
Orientadora e Presidente da Banca

Ass:

---

Prof. Dr. Edson Luis de Almeida Teles  
Universidade Bandeirantes de São Paulo

Ass:

---

Prof. Dr. Paulo Celso da Silva  
Universidade de Sorocaba

*Dedico aos meus pais: Aldo e Marlene, pelo apoio incondicional, exemplos de sabedoria, luta e vitória, plenos incentivadores da constante busca pelo aprendizado;*

*Às minhas irmãs: Isabela, Isaira, Isolda e Isaura; e cunhados: André e Maurício, pelo convívio, auxílio e compreensão;*

*Aos meus sobrinhos: Claudio, Marina, Cassandra, Caio, Bárbara e José Antônio, promessas sólidas de um futuro melhor;*

*À minha doce Patrícia, pela ajuda, incentivo, inestimável amor e infundável otimismo.*

## AGRADECIMENTOS

Agradecimento à Universidade de Sorocaba pela oportunidade de aprofundar os estudos sobre o tema.

Agradecimento ao Prof. Dr. Osvando José de Morais, coordenador do Programa de Pós Graduação em Comunicação e Cultura, bem como à Rafaela Ruzzinenti, sua secretária.

Agradecimento aos professores que nos ensinaram durante esta caminhada: Prof. Dr. Paulo Braz Clemêncio Schettino, Prof. Dr. Paulo Celso da Silva, Prof. Dr. Osvando José de Morais, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Luciana Coutinho Pagliarini de Souza e Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Olgária Chain Féres Matos.

Agradecimento aos colegas de estudo e discência.

Agradecimento especial à Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Olgária Chain Féres Matos pela orientação tão valiosa e sempre em consonância com o objeto de pesquisa.

Agradecimento especial ao Prof. Dr. Paulo Celso da Silva e ao Prof. Dr. Edson Luiz de Almeida Teles pelas sugestões, indicações e correções que muito auxiliaram e contribuíram para a confecção da dissertação.

Agradecimento aos colegas, amigos, professores e alunos que me fizeram sempre estar em contato com a busca constante do aperfeiçoamento do tema em questão, seja na sala de aula, no ambiente acadêmico, reuniões, conversas, artigos ou palestras.

*“Fazer negócios sem publicidade é como piscar o olho para uma mulher no escuro: Você sabe o que está fazendo, mas mais ninguém sabe.”*

*Autor desconhecido*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o uso de marca registrada alheia na técnica publicitária de comparação entre produtos ou serviços. Para tanto, iniciamos o estudo com a diferenciação e identificação do significado de publicidade e propaganda. Passamos a verificar as diversas formas de análise do instituto da publicidade comparativa existentes no Brasil, seja por auto-regulamentação do setor publicitário, via CONAR, seja por leis vigentes, tais como o Código de Propriedade Industrial ou o Código de Defesa do Consumidor. Após, analisamos a compreensão e permissividade de outras nações perante o delicado tema da publicidade comparativa. Verificamos a interpretação dada pelos Estados Unidos da América do Norte e alguns países europeus. Por fim, analisamos se há a possibilidade da realização da publicidade comparativa no Brasil e como deve ser realizada para não ser considerada ilegal ou irregular.

**Palavras-chave:** publicidade; propaganda; publicidade comparativa;

## **ABSTRACT**

This study aims to analyze the use of others trademarks in advertising technique of comparing products or services. To this end, we started the study with the differentiation and identification of the meaning of advertising and propaganda. We started to check out the different ways of analysis from the Institute of Comparative Advertising in Brazil, either through self-regulation of the advertising industry, via CONAR or by laws such as the Industrial Property Code or Code of Consumer Protection (a.k.a. CDC in portuguese). In the sequence, we analyzed the permissiveness and understanding of other nations in addressing the delicate issue of comparative advertising. We have also check out the interpretation given by the United States of North America and some European countries. Finally, we analyzed whether there is the possibility of undertaking comparative advertising in Brazil and how it should be held to not be considered illegal or irregular.

**Keywords:** advertising, advertising, comparative advertising;

## RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo analizar el uso de marca registrada ajena en la técnica de publicidad por comparación entre productos o servicios. Por lo tanto, iniciamos el estudio distinguiendo e identificando el significado de publicidad y propaganda. Verificamos a continuación las diversas formas de análisis del instituto de publicidad comparada existentes en Brasil, sea por auto-regulación del sector de publicidad, via CONAR, sea por leyes vigentes, tales como el Código de Propiedad Industrial o el Código de Defensa del Consumidor. Enseguida, analizamos la comprensión y permisividad de otras naciones frente al delicado tema de la publicidad comparada. Verificamos la interpretación dada por Estados Unidos da América del Norte y algunos países europeos. Finalmente, analizamos si hay la posibilidad de realización de publicidad comparada en Brasil y cómo debe realizarse para que no se la considere ilegal o irregular.

**Palabras-clave:** publicidad; propaganda; publicidad comparada.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Campanha Fraternidade 2010 .....	23
Figura 2 - Revista Veja "O melhor da Cidade" .....	38
Figura 3 - Publicidade Veja "O Melhor da Cidade" .....	39
Tabela 4- Quadro Direito Autoral, Marca e Patente.....	47
Figura 5 - Guaraná Power.....	51
Figura 6 – Publicidade Wonderbra 1ª parte.....	52
Figura 7 – Publicidade Wonderbra 2ª Parte.....	52
Figura 8 - Resposta Valisère 1ª Parte .....	53
Figura 9 - Resposta Valisère 2ª parte .....	54
Figura 10 - Publicidade Gol 1ª parte .....	55
Figura 11 - Publicidade Gol 2ª Parte .....	55
Figura 12 - Publicidade Ford 1ª Parte.....	56
Figura 13 - Publicidade Ford 2ª Parte.....	57
Figura 14 - Publicidade “OMO faça as contas e escolha OMO” 1 .....	58
Figura 15 - Publicidade “OMO faça as contas e escolha OMO” 2 .....	59
Figura 16 - Publicidade “OMO Produtos Adicionais” 1 .....	60
Figura 17 - Publicidade “OMO Produtos Adicionais” 2 .....	60
Figura 18 - Publicidade “OMO Remoção de Manchas” 1 .....	61
Figura 19 - Publicidade “OMO Remoção de Manchas” 2 .....	61
Figura 20 - Publicidade “OMO Remoção de Manchas” 3 .....	62
Figura 21 - Publicidade Final OMO .....	63
Figura 22 - Publicidade Philips 1 .....	64
Figura 23 - Publicidade Philips 2 .....	64
Figura 24 - Publicidade Oi .....	65
Figura 25 - Publicidade Burger King x Mc Donalds.....	82
Figura 26 - Publicidade BMW .....	83
Figura 27 - Publicidade Audi .....	83
Figura 28 - Publicidade Subaru .....	84
Figura 29 - Publicidade Bentley .....	84

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMBEV	<i>American Beverage Company</i> ou Companhia de Bebidas das Américas
BMW	<i>Bayerische Motoren Werke</i> ou Fábrica de Motores da Baviera
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBAP	Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CONAR	Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária
CPI	Código de Propriedade Industrial
CRM	<i>Customer Relationship Management</i> ou Gestão de Relacionamento com o Cliente
DECON	Delegacia do Consumidor
EUA	Estados Unidos da América do Norte
ICAP	Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
LPI	Lei da Propriedade Industrial
ONG	Organização Não Governamental
PROCON	Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF	Tribunal Regional Federal
UNESCO	<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i> ou Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>18</b>
<b>ANÁLISE DOS CONCEITOS DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA. ....</b>	<b>18</b>
A) Publicidade Comparativa: Brasil e Exterior. ....	25
B) Publicidade Comparativa e Conar. ....	28
C) A Publicidade Comparativa e a Lei 9.279/96. ....	45
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>68</b>
<b>A PUBLICIDADE COMPARATIVA E A CONCORRÊNCIA DESLEAL.....</b>	<b>68</b>
A) A Publicidade Comparativa e o Código de Defesa do Consumidor.....	72
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>78</b>
<b>A PUBLICIDADE COMPARATIVA NOS OUTROS PAÍSES. ....</b>	<b>78</b>
A) E. U. A. ....	80
B) Portugal, Itália e Espanha. ....	85
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>89</b>
<b>REFERÊNCIAS. ....</b>	<b>95</b>

## INTRODUÇÃO

Desde Pompéia, na Antigüidade Clássica, quando foram encontradas as tabuletas que continham os primeiros vestígios da publicidade (MUNIZ) até os dias atuais, houve uma enorme evolução na sociedade. A Revolução Industrial trouxe a linha de produção e aumentou substancialmente a quantidade de produtos fornecidos no mercado. Esta gama de produtos aliada as mudanças do homem pós-guerra, ávidos por inovações tecnológicas e facilidades para o cotidiano, valorizando mais o conforto e o gozo imediato da vida, acarretaram alterações também na sociedade de consumo. (YANAZE in AZEVEDO, 2007, p. 12)

Neste contexto, o consumo de bens produzidos teve que aumentar para atender a oferta, bem como as técnicas de marketing tiveram que se modernizar e serem mais eficazes. (PINHO, 1990, p. 18)

Ciro Marcondes Filho (2009, p. 239/240) explica que o marketing é originário do latim *mercatus*, significando negócio ou mercado, bem como do inglês *to market*, no sentido de “negociar em mercado”, datado de 1635, mas é na administração e comunicação que o conceito se aproxima do aqui por nós hoje utilizado:

“[...] marketing define a estratégia empresarial de otimização de lucros através da adequação da produção e oferta de suas mercadorias ou serviços às necessidades e preferências dos consumidores. Pesquisas de mercado, design de produtos, campanhas publicitárias e atendimento pós-venda são apenas algumas ferramentas utilizadas para o desenvolvimento dessa estratégia.”

A partir do final do Século XX, o mundo já estava se consolidando como um imenso mercado de consumo, onde as forças da satisfação dos consumidores e do marketing já estavam presentes como havia determinado Theodore Levitt, em idos de 1960. Nesse cenário o marketing é influenciado pelas novidades tecnológicas e um novo mundo promovido pelo comércio eletrônico, democratização dos meios de comunicação, blogs, redes sociais, CRM, Tecnologia da Informação, dentre outras modernidades.

Atualmente, outros meios, tais como celulares terceira geração (3G), televisores a cabo com programação interativa, internet móvel, *you tube*, *twitter*, marketing viral na Internet, *reality shows*, celebridades instantâneas, impõem uma nova mudança do marketing para que seja ainda mais ágil e muito mais eficiente do que antes.

O diferencial para que as empresas conquistem a atenção dos consumidores, cada vez mais assediados pelos concorrentes e exigentes quanto aos produtos e serviços oferecidos, é sem sombra de dúvida a quantidade de vezes que será lembrada, mormente na hora da compra.

Neste campo a publicidade torna-se a principal ferramenta de lembrança. Palavra originária do latim *publicus* e do francês *publicité*, significa o ato de tornar público ou conhecido, mas é a sua visão mercadológica que nos interessa:

“Desde o século XIX, o conceito de publicidade está vinculado às práticas de divulgação de produtos, serviços e empresas. A atividade publicitária, que engloba as agências, produtores, veículos de comunicação, refere-se à concepção, produção e transmissão das mensagens comerciais que atendem à necessidade de comunicação dos anunciantes. Sua veiculação engloba inúmeras possibilidades, do anúncio impresso ao meio digital, em formatos tradicionais e também por ações diferentes de interação com o público. Nesse sentido, a publicidade, em sentido amplo e no contexto da sociedade de consumo, é um fenômeno que se dissemina pela produção cultural contemporânea, como no cinema, no jornalismo, no esporte, nos meios de maneira geral, em espaços públicos e privados.” (MARCONDES FILHO, 2009, p. 295)

Mesmo tendo o seu significado muito bem definido, a publicidade acaba sendo utilizada como sinônimo de propaganda (AZEVEDO, 2007, p. 28), isto porque a publicidade ao ser transmitida propaga também uma idéia, sonho, estilo de vida que, na visão de Baudrillard, serve para demonstrar ao receptor um mundo fantasioso e lúdico, como se fosse uma fábula, preparada para iludir o consumidor a “brincar” com os seus próprios desejos.

Durigan (2007, p. 28) corrobora com Baudrillard defendendo que “a publicidade de um determinado produto é a propaganda de um estilo de vida”. Todavia, a delimitação conceitual não é tão singela. Propaganda e publicidade possuem fins diferentes, foram criadas com objetivos díspares.

A propaganda, conforme Ciro Marcondes Filho (2009, p. 291), é proveniente da expressão latina *congregatio de propaganda fide*, significando “pela propagação da fé”, bem como possui origem do francês *propagande*, que significa propagar, multiplicar, aumentar. Este mesmo autor discorda da sinonímia entre os termos publicidade e propaganda afirmando que esta é mais ampla e difunde os valores e ideais da publicidade, mas sem se limitar ao caráter puramente comercial intrínseco à mesma.

Contudo, esquece-se que os objetivos principais de cada uma (publicidade e propaganda) se diferem, e muito. Enquanto uma objetiva propagar a fé em algo e, por isso,

conquistar mais crentes para ela, a outra (publicidade) mira na consecução do lucro como alvo central de sua empreitada.

Tendo a publicidade como vocábulo de sentido dessemelhante ao da propaganda, percebemos que a melhor forma de fazê-la é fixando na mente dos consumidores a marca do anunciante.

A marca nada mais é do que um sinal de fácil percepção pelos consumidores que tenha capacidade de se diferenciar dos seus concorrentes, desde que dentro do mesmo segmento mercadológico, apostado nos produtos e serviços.

É com a marca do produto, do serviço ou até mesmo a da empresa que as agências de publicidade e os publicitários irão veicular a publicidade dos anunciantes com o intuito de ganhar mercado e, principalmente, mais lucro. Porém, uma das formas mais eficazes de se “cortar caminho” pode ser por meio da publicidade comparativa.

A publicidade comparativa é “a qual, como o próprio adjetivo indica, se qualifica pelo confronto dos artigos, produtos, ou serviços de um concorrente com os de seu rival, no sentido de realçar as qualidades do primeiro e depreciar as do segundo.” (DUVAL, 1976, p. 138)

Nunes (2004, p. 435) referenda tal entendimento ao afirmar que sempre se realiza a publicidade comparativa de produto ou serviço com o seu maior ou principal concorrente. O intuito é sempre “simplificar” a entrada da marca no mercado e obter uma fatia maior de *market share*.

Esta “entrada de impacto” no mercado pela comparação de produtos pode se dar contra um ou mais concorrentes sempre na forma explícita ou implícita. (PEREIRA, 2001, p. 90)

Adelaide Menezes Leitão, em seu trabalho “Publicidade Comparativa e Concorrência Desleal”,<sup>1</sup> muito bem explica o significado de publicidade comparativa:

“O conceito de publicidade comparativa comporta dois elementos essenciais para a sua caracterização: (1) a referência a outras prestações e (2) o estabelecimento de

---

<sup>1</sup> A autora pesquisou sobre o assunto 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 pela Fundação *Calouste Gulbenkian*. A pesquisa foi elaborada no âmbito do convite que lhe foi dirigido pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual para realizar uma conferência no 4º. Curso de Pós-graduação em Direito Industrial, que ocorreu em 20 de Março de 2003.

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 referência<sup>2</sup> na mensagem publicitária.” (g. n.)

Dessa forma, a publicidade comparativa é realizada de forma explícita ou implícita, mas é na explícita que verificamos problemas, pois há o uso de uma marca registrada sem que qualquer licença para tal tenha sido concedida.

A marca no Brasil é registrada pelo seu titular no INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial quando, logo após o registro, são concedidos direitos de uso exclusivo o que, por si só, impede que terceiros se utilizem sem que haja a devida autorização. É este uso sem autorização recorrente na publicidade comparativa que muito nos preocupa e nos levou a se aprofundar sobre o tema.

A regulamentação brasileira sobre a publicidade, inclusive a comparativa, é realizada em um sistema que denominamos de “misto”. Nele há tanto o controle privado da publicidade, exercido pelo CONAR – Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária, como o controle público pelo Estado, através do Poder Judiciário e do Legislativo.

O CONAR é um órgão formado pelas entidades representativas dos anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação no afã de zelar pelas boas práticas no mercado publicitário e evitar, desse modo, a concorrência desleal. Para tanto, criou o CBAP – Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária com regras e orientações para a boa e ética publicidade, inclusive possuindo uma seção própria para a publicidade comparativa.

Apesar de ser um órgão exclusivamente privado a prática tem verificado que é muito respeitado no mercado e, inclusive, o seu CBAP é muito utilizado nos processos judiciais pelo Poder Judiciário como fonte suplementar à lei.

O Poder Estatal regulamenta a publicidade por meio do Legislativo, com a criação de leis específicas sobre o assunto, bem como com o Poder Judiciário, resolvendo as lides que surgem neste aspecto.

As legislações mais relevantes sobre o tema são o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº. 8.078/90) e o Código de Propriedade Industrial (Lei Federal nº. 9.279/96),

---

<sup>2</sup> PLAZA, Anxo Tato. “La publicidad Comparativa”. Madrid: Marcial Pons, 1996.

ambas percorridas neste opúsculo com a ótica do uso de marca registrada na publicidade comparativa.

Não podemos nos olvidar que a base legislativa para a proteção marcária possui origem na própria Constituição Federal de 1988, mais especificamente no art. 5º, inciso XXIX, como vemos a seguir:

“**Art. 5º - CF/88** – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos**, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;” (g. n.)

Por conseguinte, observamos que tanto no controle privado como no público a publicidade comparativa possui regulamentação suficiente para que, na forma explícita ou implícita, acarrete danos ao anunciante que não observá-los.

Toda a discussão gira em torno da permissividade ou não da publicidade comparativa no Brasil. Referida discussão toma mais fôlego a partir de 1960, quando a FTC - *Federal Trade Commission*, nos EUA, passa a incentivar o uso da publicidade comparativa naquele país sempre com o enfoque de que a mesma aumenta o interesse do consumidor sobre o produto anunciado, tende à redução de preços, incentiva a vinda de novos produtos e tecnologias e, com tudo isso, favorece o consumidor.

O embate nos EUA é realizado de forma direta e explícita, sendo coibida a publicidade comparativa implícita o que, com o mundo globalizado, acaba por tornar um problema para as multinacionais que tenham filiais no Brasil, pois não se aproveitam de grandes publicidades realizadas pelas suas matrizes no exterior aqui neste país. As conseqüências da insistência da publicidade comparativa explícita no Brasil podem ser jurídicas ou éticas, estas últimas com base no CBAP.

Outros países foram tomados como exemplos (Portugal, Espanha e Itália), sempre do chamado “velho continente” aonde esforços são feitos, por meio de Diretivas, a fim de que uma só regulamentação vigore em toda União Européia. Todavia, nuances culturais e as diversidades legislativas existentes ainda tornam este trabalho um pouco árduo e difícil.

É nesse panorama, de um país onde se institucionalizou o “jeitinho” e as leis são morosas para serem cumpridas ou obedecidas, que iremos analisar o uso da marca registrada alheia na publicidade comparativa brasileira, suas formas, possibilidades, infrações e conseqüências, sempre com o escopo de direcionar os anunciantes, agências de publicidade,

veículos de comunicação, dentre outros, a obedecerem as leis e regras éticas vigentes, tudo para que haja uma convivência mais pacífica e leal entre os concorrentes e dentro da própria sociedade.

## **CAPÍTULO I**

### **ANÁLISE DOS CONCEITOS DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA.**

Antes de nos atermos à publicidade comparativa, suas formas e espécies, é preciso saber primeiramente o que é publicidade e qual o seu significado, porque algumas vezes as palavras publicidade e propaganda são utilizadas como sinônimas e em outras não, o que pode acabar por confundir o leitor. Somente depois dessas colocações e explicações é que poderemos iniciar os estudos sobre a publicidade comparativa, suas espécies, permissividade e formas.

É fato que o mercado necessita da publicidade para a venda dos produtos e serviços. O desenvolvimento da publicidade e da propaganda se deu no Século XX, quando houve uma grande expansão do consumo, bem como da comunicação em massa. (PINHO, 1990, p. 15) Esta comunicação ampliou a necessidade dos consumidores infinitamente, porém alguns obstáculos sobrevieram, principalmente os de cunho econômico e financeiro. Com estas limitações os consumidores têm quem optar e o grande objetivo da publicidade é direcionar esta opção para um determinado produto/serviço. (ROCHA)

Analisar o conceito de publicidade e de propaganda é de grande dificuldade, haja vista a diferenciação existente nos diversos ramos ou ciências, como por exemplo, as jurídicas que possuem um conceito diferente do apresentado na área mercadológica.

A publicidade surgiu na Antiguidade Clássica quando os combates de gladiadores eram anunciados juntamente com a publicidade das casas de banho existentes no local. Já na Idade Média a publicidade se dava por meio de símbolos que os comerciantes colocavam na porta de seu estabelecimento: “uma cabra simbolizava uma leiteria e um escudo de armas significava a existência de uma pousada. Estes símbolos tornaram-se mais tarde em emblemas de marca e logotipos”. Todavia, o grande progresso da publicidade se dá mesmo no século XV com a criação da imprensa mecânica por Gutenberg abrindo espaço para a publicidade em papel. (MUNIZ)

Já o surgimento da propaganda é controverso quanto à data, alguns dizem que surgiu no Século XVI (PINHO, 1990, p. 20), outros no Século XVII (CHAISE, 2001, p. 20), mas

todos concordam que seu surgimento se deu pela Igreja Católica Romana com o intuito de propagação da fé católica pelo mundo.

A primeira vista, temos a idéia de que a publicidade é na verdade um sinônimo da propaganda e diversos motivos existem para tal, mas ao final todos serão refutados. Veremos os motivos.

Muniz defende a sinonímia dos termos publicidade e propaganda:

“Verifica-se, na prática, que as designações agência de propaganda e a agência de publicidade são usadas indistintamente, o mesmo acontecendo com os termos propaganda e publicidade. Todavia, isto não acontece com a denominação propagandista, que não é equivalente a publicitário, pois está popularmente consagrada para identificar o representante de laboratórios farmacêuticos que atua na promoção de produtos junto à classe médica.

Desde a Revolução Industrial, influenciados pelo desenvolvimento das relações comerciais e da diversificação da produção, os conceitos de publicidade e propaganda confundiram-se. Portanto, é relevante conceituar diferentemente publicidade e propaganda, na medida em que são atividades distintas e com características de linguagem diferentes. É importante observar a distinção e a delimitação conceitual, para evitar dissonância comunicacional provocada pelo desperdício de mensagens mal direcionadas por não considerarem, na concepção inicial da campanha, a diferença básica [...]”

Em sua obra *Consumidor versus Propaganda*, Gino Giacomini Filho (1991, p. 13) diversas vezes trata a publicidade como sendo sinônima da propaganda: “*Embora a publicidade (ou propaganda comercial) carregue uma conotação de interesse direto...*”.

E em outro momento, o autor (GIACOMINI FILHO, 1991, p.15) continua asseverando que os conceitos não possuem significados consensuais no Brasil, mas mesmo assim os utiliza como sinônimos ao defini-los:

“Propaganda. Ou Publicidade. O termo tem recebido inúmeros conceitos, talvez por ser uma área de muitas abrangências de funções. Uma das polêmicas está na diferenciação entre Propaganda e publicidade; outro ponto discutível é o relativo à extensão de sua atividade, ou seja, se seu uso é limitado aos meios de comunicação em massa ou não, e se abrange formas de promoção como merchandising e peças de promoção de vendas. Entende-se por ‘publicidade’ ou ‘propaganda’, neste estudo, a forma de comunicação identificada e persuasiva empreendida, de forma paga, através dos meios de comunicação de massa.”

De acordo com este conceito, identifica-se a publicidade como sinônima da propaganda as conceituando como o anúncio que faz referência ao anunciante ou fonte responsável por sua criação, produção e veiculação (que pode ser a marca do anunciante ou a

própria estampa do produto), tendo o intuito de buscar uma tomada de posição por parte do consumidor (tal como experimentar o produto, julgá-lo interessante, formar conceito positivo sobre a empresa, compará-lo com outros produtos), e que seja realizado através da aquisição de espaço em mídias de massa (rádio, televisão, cinema, folhetos, painéis, outdoors, revistas, jornais).

Nunes (2004, p. 420/421) ratifica este entendimento afirmando que a diferenciação não possui necessidade e muito menos fundamento, pois são sinônimas. O termo “propaganda” é proveniente do latim *propaganda*, do gerundivo de *propagare*, significando: *coisas que devem se propagadas*, enquanto publicidade, por sua vez, identifica o que é feito em público.

O escritor Philip Kotler (2007, p. 596) concorda com esta sinonímia ao definir propaganda como a forma remunerada de apresentação não-pessoal e promocional de idéias, bens ou serviços por um patrocinador identificado. Todavia, inova ao utilizar a onerosidade como critério e impor que a propaganda só pode ser realizada de forma paga ou onerosa, o que contraria, e muito, a práxis da propaganda que pode ser também gratuita.

A forma gratuita da propaganda está bem presente na “rodas” de conhecidos, “conversas de futebol” ou nas pregações populares de rua, pois nestes momentos o locutor quer fixar a sua ideologia sem que cobre ou pague algo por isso. É a clara pregação por simples concordância ou gosto à ideologia. Já o horário eleitoral gratuito, sempre utilizado como exemplo de propaganda gratuita, não pode ser tomado com este intuito, pois só é gratuito ao partido e aos candidatos, já que o governo acaba por pagar as emissoras com abatimentos nos impostos<sup>3</sup>. Quanto à forma paga da propaganda, esta pode ser vista novamente na propaganda eleitoral, quando os candidatos pagam para colocarem outdoors, elaborarem panfletos e cartazes, dentre outras diversas formas de propagandas pagas.

Ademais, na definição de Kotler surge uma dúvida: sendo a propaganda a forma remunerada de apresentação não-pessoal, a forma não-remunerada seria a publicidade? Tudo indica que sim, o que por si só, contraria os conceitos por nós defendidos e muito utilizados nos Tribunais pátrios, que simplesmente ignoram e não levam em conta a questão da onerosidade na publicidade ou propaganda para diferenciá-las.

---

<sup>3</sup> Conforme o disposto no parágrafo único do art. 52 da Lei Federal nº 9.096, de 19 de setembro de 1995: “**Art. 52** – [...] **Parágrafo único.** As emissoras de rádio e televisão terão direito a compensação fiscal pela cedência do horário gratuito previsto nesta Lei”.

Em remate, estes autores defendem que ambos os termos poderiam ser cabalmente utilizados pelos anunciantes ao anunciarem os seus produtos ou serviços. Temos que o conceito de propaganda é diverso do referente à publicidade e não podem ser tomados como sinônimos.

Guy Durandin (1997, p. 23/24), professor da Universidade René-Descartes (Paris V), corrobora este entendimento ao proferir que “a propaganda e a publicidade têm a função de influenciar as pessoas e os grupos a que se dirigem: por exemplo, na propaganda, fazer com que as pessoas votem num candidato, filiem-se a um partido, empolguem-se com a guerra; na publicidade, que comprem um produto, ou façam uma assinatura etc”.

Valéria Falcão Chaise (2001, p. 09/10) nos explica um pouco mais sobre a diferenciação entre a propaganda e a publicidade:

“Os termos ‘publicidade’ e ‘propaganda’ são utilizados indistintamente por muitos autores e profissionais da área publicitária, bem como no dia-a-dia do mercado. Porém, embora usados como sinônimos, não significam rigorosamente a mesma coisa. A palavra ‘propaganda’ deriva do latim *propagare*, que significa ‘reproduzir por meio de *mergulhia*’, ou seja, ‘enterrar o rebento de uma planta no solo’. Em outras palavras, *propagare* quer dizer enterrar, mergulhar, plantar. Pode-se entender como propagação de princípios, teorias, doutrinas.

Foi em Roma, no ano de 1597, que o termo ‘propaganda’ foi introduzido pelo Papa Clemente VII, quando fundou a Congregação da Propaganda, com o intuito de propagar a fé católica pelo mundo. Posteriormente, em 1740, o vocábulo foi introduzido no Dicionário da Academia Francesa com o significado eclesiástico.

Quanto aos objetivos, a propaganda visa influenciar ou modificar a opinião alheia a respeito de determinada ideologia; a publicidade, a captar a atenção do público para o consumo de determinados bens ou para a utilização de certos serviços.

Poder-se-ia dizer, portanto, que a diferença essencial entre publicidade e propaganda são os objetivos, que, na primeira, são comerciais, e, na segunda, não comerciais.”<sup>4</sup>

Publicidade é a difusão de produtos e serviços, visando sua comercialização, e propaganda é a difusão de idéias filosóficas, políticas e religiosas (FEDERIGHI, 1999, p. 66). A propaganda possui caráter ideológico e a publicidade caráter comercial-negocial. (JACOBINA, 2002, p. 9)

Hermano Duval, em 1975, já defendia que há uma distinção entre publicidade e propaganda:

---

<sup>4</sup> Há quem diga que a primeira propaganda se deu pelo Papa Gregório XV de uma Comissão Cardinalícia para a Propagação da Fé (*Cardinalitia Commissio de Propaganda Fidé*), no ano de 1622, Século XVII. (PINHO, 1990, p. 20).

“De início caberia logo realçar a distinção fundamental entre propaganda e publicidade.

Tecnicamente os dois conceitos diferem, enquanto a publicidade representa uma atividade comercial típica, de mediação entre o produtor e o consumidor, no sentido de aproximá-lo, já a propaganda significa o emprego de meios tendentes a modificar a opinião alheia, num sentido político, social, religiosa ou artístico.” (DUVAL, 1975, p.1)

Até mesmo o legislativo brasileiro confunde-se sobre a definição dos vocábulos publicidade e propaganda, talvez porque é formado por políticos com diversas formações e que para a aprovação do texto legislativo a Casa tenha que agradar a todos, mas tal fato deveria ser minimizado em prol do povo e da sociedade, causa da própria existência do Legislativo. Esta ambigüidade de termos só confunde e a incompreensão facilita o descumprimento. O Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal nº. 8.078/90, usa os termos “publicidade” em alguns artigos (6º, IV, 30, 35, 36, 37, 67, 68 e 69) e o termo “propaganda” em outros (56, XII, e 60, *caput* e § 1º). O detalhe mais curioso é que o legislador, neste caso, utilizou os termos como sinônimos<sup>5</sup>.

Alguns autores asseveram, ainda, que a publicidade é espécie da propaganda, com o que, de plano, não concordamos, pois temos que a publicidade visa precipuamente fim comercial, lucro, enquanto que a propaganda é ideológica. Mesmo que a publicidade tenha um viés ideológico para convencimento do consumidor à compra, o seu objeto principal é o lucro, enquanto que na propaganda o principal é a adesão. Só esta diferença já é suficiente para a publicidade não ser espécie da propaganda. É óbvio que a propaganda pode trazer algum lucro para alguns, mas será de forma secundária.

Já Ceneviva (1991, p. 73/74) compreende que a propaganda é espécie do gênero publicidade que possui significado mais amplo. Para ele, propaganda seria *a arte ou técnica de informar ou notificar a coletividade, comunicando-lhe fatos ou versões, que a fonte da divulgação deseja tornar conhecidos*, enquanto que publicidade é a arte ou ciência de indução do consumidor a preferir produto ou serviço cujas qualidades proclama. Não compartilhamos deste entendimento pelos mesmos motivos aqui já explanados: fins precípuos buscados diversos.

Na prática, visualizamos em nosso cotidiano paradoxos envolvendo a publicidade e a propaganda. A CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil criou a Campanha da

---

<sup>5</sup> Esta sinonímia ocorre em um momento onde tudo tende à lei do mercado, na universalização do mercado de consumo cuja racionalidade se impõe a todos os planos da vida social.

Fraternidade de 2010, abaixo demonstrada, com o seguinte tema: “Economia e Vida – Vocês não podem servir a Deus e ao dinheiro”.



Figura 1 - Campanha Fraternidade 2010

Referida campanha possui um cunho claramente ideológico e, portanto, é uma propaganda, mas para difundi-la são utilizados os meios de comunicação social comuns à publicidade, tais como os horários comerciais da televisão e das rádios. A confusão ao receptor está instalada, o que só favorece para confundir mais os significados dos termos “publicidade” e “propaganda”. (MUNIZ)

Acreditamos que a melhor utilização dos termos “publicidade” e “propaganda” ocorreu na elaboração do CBAP – Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária do CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação. Neste documento, apesar das opiniões em contrário (NUNES, 2004, p. 421. Ver nota 539), os vocábulos foram aplicados com o significado que entendemos ser o melhor para identificar cada um, sendo publicidade o anúncio realizado visando à aproximação do consumidor ao produto ou serviço e propaganda a mudança de idéias.

A publicidade objetiva a venda enquanto que a propaganda possui como fim uma mudança de postura. (GONÇALVES, 2006, p. 61) A venda de produtos ideológicos (bíblia etc) não é uma propaganda, mas sim uma publicidade de um produto ideológico.

A publicidade comercial<sup>6</sup> “é a realizada com o objetivo de ofertar um bem ou serviço a consumo, através de um meio de comunicação capaz de atingir, ainda que potencialmente, um número indeterminado de pessoas, e veiculada às expensas do fornecedor”. (JACOBINA, 2002, p. 11)

A UNESCO já definiu a publicidade como “todas as formas em que os indivíduos e as empresas anunciam os produtos e os serviços que oferecem e promovem uma imagem positiva dos mesmos”<sup>7</sup>

O *Memorando de Explicação do Projeto da Diretiva sobre Publicidade Enganosa e Desleal*, proposto pela Comissão da União Européia ao Conselho de Ministros dos Estados Membros nos dá definição mais íntegra e completa:

“[...] a publicidade é uma parte integrante do sistema de produção e distribuição em massa para atender ao público em geral. Os fabricantes de bens e os prestadores de serviços precisam de oportunidades para informar e lembrar ao público o que eles oferecem. Este sistema de informação sobre os bens e serviços para poder escolher entre as múltiplas possibilidades.”<sup>8</sup>

Quanto à propaganda, Neusa Demartini Gomes (*apud* DURIGAN, 2007, p. 67) a define como sendo a técnica de comunicação que visa promover a adesão do indivíduo a um dado sistema ideológico, de caráter político, religioso, social ou econômico.

Lembramos que os conceitos até agora apresentados para a publicidade e propaganda são os utilizados pelas disciplinas e pelos estudiosos de marketing e de comunicação social. Na área jurídica<sup>9</sup>, temos por propaganda e publicidade definições distintas das aqui até o momento apresentadas. Entendemos por publicidade a propagação, propalação ou difusão de material impresso, televisivo, radiofônico ou por qualquer outro meio de comunicação, que vise à consecução de obtenção de lucros, através da venda de produtos ou serviços, em curto

---

<sup>6</sup> Existe na área de procedimentos e processos legais a publicidade que não objetiva a venda de um produto/serviço, mas sim tornar público um fato, como as intimações judiciais, editais de licitações ou concursos públicos, dentre outros exemplos. São atos que, além de não objetivarem lucro ou venda de produto/serviço, necessariamente precisam ser públicos para possuírem validade. Referido tipo de publicidade difere do aqui por nós estudado e por este motivo não será aprofundado.

<sup>7</sup> Tradução livre de: “Todas las formas en que los individuos y las organizaciones anuncian las mercancías y los servicios que ofrecen y promueven una imagen positiva de ellos mismos”. (JACOBINA, 2002:66)

<sup>8</sup> Tradução livre de: “... la publicidad es una parte integrante del sistema de producción e distribución em masa al servicio del publico em general. Los fabricantes de artículos y los proveedores de servicios necesitan oportunidades para informar el publico y recordarle lo que le ofrecen. Este sistema de información sobre los bienes y servicios para poder escoger entre las múltiples posibilidades.” (JACOBINA, 2002:66/67)

<sup>9</sup> A nossa preocupação com os conceitos utilizados na área jurídica se dá pelo fato de que há uma grande possibilidade da discussão sobre o uso da marca registrada alheia na publicidade ir parar nos Tribunais brasileiros e lá serão estes conceitos que prevalecerão sobre os demais.

espaço temporal. Já por propaganda compreendemos consistir na propagação, propalação ou difusão de material impresso, televisivo, radiofônico ou por qualquer outro meio de comunicação, de ideologias, sejam estas de natureza sexual, teológicas, políticas, educacionais etc, com o escopo único de conquistar adeptos, em médio ou longo espaço de tempo.

Como se pode notar, tanto na publicidade como na propaganda, não interessa se as mesmas são pagas ou gratuitas, mas sim o objetivo que se pretende. O tempo possui importância secundária nos conceitos, servindo sempre para auxiliar na determinação do objetivo que se busca e, assim, definir se é uma publicidade ou uma propaganda. Isto porque as publicidades são realizadas para trazer um retorno financeiro rápido enquanto que a propaganda já quer adeptos fiéis, o que leva um certo tempo para convencimento dos mesmos.

Ademais, acreditamos que a diferenciação se faz necessária e é plenamente perceptível nas discussões em nosso cotidiano.

#### **a) PUBLICIDADE COMPARATIVA: BRASIL E EXTERIOR.**

A publicidade pode ser realizada de diversas formas e com inúmeras técnicas, dentre elas, a comparativa. Elaborar uma publicidade comparativa nada mais é do que comparar o produto ou o serviço que está sendo anunciado com o seu maior ou principal concorrente que geralmente é o líder do mercado ou um produto de muito sucesso no segmento explorado. É anunciar mostrando o produto ou serviço próprio na relação com o de seu concorrente. (NUNES, 2004, p. 435)

A comparação poderá ser baseada em diversos dados, tais como preço, qualidade, duração, cores, facilidades, diferenciais etc. e é sempre realizada na forma implícita ou explícita. A publicidade comparativa implícita é a realizada sem que se indique a marca com que se está comparando, já a comparativa explícita, a marca vem “estampada” claramente no comercial. A indicação é direta e clara, sem ocasionar dúvidas. (ROCHA)

A publicidade comparativa é certamente uma ferramenta para a entrada de novos produtos no mercado de consumo, pois será sempre realizada com as marcas líderes:

“Está comprovado que os produtos novos ou aqueles que vêm a se apresentar num mercado muito concorrido podem não ser percebidos ou lembrados. Por este motivo, muitas empresas que não possuem liderança de mercado utilizam-se da Publicidade Comparativa, que tem como característica principal enfatizar os aspectos positivos da empresa, do produto ou serviço, comparando-os com concorrentes, normalmente, líderes de mercado, para despertar o interesse do público para o consumo.” (ROCHA)

O jurista Marco Antonio Marcondes Pereira (2001, p. 90) indica o significado da publicidade comparativa ao afirmar que “comparar significa examinar simultaneamente duas ou mais coisas, para lhes determinar semelhança, diferença ou relação; é também confrontar, cotejar. A publicidade comparativa, assim, consiste em método, ou técnica, de confronto empregado por um anunciante, destinado a enaltecer as qualidades ou preço de seus produtos ou serviços em relação a produtos ou serviços de um ou mais concorrentes, explícita ou implicitamente”.

Muniz defende que a publicidade comparativa é aquela na qual o anunciante tenta evidenciar que as qualidades do seu produto são superiores às dos seus concorrentes, podendo ser comparados preços, qualidade ou determinadas características.

Guy Durandin (1997, p. 104/105. Nota 9), por sua vez, explica que a publicidade comparativa visa comparar produtos de marcas concorrentes com a explícita indicação destas marcas nos anúncios. Conseqüentemente, em sua opinião, sem a indicação das marcas não há a comparação. A publicidade comparativa é realizada para enaltecer a característica de um produto sendo que esta característica sempre e obrigatoriamente é melhor, mais moderna, com melhor qualidade ou uso do que a do produto concorrente comparado. Nunca se viu um anunciante comparar dados de seu produto com outros de um produto de qualidade bem superior, bem como nunca se viu um anunciante elaborar uma publicidade comparativa com outro concorrente de qualidade muito inferior e que, por isso, detenha pouco *market share*<sup>10</sup>. Em ambos os casos o anunciante que compara sairia prejudicado e não obteria os benefícios pretendidos com a comparação.

---

<sup>10</sup> *Market share* é a participação do mercado que cada instituição, empresa, organização, marca ou produto detenha no mercado. Para encontrá-lo basta verificar quantas unidades foram vendidas pela empresa e dividi-la pela quantidade total de unidades vendidas naquele segmento. O resultado é o *market share* do produto ou da empresa em percentual.

O que sempre ocorre é a comparação de produtos concorrentes, mas com qualidade e características bem parecidas. São produtos que oferecem “perigo” ao anunciado e que precisam ter as características muito bem demonstradas para dirimir dúvidas.

Obviamente, a comparação é realizada de forma parcial por vários motivos (tempo, dinheiro etc). O ideal seria a comparação completa, ou seja, aquela onde todos os pontos e características dos produtos ou serviços comparados são exploradas e explicadas incansavelmente na publicidade, porém referida comparação, além de ser inviável financeiramente pelo tempo de veiculação, traria aspectos mais de documentário do que de anúncio.

No Brasil, a publicidade comparativa é permitida, porém com algumas ressalvas sob pena de ser considerada ilícita e, por isso, é muito interessante analisarmos como funciona a regulamentação pátria a fim de se evitar maiores complicações ao anunciante.

Luiz Antonio Rizzato Nunes (2004, p. 472) comunga deste entendimento ao asseverar que a técnica da publicidade comparativa não está proibida de ser utilizada, desde que o anunciante siga os limites impostos pelo CDC, no capítulo sobre publicidade enganosa, bem como o CBAP, nas normas aplicáveis ao anúncio. Concordamos com tal afirmação, porém não podemos deixar de fora o Código de Propriedade Industrial que também deverá ser obedecido no presente caso.

Assim, os regulamentos atuais sobre o assunto, vigentes no Brasil, consistem no CBAP - Código de Auto-Regulamentação Publicitária do CONAR – Conselho de Auto-Regulamentação, no Código da Propriedade Industrial - Lei Federal nº. 9.279/96 e no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Lei Federal nº. 8.078/90.

No exterior, a regulamentação da publicidade é mais efetiva e eficaz nos países mais desenvolvidos, já que possuem uma estrutura mais enraizada de fiscalização e uma cultura mais informada sobre os seus direitos e sobre os procedimentos para a defesa destes. Um estudo mais aprofundado desta regulamentação estrangeira nos permitirá aperfeiçoar a brasileira e até mesmo introduzir quiçá novas formas de publicidades comparativas no Brasil.

No concernente à publicidade comparativa as opiniões dos países são divergentes. Alguns países permitem a publicidade comparativa, porém desde que seja realizada com a indicação de todas as marcas que estão sendo comparadas para que, após, a marca prejudicada possa exigir os seus direitos caso haja abusos por parte do anunciante, *exempli gratia*, os Estados Unidos da América do Norte.

Já outros, preferem considerar a publicidade comparativa permitida somente se não houver a demonstração da marca comparada e, como uma atividade ilícita, caso seja realizada com a inserção da marca, *verbia gratia*, o próprio Brasil.

Estas regulamentações e permissividades é que serão por nós percorridas no presente texto.

## **b) PUBLICIDADE COMPARATIVA E CONAR.**

O CBAP - Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária e o CONAR – Conselho nacional de Auto-Regulamentação procede de algumas aspirações de que a classe publicitária necessitava e que foram discutidas durante o I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado no Rio de Janeiro, em outubro de 1957; e o II Congresso Brasileiro de Propaganda, de São Paulo, em fevereiro de 1969, porém somente foi criado efetivamente após o III Congresso Brasileiro de Propaganda, de São Paulo, em 1978.<sup>11</sup>

Já no final da década de 80, o governo federal estava para sancionar uma lei que regulamentaria a atividade publicitária no Brasil. O meio publicitário com receio de que a atividade seguisse a influência externa<sup>12</sup> e fosse absurdamente controlada<sup>13</sup>, com burocracia excessiva e censura demasiada, criou o CBAP<sup>14</sup>. Os principais idealizadores do projeto do CBAP foram Mauro Salles e Caio Domingues, principais redatores do CBAP; Petrônio Correa, representante das agências de publicidade e propaganda; Luiz Fernando Furquim de Campos, representante dos anunciantes; e Dionísio Poli, representante dos veículos de comunicação.

---

<sup>11</sup> Referidos Congressos Brasileiros de Publicidade são tão relevantes quanto escassos. Para se ter uma idéia, o IV Congresso Brasileiro de Publicidade somente foi realizado nos dias 14, 15 e 16 de julho de 2008, na cidade de São Paulo. Importante salientar que, neste novo encontro, houve uma substituição da expressão “propaganda” por “publicidade”.

<sup>12</sup> Nos EUA uma Lei aprovada em 1969 a entrar em vigor em 1º/01/1971 (cf. *Jornal Le Monde*, de 15/10/1970 *apud* DUVAL, 1975:37) proibiu a publicidade de cigarros na TV e rádio.

<sup>13</sup> Já em 1967, Caio Mendonça, então Deputado do Estado da Guanabara, apresentava à Assembléia Legislativa projeto que proibia a publicidade de cigarros, pelos danos que poderiam ocasionar (cf. DUVAL, 1975:28). Este receio existe até hoje com o constante surgimento de projetos de lei que visam regulamentar a publicidade, principalmente as de cigarros, as direcionadas às crianças e as de medicamentos.

<sup>14</sup> O CBAP foi assinado em 05/05/1980 e registrado no 2º Cartório de Títulos e Documentos de São Paulo sob o nº 5.678 em 22/05/1980. Teve como base a legislação de outros países e o Código Internacional de Prática Publicitária, editado em 1937 (cf. CENEVIVA, 1991:34).

Foram estas pessoas que, juntamente com o meio publicitário, conseguiram perante o governo federal o arquivamento do projeto de lei que regulamentaria a publicidade no Brasil dando em troca a auto-regulamentação do mercado publicitário.

Sem sombra de dúvidas era patente a necessidade de uma regulamentação da área publicitária, pois desde 1477, quando houve o primeiro anúncio realizado no mundo<sup>15</sup>, e de 1808, quando se iniciaram as primeiras publicidades no Brasil<sup>16</sup>, os avanços nessa área foram incríveis e hoje possuem uma capacidade de persuasão cada vez maior com o passar dos anos. Todavia, a regulamentação realizada pelo governo federal, ao entendimento do meio publicitário da época, traria sérias conseqüências, impedimentos e dificuldades para o setor.

O CONAR é uma organização não-governamental, mantida pelas agências de publicidade, por empresas anunciantes e veículos de comunicação, além das entidades que o fundaram, tais como: Associação Brasileira de Agências de Publicidade (ABAP), Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), Associação Nacional dos Editores de Revistas (ANER), Associação Nacional de Jornais (ANJ) e Central de Outdoor.

A função desta ONG é zelar pela comunicação comercial, sob todas as formas, tendo por base o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, mais conhecido pela sigla CBAP, bem como atuar como órgão judicante nos litígios éticos que envolvam a publicidade ou a sua indústria.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Anúncio de livros religiosos publicado por William Caxton na Inglaterra.

<sup>16</sup> Anúncios de imóveis ou de recrutamento pessoal, veiculados como classificados, publicados pelo Jornal Gazeta do Rio de Janeiro de forma gratuita, desde que entregues às quartas-feiras à tarde (cf. GONÇALVES, 2006:62). “No Brasil, os primeiros anúncios publicados nos jornais diziam respeito à venda de imóveis (‘Quem quiser comparar uma morada de casas de sobrado com frente para a Santa Rita, fale com Ana Joaquina da Silva...’), à de escravos (‘uma Paula tem *sapiranga* nos olhos e o ar triste’), aos leilões de tecidos (‘constando de 64 peças de fustões acolchoados e 50 caixas com vestidos de senhoras’), a escravos foragidos (‘um Benedito de Pirassununga com marca de golpe de faca, dois sinais entre as maminhas, que entende alguma coisa de ofício de pedreiro e é um tanto pilantra’), e à solicitação de serviços para trabalhos em casas senhoriais (‘de uma mulher para senhora inglesa, que saiba bem lavar, engomar e coser, pagando-se um tanto por mês’). Esses anúncios - o primeiro sendo publicado na Gazeta do Rio de Janeiro, em 1808 – que [...]” (PINHO, 1990, p. 17).

<sup>17</sup> O Estatuto Social do CONAR define os seus objetivos: “**Capítulo II – Dos Objetivos Sociais. Art. 5º** - São objetivos sociais do CONAR: **I** - Zelar pela comunicação comercial, sob todas as formas de propaganda, fazendo observar as normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que prevalecerão sobre quaisquer outras. **II** - Funcionar como órgão judicante nos litígios éticos que tenham por objeto a indústria da propaganda ou questões a ela relativas. **III** - Oferecer assessoria técnica sobre ética publicitária aos seus associados, aos consumidores em geral e às autoridades públicas, sempre que solicitada. **IV** - Divulgar os princípios e normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, visando a esclarecer a opinião pública sobre a sua atuação regulamentadora de normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda a atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e idéias. **V** - Atuar como instrumento de concórdia entre veículos de comunicação e anunciantes, e salvaguarda de seus interesses legítimos e dos consumidores. **VI** - Promover a liberdade de expressão publicitária e a defesa das prerrogativas constitucionais da propaganda comercial.”

Possuindo diversas pessoas na composição das Câmaras de Ética<sup>18</sup>, tais como, publicitários, advogados, jornalistas, anunciantes, representantes dos veículos, dentre outras, é curioso pensar que na prática as agências e publicitários desrespeitam a Regulamentação por eles mesmos criada, por isso a necessidade do CONAR. Em tese, todos (anunciante, agência, veículos etc) deveriam obedecer ao CBAP, já que criaram o mesmo e subsidiam, inclusive financeiramente, a própria existência do órgão.

A propaganda eleitoral e as relações de consumo não são de competência do CONAR, mas sim do Poder Judiciário, do PROCON ou da DECON, estes dois últimos somente quando se tratar de relação de consumo.

É bom lembrar que o CONAR fiscaliza a ética na publicidade e pune os envolvidos com a publicidade no que compete às infrações cometidas. Quem não se lembra do célebre caso envolvendo o cantor Zeca Pagodinho e as cervejas Schincariol e Brahma? Neste caso, o cantor Zeca Pagodinho foi contratado pela Cervejaria Schincariol para atuar como garoto-propaganda de suas cervejas quando, no mesmo momento em que o comercial que aparecia era veiculado, surgiu um comercial com o mesmo cantor, porém como garoto-propaganda da Cervejaria Brahma. Este era o estopim necessário para a denominada “Guerra das Cervejas” que só acabou com as decisões do CONAR e da Justiça. A 1ª Câmara do Conselho de Ética do CONAR decidiu sustar a veiculação enquanto que a Justiça, por meio da sentença da Juíza Adriana Porto Mendes, da 9ª Vara Cível de São Paulo, proferida em maio de 2005, condenou a agência de Publicidade África, que fez o comercial para a Brahma, a pagar os custos do comercial realizado pela Schincariol além da quantia de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) pelos danos morais<sup>19</sup> sofridos pela empresa. (SCHNEIDER, 2005, p. 136/141)

Destarte, o CONAR é o responsável pela manutenção da ética na relação consumidor-publicitário-anunciante-veículos de comunicação, todavia sem força impositiva estatal. Costella expõe muito bem esta falta de coercitividade:

---

<sup>18</sup> Atualmente o CONAR possui sete Câmaras de Ética que, juntamente com a Câmara Especial de Recursos, compõe o Conselho de Ética. Cada Câmara possui como atribuição “julgar originariamente os processos instaurados por infração ao Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, decidindo, nessa oportunidade, as medidas liminares de sustação neles eventualmente deferidas”.

<sup>19</sup> A idéia de dano moral a uma marca ou pessoa jurídica é algo bem recente em nosso direito, data de pouco mais que dez anos. O Superior Tribunal de Justiça, em 08 de outubro de 1999, até pacificou este entendimento com a edição da Súmula nº. 227 – “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. É interessante pensar que uma empresa ou marca possam “sofrer” quando são atacadas e, por isso, devam ser indenizadas. Há uma demasiada valorização da marca e da empresa que são “invisíveis” sob o lado material, mas “sofrem” sob a ótica financeira, inclusive com abalos refletidos nos mercados de capitais.

“Em 20 de setembro de 1978, cerca de dois mil publicitários, reunidos no III Congresso Brasileiro de Propaganda, em São Paulo, aprovaram o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária – CBARP. Esse código é aplicado por um órgão, também criado pelos publicitários, chamado Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR, cujas decisões são bastantes acatadas no meio publicitário, mas, entretanto, não contam com a força impositiva do Estado, já que o Código de Auto-Regulamentação não é composto por normas de direito, mas, apenas, por normas de ética profissional. O CONAR, por sua vez, é uma sociedade civil, uma entidade privada sem a participação do Poder Público, e suas decisões obrigam as partes somente em nível moral” (COSTELLA, 2002:186).

Contudo, apesar da inexistência da força estatal e da coercitividade da lei, as soluções do CONAR raramente são descumpridas servindo o CBAP inclusive de orientação à Justiça (ROCHA) podendo ser utilizado pelas autoridades nos julgamentos judiciais envolvendo publicidades, suas agências e os anunciantes.

Como muito bem salienta o jurista Luiz Antonio Rizzato Nunes (2004, p. 476), o art. 16 do CBAP corrobora com este entendimento ao defender que o CBAP “embora concebido como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, (...) é também destinado ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio”.

Ademais, a Lei Federal nº. 4.680/65, que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda, em seu art. 17, determina que o CBAP será utilizado como fonte subsidiária nas questões envolvendo a atividade publicitária nacional:

**“Art. 17.** A atividade publicitária nacional **será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda**, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro.” (grifo nosso)

Tal vinculação é ratificada no Decreto Federal nº. 57.690/66 impondo a obediência às normas contidas no CBAP por agências, veículos e publicitários:

**“Art. 17.** A Agência de Propaganda, o Veículo de Divulgação e o Publicitário em geral, sem prejuízo de outros deveres e proibições previstos neste Regulamento, **ficam sujeitos, no que couber, aos seguintes preceitos, genêricamente ditados pelo Código de Ética dos Profissionais da Propaganda** a que se refere o art. 17, da Lei 4.680, de 18 de junho de 1965:[...]” (grifo nosso)

Claro que a legislação específica sobre a matéria será a primordial fonte do magistrado no julgamento de um processo envolvendo publicidade, porém o CBAP pode e deve ser sempre utilizado de forma subsidiária e suplementar, desde que não confronte com os textos legais. Caso exista este confronto, a obediência à lei se sobrepõe ao caráter privado do CBAP tornando-se o item que ocasiona o confronto em “letra morta”.

Há quem defenda que a regulamentação da publicidade pelo CONAR foi realizada com o escopo único de proteger o anunciante de seus concorrentes<sup>20</sup>, todavia entendemos que os reflexos desta proteção acabam por atingir também os consumidores e as agências de publicidade, já que com o mercado publicitário regulamentado todos podem usufruir dos efeitos benéficos da regulamentação: os consumidores por terem uma publicidade mais fiel, verdadeira e honesta; e as agências e os publicitários por terem um reconhecimento maior da sociedade com um possível aumento de vendas e, assim sendo, um conseqüente aumento do número de clientes; e os veículos de comunicação por conseguirem mais respeito, seriedade e, conseqüentemente, anunciantes.

Assim, o CBAP – Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária traz diversos princípios gerais e princípios específicos. Estes, conhecidos como “Anexos”, são os que regulamentam a publicidade de um determinado segmento ou grupos de produtos ou serviços, tais como cigarros, bebidas alcoólicas, automóveis, dentre outros. Já os princípios gerais, cuidam da regulamentação basilar de todo e qualquer tipo ou espécie de publicidade, tais como a respeitabilidade, a decência, a apresentação verdadeira e a própria publicidade comparativa.

A seção 7 do CBAP é a que cuida da publicidade comparativa com diversas normas e regulamentos a fim de coibir publicidades desleais ou ilícitas.

A primeira problemática surge quando a expressão utilizada pelo CBAP é a de “propaganda comparativa” quando na verdade, após as explanações contidas neste compêndio, acreditamos ser mais correta a utilização da expressão “publicidade” invés de “propaganda”.

Para nossos fins, utilizamos sempre a expressão “publicidade” por ser a de melhor significado para o caso.

---

<sup>20</sup> “O desenvolvimento do interesse jurídico pela publicidade não começou, porém, com o interesse pela proteção ao consumidor, mas pelo interesse à proteção do próprio anunciante contra o seu concorrente.” (JACOBINA, 2002:37).

O artigo 32 do CBAP é o que regulamenta a publicidade comparativa. O *caput* deste artigo dispõe que a regulamentação é fundamentada nas tendências mundiais da área. Atualmente, é clara a direção dos países mais desenvolvidos em aceitar a possibilidade da publicidade comparativa. A controvérsia está exatamente em como aceitá-la. Os EUA concordam, desde que esteja bem claro na publicidade com que anunciante e com qual produto se está comparando. Já no Brasil, somente a autorizam se for realizada sem identificação do comparado, pois se acredita que ao identificá-lo estará ocorrendo, no mínimo, uma desobediência ao Código de Propriedade Industrial, como veremos neste trabalho. Aliás, o próprio CBAP define que é requisito obrigatório da publicidade comparativa a obediência ao Código de Propriedade Industrial. Esta orientação consta no *caput* do artigo 32:

“**Art. 32.** Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e **atendidas as normas pertinentes do Código de Propriedade Industrial**, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: [...]”  
(grifo nosso)

Bem como em seu artigo 1º: *Art. 1º. Todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país; deve, ainda, ser honesto e verdadeiro.*

Ao afirmar que o anúncio deverá respeitar a legislação em vigor no Brasil, há na verdade uma referência implícita, no que tange à publicidade comparativa, em obedecer ao Código de Propriedade Industrial, Lei Federal nº. 9.279/96.

A análise da publicidade comparativa tendo por base a Lei nº. 9.279/96 será realizada posteriormente com maior profundidade, porém o que temos que ter em mente é de que o Código de Propriedade Industrial interfere sim na publicidade comparativa servindo como regulamentação básica na construção das mesmas.

Além do uso do Código o CBAP dispõe outras regras para a publicidade comparativa como a de que o seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor.

No aspecto do esclarecimento concordamos plenamente que a publicidade comparativa possui este condão. Ao comparar produtos concorrentes de forma verdadeira e íntegra, o consumidor passa a conhecer características dos produtos ou serviços de que muitas vezes não tinha sequer noção. Passa a saber qual produto é melhor no aspecto comparado. Claro que será sempre e somente no tocante ao aspecto comparado, pois muitas outras características não serão comparadas no comercial.

Contudo, o ideal para o completo esclarecimento dos consumidores é a comparação de todas as características principais dos dois produtos, o que é inviável, sob pena de o comercial ficar extenso em demasia e, com isso, perder o foco na venda do produto ou serviço. Além do que, se referida publicidade fosse assim realizada os custos ficariam altíssimos o que aumentaria ainda mais a inviabilidade do comercial. Outra consequência é que o produto comparante acabaria por perder para o comparado em alguns itens, o que seria completamente inaceitável para um comercial custeado pelo comparante. É preciso saber que o produto comparado sempre possuirá algumas características melhores que as do comparante e vice-versa. Caso o produto comparado não possua nenhuma característica melhor este produto não deve sequer ser comparado, já que não é concorrente direto do comparante.

Quanto à defesa do consumidor, tanto apregoada pelo CBAP, não partilhamos do mesmo entendimento. Apesar de pertencerem ao mesmo mercado, não é e nunca foi papel do anunciante defender o consumidor, até porque os interesses são contrários. O consumidor quer comprar o melhor produto, com a melhor qualidade, pagando o menor preço possível, enquanto que o anunciante quer vender o produto tendo o menor custo e pelo melhor preço, ou seja, o mais alto, pois assim terá uma maior lucratividade.<sup>21</sup>

Pode até ser que o consumidor esclarecido pela publicidade comparativa acabe por saber fatos que o levem à busca dos seus direitos, mas a intenção primária do anunciante, ao elaborar tal publicidade, não é defender o consumidor e sim amealhar uma fatia de mercado (market share) que pertence ao seu concorrente.

O papel de defensor dos consumidores é realizado pelas associações de defesa do consumidor, tais como o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor<sup>22</sup>; a PROTESTE – Associação Brasileira de Defesa do Consumidor<sup>23</sup>; o BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor<sup>24</sup>, dentre outras.

Outros organismos também empenhados na defesa do consumidor são os PROCONS<sup>25</sup>, DECONS<sup>26</sup> e o Ministério Público. Este último possui papel exemplar na defesa

---

<sup>21</sup> Cândido Malta Campos Filho *apud* CENEVIVA, 1991:52, nota 62, já escrevia em 1983: “através da propaganda maciça, pelos meios de imprensa, especialmente a televisão, pressiona-se o cidadão comum a consumir produtos mesmo acima de sua capacidade aquisitiva” (“A Terra no Desenvolvimento Urbano”, in *Revista brasileira de Planejamento*, n. 13, abr/83, p. 38).

<sup>22</sup> Consultar o site <http://www.idec.org.br/>.

<sup>23</sup> Consultar o site <http://www.proteste.org.br/>.

<sup>24</sup> Consultar o site <http://www.brasilcon.org.br/web/home.asp>.

<sup>25</sup> “A década de 70 contemplou um marco no país. Em 1976, pelo Governo do Estado de São Paulo, foi criado o primeiro órgão público de proteção ao consumidor que recebeu o nome de Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, mais conhecido como PROCON. Também nessa década houve a promulgação e implementação de

do consumidor interpondo ações judiciais que beneficiam toda a sociedade, bem como defendendo os interesses do consumidor com o objetivo de resguardar o respeito à sua dignidade, saúde e segurança e, dessa forma, proteger seus interesses econômicos e melhorar sua qualidade de vida.<sup>27</sup>

Os PROCONS possuem como principal ferramenta a autuação das empresas que desobedecerem as regras básicas e específicas de consumo vigentes no Código de Defesa do Consumidor. A multa aplicada às empresas desobedientes, conforme o parágrafo único, do art. 57, do CDC, poderá ser fixada em montante não inferior a 200 (duzentas) e não superior a 3.000.000 (três milhões) de UFIR's<sup>28</sup> podendo ser, mais especificamente, de R\$212,82 (duzentos e doze reais e oitenta e dois centavos) a R\$3.192.300,00 (três milhões, cento e noventa e dois mil e trezentos reais).

Atualmente, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica<sup>29</sup> tem também atuado na defesa indireta dos consumidores ao prevenir a concorrência desleal, como no caso da AMBEV – Companhia de Bebidas das Américas que sofreu uma multa de R\$352.700.000,00 (trezentos e cinquenta e dois milhões e setecentos mil reais) por adotar práticas anticoncorrenciais na execução do programa "Tô contigo" e "Festeja", ambos de fidelização de bares e restaurantes. A multa, que corresponde a 2% do faturamento da empresa do ano de 2003, ano anterior ao início das investigações (2004), foi motivada pelo fato de que uma multa menor não teria o caráter de punição por causa do tamanho da empresa.<sup>30</sup> A empresa também foi ordenada a encerrar os programas de fidelidade que exijam exclusividade, sob pena de multa diária no valor de R\$53.200,00 (cinquenta e três mil e

---

normas direcionadas aos segmentos de alimentos (Decreto-lei 986/69), saúde (Decreto-lei 211/70) e habitação (Lei 6649/79 – locação e 6676/79 – loteamento)". Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=1146>>. Acessado em: 04 de abril de 2010.

<sup>26</sup> As DECONs são Delegacias de Crimes contra o Consumidor. A DECON – Delegacia do Consumidor tem a função de investigar a prática destes crimes que possuem previsão tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto em outras legislações ligadas à área consumerista.

<sup>27</sup> Disponível em:

<[http://www.mp.sp.gov.br/portal/page?\\_pageid=103,12850&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL](http://www.mp.sp.gov.br/portal/page?_pageid=103,12850&_dad=portal&_schema=PORTAL)>. Acessado em 04 de abril de 2010.

<sup>28</sup> A UFIR – Unidade Fiscal de Referência foi extinta em 26/10/00, pela Medida Provisória nº. 1.973-67, tendo como último valor o de R\$ 1,0641. Apesar disto, continua utilizada até os dias atuais como indexador de diversas infrações legais como, v. g., as de trânsito.

<sup>29</sup> O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é um órgão judicante, com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº. 4.137/62 e transformado em Autarquia vinculada ao Ministério da Justiça pela Lei nº. 8.884 de 11 de junho de 1994. As atribuições do CADE estão previstas também na Lei nº 8.884/94. Ele tem a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e da repressão a tais abusos.

<sup>30</sup> "CADE multa AmBev por programa de fidelização de bares". **Revista Exame**, publicada em 22 de julho de 2009. Disponível em: <<http://portalexame.abril.com.br/ae/economia/cade-multa-ambev-programa-fidelizacao-bares-466686.shtml>>. Acesso em: 25 de agosto de 2009.

duzentos reais).<sup>31</sup> A AMBEV obteve uma liminar na Justiça Federal de Brasília (DF) suspendendo os efeitos da multa mediante o depósito judicial da quantia referente à mesma. O processo está ainda tramitando e aguardando um desfecho.<sup>32</sup>

Outro caso de grande repercussão envolvendo o CADE e a concorrência desleal se deu em 2005, quando as empresas Barra Mansa, Belgo Mineira e Gerdau foram condenada por formação de cartel no fornecimento de vergalhões de aço.<sup>33</sup> A multa foi fixada em 7% para as empresas Belgo Mineira e Gerdau e em 6% para a Barra Mansa, todas calculadas sobre o faturamento bruto das respectivas empresa do ano de 1999<sup>34</sup>, algo em torno de R\$345.000.000,00 (trezentos e quarenta e cinco milhões de reais)<sup>35</sup>, mas que também está suspensa e sendo analisada pela Justiça Federal de Brasília (DF).<sup>36</sup>

Apesar de o CADE atuar na defesa indireta dos consumidores, a demora dos processos judiciais no Brasil acaba por favorecer as empresas que protelam os pagamentos das multas por anos e, dependendo da situação econômica e das quantias emprestadas, se utilizam do dinheiro como uma fonte de empréstimo de menor custo, já que os juros legais são de 1% ao mês. Obviamente, tal fato só é possível quando não é exigido o depósito da quantia referente à multa para que haja a suspensão da mesma.

Outro princípio básico da publicidade comparativa, disposto no CBAP, se refere à objetividade dos dados que serão comparados. Vejamos o que dispõe a alínea “b”, do artigo 32:

---

<sup>31</sup> “CADE aplica multa recorde de R\$ 352 milhões a AmBev”. **Jornal Folha Online**, publicada em 22 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u598636.shtml>>. Acesso em: 04 de abril de 2010.

<sup>32</sup> “AmBev consegue liminar contra multa do CADE”. **Jornal Estadão**, publicada em 03 de março de 2009. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090903/not\\_imp428843,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090903/not_imp428843,0.php)>. Acesso em: 04 de abril de 2010.

<sup>33</sup> “CADE condena Gerdau, Belgo Mineira e Barra Mansa por formação de cartel do aço”. **Portal Última Instância**, publicada em 23 de setembro de 2005. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/CADE+CONDENA+GERDAU+BELGO+MINEIRA+E+BARRA+MANSA+POR+FORMACAO+DE+CARTEL+DO+ACO\\_19462.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/CADE+CONDENA+GERDAU+BELGO+MINEIRA+E+BARRA+MANSA+POR+FORMACAO+DE+CARTEL+DO+ACO_19462.shtml)>. Acesso em: 04 de abril de 2010.

<sup>34</sup> “Cartel do aço’ deve resistir na Justiça”. **Portal SindLab**, publicada em 26 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.sindlab.org/noticia02.asp?noticia=1545>>. Acesso em: 04 de abril de 2010.

<sup>35</sup> A maior multa aplicada a uma única empresa, até o caso da AmBev, tinha sido esta do “Cartel dos Vergalhões” aplicada a Gerdau no valor de R\$156.000.000,00 (cento e cinquenta e seis milhões de reais), conforme a matéria “CADE aplica multa recorde de R\$ 352 milhões a AmBev”, **Jornal Folha Online**, publicada em 22 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u598636.shtml>>. Acesso em: 04 de abril de 2010.

<sup>36</sup> “CADE multa cartéis, mas TRF impede pagamento”. **Jornal Valor Econômico**, publicada em 09 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?f64ad820f127fd05113e15203c>>. Acesso em: 04 de abril de 2010.

“b. tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de um fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o consumidor.”

Esta obrigatoriedade de a comparação ser objetiva é reafirmada pelo art. 27, parágrafo §1º – Descrições, do CBAP:

“**Art. 27 – [...] §1º – Descrições** – No anúncio, **todas as descrições, alegações e comparações que se relacionem com fatos ou dados objetivos devem ser comprobatórias**, cabendo aos Anunciantes e Agências fornecer as comprovações, quando solicitadas.” (grifo nosso)

Ao obrigar que a comparação na publicidade seja objetiva e comprobatória evita-se diversos e inúmeros problemas e mal-entendidos. Imaginemos uma comparação alicerçada em conceitos psicológicos ou emocionais, qual seria a fundamentação para defesa da mesma?

A resposta é patente: cada pessoa a defenderia da forma como acata o produto, se for um que tenha uma penetração maior na família ou relembre fatos vividos com parentes e amigos, a lembrança do produto será carinhosa e este, mesmo sendo inferior ao do concorrente, será sempre o preferido deste consumidor.

Na comparação objetiva, os dados demonstram a realidade fática existente. O carro “X” é mais veloz que o “Y” porque a sua velocidade real chega a 240 km/h enquanto que o do concorrente somente chega a 180 km/h. A comparação aqui realizada é clara e fundamentada, sem possibilidades de controvérsias, salvo no procedimento adotado na análise que é uma discussão objetiva sobre métodos analíticos e não sobre a própria subjetividade ou objetividade da comparação.

Já em uma publicidade comparativa de um determinado produto alimentício com outro concorrente fica impossível aferir qual é o mais gostoso ou delicioso, pois o que é bom para uma pessoa, no paladar de outra pode não ser.

Pensando dessa forma, podemos chegar à conclusão de que a publicidade comparativa embasada em dados subjetivos, tais como cores, sabores etc, é impossível? Somos firmes em assinalar que o anúncio deste tipo de publicidade pode ser plenamente realizado. Bastaria, para tanto, transformar o dado subjetivo em objetivo. Realizar referida proeza é considerada tarefa fácil.

No caso do exemplo dos alimentos, a cantina que quisesse elaborar a publicidade comparativa, baseada em gosto e sabor, deveria encomendar uma pesquisa sobre o assunto e,

aí sim, utilizar o resultado desta pesquisa como dado objetivo e, conseqüentemente, comparável. A maior preocupação seria em realizá-la através de institutos de pesquisa sérios, honestos e confiáveis, para dar até maior credibilidade ao anúncio. Pesquisas mal realizadas só tendem a prejudicar o anunciante que a utiliza e só servem para informar erroneamente o consumidor podendo, inclusive, tornar a publicidade enganosa e, portanto, ilícita.

Em alguns casos a citada pesquisa já está até realizada e pronta para ser utilizada como, por exemplo, a que a revista Veja faz anualmente no setor alimentício de alguns centros urbanos como Campinas, São Paulo, Porto Alegre, Rio de Janeiro, Curitiba, dentre outras, denominada de “o melhor da cidade”<sup>37</sup>. A pesquisa é realizada comparando-se alguns comerciantes de certos segmentos alimentícios. Ao final, sempre um sai como vitorioso sobre os outros e é escolhido como o “melhor da cidade”.



Figura 2 - Revista Veja "O melhor da Cidade"

Neste caso, os comerciantes poderiam utilizar o resultado da eleição da revista Veja como um dado objetivo proveniente de um veículo de informação que, em tese, tem que ser obrigatoriamente verdadeiro. Não necessita sequer realizar a publicidade comparativa para utilizar o dado como sendo objetivo, aliás, é o que a maioria dos comerciantes faz, como vemos nos exemplos abaixo, mas caso quisesse fazer uma comparação teria um dado objetivo para fazê-la.

<sup>37</sup> Ver mais sobre o prêmio no site [http://veja.abril.com.br/melhor\\_da\\_cidade/hotsite/index.html](http://veja.abril.com.br/melhor_da_cidade/hotsite/index.html) .



Figura 3 - Publicidade Veja "O Melhor da Cidade"

Não precisaria, no caso, nem citar o nome do concorrente comparado. Bastaria indicar que, por exemplo, referida padaria possui o melhor pão francês eleito pela pesquisa da revista Veja comparados com os concorrentes “x”, “y” e “z”. Acreditamos que assim, a publicidade comparativa fundamentada em dados como gosto, cor etc, poderia ser realizada sem ofender aos ditames do CBAP ou da legislação vigente.

Outro ponto do CBAP, no que tange à publicidade comparativa, é que a comparação no reclame deverá, conforme alínea “c” do artigo 32, ser passível de comprovação. Esta necessidade, inclusive, vem na mesma linha do que dispõe o próprio Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, que exige que a publicidade seja sempre verdadeira e transparente na sua fundamentação, ou seja, deverá ser clara e passível de comprovação. Aliás, este mesmo Código impõe uma sanção penal para o anunciante que se omitir na guarda dos dados fáticos que comprovem o alegado na publicidade.<sup>38</sup>

Se a regra já existe para qualquer tipo de publicidade, quem dirá para a modalidade comparativa que é causadora de uma série de discussões e processos éticos no CONAR<sup>39</sup>.

Esta modalidade, mais do que as outras, deve ter as suas alegações e comparações sempre comprováveis para caso haja a necessidade. A indicação da fonte, forma de comparação e outros dados inerentes à comparação devem, sempre que possível, estar indicados no corpo da publicidade, como forma de atestar maior veracidade à mesma e de se comprovar a comparação.

<sup>38</sup> **Art. 69** - Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: **Pena** - Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa.

<sup>39</sup> Para maiores detalhes sobre os processos éticos que envolvem o tema da publicidade comparativa vide o site do CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação no endereço [www.conar.org.br](http://www.conar.org.br).

Tratando-se de publicidade comparativa de bens de consumo, a comparação deverá ser realizada com modelos fabricados no mesmo ano:

“**Artigo 32** - Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial –, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: **d.** em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;”

A comparação entre modelos de anos diferentes não deve ser prática realizada pelos anunciantes até porque, além de proibida pelo CBAP, seria desleal comparar um produto mais moderno com outro mais antigo, já que este logicamente teve menos acesso à tecnologia e novos materiais do que o seu concorrente mais moderno.

A única possibilidade de se comparar, em um anúncio, modelos de anos de fabricação diferentes seria como forma de demonstrar a evolução do próprio produto durante os anos como, *e.g.*, um comercial onde aparecem os modelos da Ford: Ford 1924, Ford 1940, Galaxie 500, Corcel I, Corcel II, Versailles, Escort, Fiesta e Fusion 2010, como forma de demonstrar que houve uma evolução do carro.

É preciso atentar, ainda, para o fato de que os modelos demonstrados devem ser sempre do mesmo anunciante, pois caso contrário o anunciante poderia vir a sofrer um processo por utilização indevida e sem autorização da marca do concorrente.

A limitação não deve se limitar ao ano de fabricação. O preço também é fator limitador da comparação. Caso um produto comparado possua um preço muito elevado ou de nível pecuniário desigual ao de seu concorrente, a comparação só será permitida se a desigualdade estiver ostensivamente indicada no anúncio.

Esta prática é usual no ramo automobilístico. Um anunciante compara o seu veículo com marcas mais famosas e renomadas (BMW, Jaguar, Mercedes Benz) para, ao final, afirmar que o dele possui os mesmos componentes tecnológicos dos comparados só que por um preço infinitamente menor.

O anunciante ao utilizar a técnica comparativa na publicidade deverá, outrossim, tomar cuidado com a utilização da imagem corporativa de empresas, associações, classes profissionais dentre outras. A única possibilidade do uso de imagem corporativa seria com a autorização escrita do responsável pela corporação, e que fique bem claro: a autorização

deverá ser sempre escrita para evitar possíveis problemas no futuro.<sup>40</sup> Lembremos o célebre caso que envolveu a ONU – Organização das Nações Unidas e o Centro Auditivo Telex, em 1981. Este, por ser sócio cooperador da Organização das Entidades Não-Governamentais do Brasil, título que possuía o emblema da ONU, utilizou-se deste emblema em suas campanhas publicitárias com o escopo único de transparecer que aquele órgão internacional referendava os seus produtos. Obviamente, referidos comerciais foram sustados em julgamento da 1ª Câmara de Ética do CONAR, em idos de 1982. (SCHNEIDER, 2005, p. 102/103)

Além disso, a associação da corporação com o produto do anunciante deverá realmente existir, sob pena de a publicidade ser declarada enganosa.

O artigo 37 do Código Brasileiro de defesa do Consumidor proíbe qualquer espécie de publicidade enganosa e o seu §1º define como publicidade enganosa a informação ou comunicação publicitária falsa, mesmo que parcial, que consiga induzir, ou tenha capacidade para tanto, em erro o consumidor a respeito dos dados essenciais ou básicos (natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço) do produto/serviço.

Walter Ceneviva entende que a publicidade enganosa leva ou induz o consumidor a erro na aquisição do bem ou serviço. (CENEVIVA, 1991, p. 116)

Outro aspecto que deverá ser lembrado é de que o Código de Ética desta corporação deverá sempre e obrigatoriamente ser consultado, principalmente quando a utilização for por uma determinada classe profissional como, *e.g.*, os médicos, polícia militar, advogados, cirurgiões-dentistas etc. Referidas classes possuem Códigos de Ética que regem toda a relação profissional da classe, inclusive a publicidade, a forma de realizá-la, como pode fazê-la e se pode. Tais Códigos zelam e guardam o patrimônio moral da profissão e devem ser rigidamente respeitados.

A realização de uma publicidade comparativa sem a leitura do respectivo Código de Ética acarretaria, sem sombra de dúvidas, uma ofensa aos ditames impostos e, conseqüentemente, uma provável sanção por parte do órgão ético da associação de classes.

Basta um médico participar de publicidades de empresas comerciais de qualquer natureza, valendo-se de sua profissão, para que haja ofensa ao Código de Ética dos Médicos.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Caso não exista tal autorização a corporação poderá entrar com um ações judiciais pelo uso indevido da imagem, inclusive pedindo indenizações.

<sup>41</sup> Art. 116, do Código de Ética Médica, instituído pela Resolução do CFM - Conselho Federal de Medicina nº. 1.931/09, DE 17.09.09 (D.O.U. 24.09.09): “É vedado ao médico: **Art. 116.** Participar de anúncios de empresas comerciais qualquer que seja sua natureza, valendo-se de sua profissão.”

Ou ainda, aparecer divulgando assuntos médicos, nos veículos de comunicação de massa, sem conotação exclusiva de esclarecimento e educação da coletividade.<sup>42</sup>

Quanto à área jurídica, se já é incabível imaginar a participação de um advogado em uma publicidade comercial, imagine-se em uma publicidade comercial comparativa. A participação do advogado é plenamente coibida pelo Código de Ética dos Advogados ainda mais no concernente à comparação de métodos ou dados.<sup>43</sup>

Assim, a leitura do Código de Ética da profissão abordada na publicidade se faz necessária, não somente na publicidade comparativa, mas em todas as publicidades realizadas que envolvam referidos profissionais, sob pena de cometimento de inúmeras infrações éticas.

Há também uma grande preocupação no que se refere à possibilidade de confusão entre produtos e marcas concorrente. O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação veda qualquer publicidade comparativa que tenha a possibilidade de estabelecer uma confusão de produtos concorrentes no mercado consumerista.

O público-alvo deve conseguir identificar a diferença entre marcas concorrentes. A simples confusão ou tentativa de confusão, mesmo que sem intenção, entre produtos concorrentes, caracteriza o crime de concorrência desleal estabelecido pela Lei de Propriedade Industrial – n.º. 9.279/96<sup>44</sup>.

A concorrência desleal é cabalmente proibida pelo próprio CBAP ao definir que a publicidade comparativa será aceita contanto que não se caracterize concorrência desleal, denegrimento à imagem do produto ou à marca de outra empresa.

Este mesmo artigo do CBAP contém uma incrível impropriedade ao dispor que a publicidade comparativa somente ocorrerá se for realizada sem denegrir a imagem do concorrente, aqui ora comparado.

---

<sup>42</sup> Art. 111, do Código de Ética Médica, instituído pela Resolução do CFM - Conselho Federal de Medicina n.º. 1.931/09, DE 17.09.09 (D.O.U. 24.09.09): “É vedado ao médico: **Art. 111.** Permitir que sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer meio de comunicação de massa, deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da sociedade..”

<sup>43</sup> **Art. 32.** O advogado que eventualmente participar de programa de televisão ou de rádio, de entrevista na imprensa, de reportagem televisionada ou de qualquer outro meio, para manifestação profissional, deve visar a objetivos exclusivamente ilustrativos, educacionais e instrutivos, sem propósito de promoção pessoal ou profissional, vedados pronunciamentos sobre métodos de trabalho usados por seus colegas de profissão.

<sup>44</sup> “**Art. 195.** Comete crime de concorrência desleal quem: **IV** - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; **V** - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;”

É difícil conceber uma publicidade comparativa que tenha sido realizada sem denegrir a imagem ou a marca do concorrente. Como alternativa até idealizamos a hipótese da comparação fundamentada única e exclusivamente no preço. Neste caso específico, poderíamos até aceitar a publicidade comparativa sem prejudicar a imagem da marca<sup>45</sup>, até porque muitas vezes ser taxada de marca cara pode ser até um plus de qualidade. Porém, o limite entre denegrir a marca concorrente e não denegrir é muito tênue.

Na grande maioria de casos, automaticamente quando se realiza a publicidade comparativa coloca-se que o produto comparante é melhor do que o comparado e, logo, este é pior. Alguns estudiosos defendem esta técnica publicitária ao afirmarem que a publicidade poderá expor que o produto comparado é bom, porém não tanto quanto o produto comparante. Ora, nesta hipótese, que pesem as opiniões em contrário, também há denegrimto da imagem do comparado. Nitidamente fala-se, no caso, que o produto comparado é bom, mas não tão bom quanto o produto comparante. O denegrimto é de uma limpidez, clareza e objetividade ímpar. Há efetivamente uma ofensa à marca concorrente.

O CBAP afirma, também, que a ofensa pode se dar tanto à imagem do produto ou à marca de outra empresa.<sup>46</sup> Ambas as situações são impossíveis de não ocorrer tratando-se de publicidade comparativa explícita. Ao afirmarmos que um produto é melhor do que outro podemos muito bem afirmar que uma empresa, neste ponto, é melhor do que a outra.

Contudo, acreditamos que possa ocorrer a possibilidade de comparações entre marcas sem afetar diretamente a imagem da empresa, ou ainda, comparações entre empresas sem afetar certamente a imagem do produto. Basta não haver uma comparação explícita, como por exemplo: este produto “XY” rende mais do que este outro (produto sem qualquer identificação da marca ou fabricante) ou, ainda, rende mais do que a marca líder. O sabão em pó Omo é o melhor exemplo, como veremos adiante, de como se fazer uma publicidade comparativa sem indicar explicitamente o produto concorrente ou a empresa comparada, pois a publicidade realizada jamais indica a marca ou o produto concorrente. Trata-se de uma publicidade comparativa implícita.

---

<sup>45</sup> Não prejudica a imagem da marca, mas o uso indevido da mesma pode ocorrer.

<sup>46</sup> “**Artigo 32** - Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial –, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: **f. não se caracterize** concorrência desleal, **denegrimto à imagem do produto** ou **à marca de outra empresa;**”. (g. n.)

Todavia, na elaboração de comparações explícitas entre duas marcas de produtos ou de empresas, sem dúvida alguma, uma será efetivamente denegrida, seja direta ou indiretamente, o que, conseqüentemente, ofende claramente o CBAP.

Vamos mais longe, asseveramos que é completamente impossível comparar explicitamente duas marcas de produto ou de empresas sem prejudicar a marca concorrente.

Vislumbramos que a redação da alínea “f” do artigo 32 do CBAP deve ter se dado imaginando a publicidade comparativa implícita realizada entre um produto e todos os outros, como por exemplo, a publicidade televisiva realizada pela marca de tintas Suvinil, onde o ator afirmava que as tintas Suvinil era melhor do que as outras. No comercial a comparação era realizada entre uma lata de tintas Suvinil e outra lata de tintas sem identificação de marca ou empresa. Neste caso, podemos até aceitar que não houve um explícito denegrimiento da imagem de marca ou de empresa concorrente.

Porém, implicitamente houve o referido denegrimiento, sem dúvida alguma, mas qual marca foi atingida? Difícil de afirmar e mais difícil ainda de se calcular qualquer possível dano. O que nos leva, mais uma vez a afirmar: a redação da alínea “f” do artigo 32, do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária precisa ser modificada e alterada, de modo a permitir a melhor identificação de seu descumprimento, pois denegrimiento sempre há, mas é o explícito que deve ser coibido e não o implícito.

Maia da Cunha<sup>47</sup> defende que uma empresa que veicula em jornais e em seu estabelecimento comercial folhetos comparativos de preços envolvendo concorrente, com o fim de chamar a atenção de clientes para o fato de estar vendendo mais barato do que os outros e propondo-se a cobrir qualquer oferta anunciada, não realiza, em sua conduta, concorrência desleal, uso indevido de marca ou até mesmo uso indevido de nome comercial.

O fundamento para tanto é que o princípio da Constituição Federal da livre-concorrência permite a comparação verdadeira de preços em benefício do consumidor. Mesmo o uso da marca registrada não caracteriza seu uso indevido porque se presta a identificá-lo no comercial e muito menos caracteriza concorrência desleal, porque não há ofensa ou ataque aos produtos por ela vendidos, mas simples aviso que vende mais barato e que cobre preço mais barato.

Concordamos com o Desembargador paulista no ponto em que afirma que:

---

<sup>47</sup> 4ª Câmara de Direito Privado – TJSP. Apelação Cível n°. 320.565-4/6. Rel. Des. Maia da Cunha. 24-11-2005.

“[...] a pretensão de vender mais barato, de induzir o consumidor a comprovar os preços praticados em concorrentes anunciados, bem como cobrir ofertas menores, não caracterizam concorrência desleal nem denigre os concorrentes e suas marcas, já que a publicidade é clara e objetiva, não é mentirosa ou enganosa, e beneficia o consumidor que se aproveita para comprar mais barato.”<sup>48</sup>

Todavia, que pesem as opiniões em contrário, o uso não autorizado de marca alheia ofende ao disposto no Código de Propriedade Industrial, caracterizando verdadeira contrafação a simples menção de marca do concorrente em anúncios, caso não autorizada pelo titular do registro, ainda que a menção seja elogiosa. (GUSMÃO, 2003, p. 362)

Ademais, o artigo 43<sup>49</sup> do próprio CBAP ratifica a proibição de infração às marcas, apelos, conceitos e direitos de terceiros, mesmo aqueles empregados fora do país, reconhecidamente relacionados ou associados a outro anunciante.

A publicidade comparativa no CBAP está muito bem disposta, apenas existindo alguns pontos passíveis de discussões. Necessitaria de algumas melhorias nas explicações dos significados de algumas proibições como, v. g., a de que o uso da marca registrada alheia é considerado como ofensa à sua proteção marcária.

### **c) A PUBLICIDADE COMPARATIVA E A LEI 9.279/96.**

A publicidade comparativa pode ser analisada também pela ótica da legislação vigente, mais especificamente perante a visão do Código de Propriedade Industrial, a Lei Federal n°. 9.279, de 14 de maio de 1996. Referida lei, também conhecida como Código de Propriedade Industrial, regulamenta o registro de marcas, patentes, desenhos industriais dentre outros.

A nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, dispõe sobre a proteção marcária, vejamos:

<sup>48</sup> 4ª Câmara de Direito Privado – TJSP. Apelação Cível n°. 320.565-4/6. Rel. Des. Maia da Cunha. 24-11-2005.

<sup>49</sup> **Artigo 43** - O anúncio não poderá infringir as marcas, apelos, conceitos e direitos de terceiros, mesmo aqueles empregados fora do país, reconhecidamente relacionados ou associados a outro Anunciante. **Parágrafo único** - Este Código condena a publicidade que faça uso do símbolo oficial e do nome do Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária - CONAR, exceto em anúncios da própria entidade.

“**Art. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **XXIX** – a lei assegurará... proteção... à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.”

Assim, a proteção marcária encontra regulamentação tanto na Constituição Federal de 1988 como no Código de Propriedade Industrial - Lei Federal nº. 9.279/96.

A proteção dada pelo Código de Propriedade Industrial é imprescindível para o contínuo incentivo e aprimoramento do progresso tecnológico e, desse modo, ocasiona visíveis benefícios para o mundo e sua sociedade.<sup>50</sup> É esta proteção que incentiva os investimentos em novos produtos, tecnologias e invenções.

É preciso esclarecer que é comum a confusão estabelecida entre a propriedade industrial e o direito autoral já que ambos fazem parte da propriedade intelectual. (GANDELMAN, 2001, p. 40/41)

Porém, há diferenças básicas entre ambos, a começar pelo registro do direito autoral que é opcional sem que o autor perda a proteção, enquanto que o da propriedade industrial é obrigatório, sob pena de o titular não obter a proteção pertinente.

O quadro abaixo, elaborado por Henrique Gandelman (2001, p. 40/41), demonstra mais nitidamente as diferenças existentes entre a propriedade industrial, leia-se marca e patente, e os direitos autorais:

	Direito Autoral	Marca	Patente
<b>REGISTRO</b>	Declaratório, optativo e gratuito.	Atributivo e obrigatório.	Atributivo e obrigatório.
<b>TITULARIDADE</b>	Desde a primeira utilização ou registro	Só após a verificação de eventuais conflitos e registro definitivo.	Só após exame técnico aprovado e registro definitivo.
<b>REQUISITOS BÁSICOS</b>	Originalidade da forma de expressão	Novidade, originalidade fantasiosa e identificação com um produto ou serviço.	Novidade de conteúdo e utilidade.
<b>PRAZO DE PROTEÇÃO</b>	Variável, conforme a natureza da obra.	Sem limite, já que o registro pode ser renovado periodicamente.	Temporário a partir do depósito.
<b>CESSÃO DE</b>	Os direitos patrimoniais	Só pode ser definitiva	Igual marca; pode ser licenciada

<sup>50</sup> SCUDELER, Marcelo Augusto. **Patentes e a Função Social da Propriedade Industrial**. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito realizado na cidade de Fortaleza (CE). Pág. 01.

<b>DIREITOS</b>	podem ser total ou parcialmente cedidos; suas utilizações são independentes entre si.	juntamente com os produtos e serviços que identifica; licenciamento para merchandising.	(transferência de tecnologia).
<b>INTEGRIDADE</b>	Controle exercido através dos direitos morais.	Controle de qualidade exercido através de cláusula contratual (no caso da licença).	Igual a marca.
<b>DIVULGAÇÃO</b>	Essencial após a primeira publicação.	Só após depósito ou registro, quando se cria uma expectativa de direito.	O segredo é fundamental para garantia da novidade, antes do depósito ou registro formal.
<b>RELAÇÃO EMPREGADOR X EMPREGADO</b>	Salvo convenção em contrário, a titularidade é de ambos.	Geralmente criada por encomenda e cedida a quem a encomendou.	A titularidade é do empregador.
<b>BENEFICIÁRIO DO USO</b>	Autor(es), artistas, criadores de obras coletivas ou derivadas; editores, produtores de discos ou filmes cinematográficos e/ou outras mídias, cessionários.	Titular, pessoa jurídica.	Autor(es) ou titular, pessoa jurídica.
<b>PROTEÇÃO INTERNACIONAL</b>	Automática e independente de registro segundo reciprocidade dos Tratados.	Não dispensa o depósito local.	Igual marca.

Tabela 4- Quadro Direito Autoral, Marca e Patente

Marcelo Augusto Scudeler<sup>51</sup> com clareza diferencia direito autoral, patente e marca, dividindo-os em três categorias: a primeira (direito autoral) é composta pelas criações intelectuais com alto valor para a cultura como, por exemplo, os livros e as músicas; já a segunda (patentes), é formada pelas invenções industriais, que são as idéias criativas aplicadas no âmbito do desenvolvimento tecnológico. A terceira e última categoria (marca), possui como integrante as criações intelectuais que objetivam criar nomenclaturas e símbolos capazes de distinguir empresas e seus produtos. Esta é a que realmente nos interessa por ser a mais próxima ao tema estudado.

A publicidade se utiliza obrigatoriamente da marca, seja de produtos, serviços ou até mesmo da empresa anunciante. É inevitável a utilização da marca na publicidade até porque a preferência de compra está amplamente associada e ligada à imagem da marca. As marcas fortes têm uma essência emocional bem clara e definida que chega a ser denominada de “identidade da marca”, como por exemplo, a marca de motocicletas Harley Davidson que possui como identidade o espírito rebelde. (MARTINS, 1999, p. 20)

<sup>51</sup> SCUDELER, Marcelo Augusto. **Patentes e a Função Social da Propriedade Industrial**. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito realizado na cidade de Fortaleza (CE). Pág. 05.

A Associação Americana de Marketing conceituou muito bem a “marca”:

“Marca é um nome, termo, sinal, símbolo ou desenho, ou uma combinação dos mesmos, que pretende identificar bens ou serviços de um vendedor ou um grupo de vendedores e diferenciá-los daqueles dos concorrentes. Nome da marca é a parte da marca que pode ser pronunciada ou pronunciável. Marca registrada é a marca ou parte de uma marca à qual é dada proteção legal, porque é capaz de apropriação exclusiva. Logotipo é a parte da marca que é reconhecível, mas não pronunciável, como um símbolo, desenho ou cores e formato de letras distintas.” (PINHO in FARAH, 2009, p. 34)

A primeira marca surgiu, como nós a conhecemos hoje, em 1835 e era a marca *Old Smuggler* de uma linha de uísque especial escocês. Desde aquele momento, surgiu a necessidade de se criar uma legislação que compelsse o uso indevido da marca, como realmente criou-se em 1862 na Inglaterra e, posteriormente, na Alemanha (1870) e nos Estados Unidos da América do Norte (1874).

Atualmente, a marca é o bem de maior valor que uma empresa possui. (FARAH, 2009, p. 31/33) e é o ponto central da atividade publicitária devendo, portanto, ser registrada no órgão competente para poder existir como patrimônio para o seu proprietário, que no caso, é a empresa anunciante. (MARTINS, 1997, p. 55)

A regulamentação legislativa das marcas se procede através da Lei Federal de nº. 9.279/96, de Portarias e Resoluções do INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial<sup>52</sup> que é o órgão responsável pelo registro marcário no Brasil. Este órgão é uma autarquia federal, criada em 1970, com a função de executar, no Brasil, as normas que regulam a propriedade industrial, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial. O Instituto agregou às tarefas tradicionais de concessão de **marcas** e **patentes** (com acervo superior aos 20 milhões de documentos de patentes), a responsabilidade pela averbação dos **contratos de transferência de tecnologia** e, posteriormente, pelo registro de **programas de computador**, contratos de **franquia empresarial**, registro de **desenho industrial** e de **indicações geográficas**.

No íterim marcário, esta tem como função primordial identificar quem é o fabricante ou o fornecedor de determinado produto ou serviço. O consumidor deve, em virtude da marca, facilmente identificar a origem do produto ou do serviço, inclusive identificando até a sua qualidade, já que fica sabendo quem o fornece.

---

<sup>52</sup> Ver mais sobre o INPI no site <http://www.inpi.gov.br/> .

Marca é o símbolo identificador de produtos ou serviços. É todo sinal, distintivo e visualmente perceptível, aposto facultativamente aos produtos e artigos das indústrias em geral para identificá-los e diferenciá-los de outros ou semelhantes de origem diversa. Lembremos, ao ensejo, que a marca obrigatoriamente será visualmente perceptível, sendo vedada a existência, no Brasil, de marcas sonoras ou olfativas como, *e.g.*, existem em outros países nos casos das motocicletas da marca Harley Davidson<sup>53</sup> e dos automóveis esportivos da Ferrari, onde ambos os produtos possuem o “ronco” dos motores registrados como marca.

José Roberto Martins (1997, p. 15) define a marca como sendo “o produto ou serviço ao qual foram dados uma identidade, um nome e valor adicional de uma imagem de marca. A imagem é desenvolvida pela propaganda ou em todas as outras comunicações associadas ao produto, incluindo a sua embalagem”.

Já Irineu Strenger (1996, p. 6) conceitua a marca “como o meio através do qual o empresário podia diferenciar seus produtos ou seus serviços dos competidores, diante do público consumidor, o qual poderia, assim, obter garantia de procedência, qualidade e características do produto.”

Claudiney de Angelo (2000, p. 15) afirma que a marca é o sinal, visualmente perceptível, não vedado em lei, próprio para distinguir, individualizar, identificar ou certificar produtos ou serviços. A marca, como podemos perceber, é o atributo mais importante do produto ou serviço e serve para identificar quem é o fabricante e qual a origem dos mesmos.

Após o registro, o titular da marca adquire diversos direitos, tais como os dispostos no artigo 130 da LPI<sup>54</sup>, ou seja, o direito de ceder seu registro ou pedido de registro, licenciar o seu uso por terceiros e zelar pela sua integridade material ou reputação.

A cessão da marca consiste na transferência a terceiro da totalidade dos direitos sobre a marca, não restando nenhum poder mais sobre a mesma.

Já a licença de uso é a permissão que o titular da marca dá a terceiro para utilizá-la conforme as regras elaboradas entre ambos, porém mesmo com a licença de uso o titular dos direitos sobre a marca continua sendo o que cedeu a licença. É, na verdade, uma autorização para um determinado uso de uma marca específica por um prévio período.

---

<sup>53</sup> **Jornal Motoonline.** Disponível em: <<http://www.motonline.com.br/colunistas/paulo-couto/harley-23jul06.html>>. Acesso em: 25 de agosto de 2009.

<sup>54</sup> “**Art. 130.** Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de: **I** - ceder seu registro ou pedido de registro; **II** - licenciar seu uso; **III** - zelar pela sua integridade material ou reputação.”

O zelo pela integridade material ou reputação da marca nada mais é do que o cuidado que o titular da marca tem com a reputação da mesma. É a reação esperada pela observância do seu uso indevido, de forma a impedir que o valor ou credibilidade da mesma sejam afetados.

Além destes, o CPI, em seu art. 131<sup>55</sup>, concede outros direitos ao titular do registro de marca, tais como o uso exclusivo da marca em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à atividade do titular.

Ao analisarmos este artigo da lei de Propriedade Industrial podemos perceber que a titularidade da marca confere diversos direitos referentes ao seu uso, qualquer que seja este.

O titular da marca ao exercer a sua atividade empresarial poderá utilizar a sua marca em qualquer atividade que empenhe como, *e.g.*, notas fiscais, papel de embalagem, embalagens, comerciais etc.

Este direito de uso é exclusivo e só cabe ao titular da marca registrada usá-lo ou permitir que outro o use.

Sendo assim, estes são os direitos que o titular da marca possui e qualquer desobediência a estes preceitos deverá ser punida de forma severa. O próprio artigo 189 do Código de Propriedade Industrial<sup>56</sup> dispõe que a reprodução, sem autorização do titular, no todo ou em parte, de marca devidamente registrada no INPI, é considerada como crime contra registro de marca e é apenado com a detenção, de três meses a um ano, ou multa.

A legislação é clara: comete crime contra o registro de marca aquele que a utiliza sem a devida autorização, por vontade livre, espontânea e consciente, reproduzindo marca alheia registrada. (ANGELO, 2000, p. 90/91)

Ao trazermos esta sucinta análise ao cotidiano da publicidade comparativa nos deparamos com algo que já faz parte do dia-a-dia das agências de publicidade: a utilização de marca alheia registrada em publicidades comparativas.

Atualmente a publicidade comparativa é plenamente utilizada pelos anunciantes e agências de publicidade de forma errônea e ilícita. Os anunciantes elaboram publicidades onde apresentam um comparativo entre a marca “X” e a marca “Y” no próprio comercial. O

---

<sup>55</sup> “**Art. 131.** A proteção de que trata esta Lei abrange o uso da marca em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à atividade do titular.”

<sup>56</sup> “**Art. 189.** Comete crime contra registro de marca quem: **I** - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou **II** - altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado. **Pena** - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.”

ponto central do problema refere-se exclusivamente na exposição da marca alheia pelo anunciante que elabora o comercial e que, dessa forma, não possui a titularidade.

Comerciais são confeccionados sem a mínima preocupação com o Código de Propriedade Industrial. A 27ª Bienal de Arte de São Paulo (2006) demonstrou que a falta de preocupação com o Código de Propriedade Industrial não é atinente somente à atividade publicitária. O grupo dinamarquês Superflex decidiu aplicar em produtos analógicos, bebidas, por exemplo, o conceito e as práticas da cultura livre e de "alguns direitos reservados", pensamento originado da licença *Creative Commons*<sup>57</sup>. O Superflex acabou usando o Guaraná Power como obra de arte, inscrevendo o projeto em diversas bienais internacionais.

Na Bienal de Arte de São Paulo o trabalho foi recusado pela Fundação Bienal após ser selecionado pelos curadores. A direção adotou um posicionamento do departamento jurídico da entidade, desconfiada e receosa de futuros problemas na justiça acarretados pelo uso da marca guaraná.



Figura 5 - Guaraná Power

Ainda assim, este caso demonstra o cabal descompasso com as regras da legislação brasileira que impede o uso da marca já registrada por terceiros, no caso a do guaraná Antártica. A situação expõe claramente que a marca foi utilizada para um manifesto, porém outras situações são e estão sendo utilizadas de forma claramente consciente e comercial. Basta analisarmos os exemplos que ilustram este capítulo.

---

<sup>57</sup> A Creative Commons é uma ONG originária dos Estados Unidos da América do Norte e presente em diversos países. A coordenação brasileira é realizada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro. Referida licença permite que os autores (músicos, cineastas, escritores, fotógrafos, blogueiros, jornalistas) abdicuem alguns de seus direitos em favor da sociedade. Trata-se de uma forma mais maleável de proteção do que a tradicional "todos os direitos reservados". Maiores informações podem ser obtidas no site [www.creativecommons.org.br](http://www.creativecommons.org.br).

Temos alguns exemplos de “batalhas” publicitárias que foram travadas aqui no Brasil, como a dos Sutiãs Wonderbra e Valisère.

Como todos sabem, a Valisère é a autora do comercial que afirmava que “o primeiro soutien a gente nunca esquece”. Este comercial fez parte da vida de muitas pessoas e este jargão caiu no gosto popular. A Wonderbra se aproveitando disto publicou o anúncio abaixo, em quatro páginas, que nada mais é do que uma paródia do jargão usado pela Valisère.

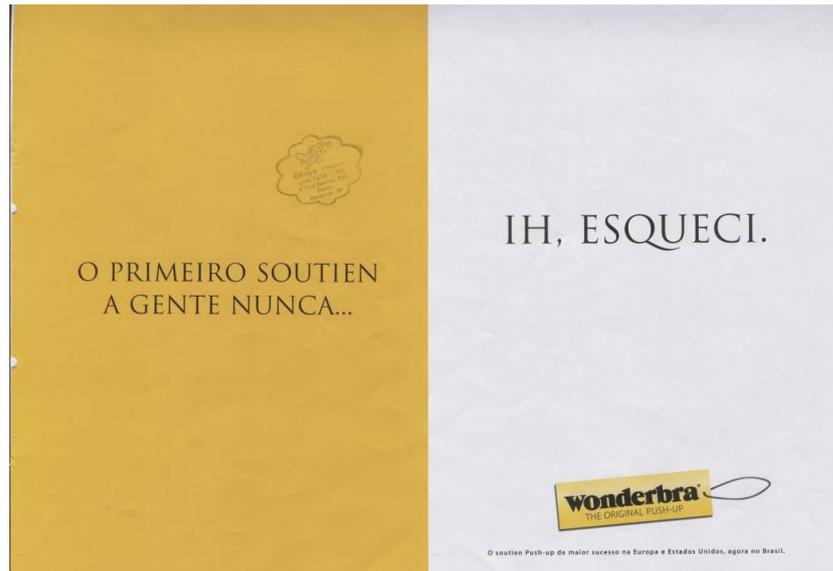


Figura 6 – Publicidade Wonderbra 1ª parte



Figura 7 – Publicidade Wonderbra 2ª Parte

A afirmação da Wonderbra é de que a leitora (público-alvo do anúncio) não era mais menina e, por isso, havia se esquecido do primeiro sutiã (Valisère) para passar a utilizar o Wonderbra.

Em resposta a Valisère apelou para o lado emocional da campanha que foi agredida pela Wonderbra e publicou uma resposta também em quatro páginas.



Há 16 anos, a Valisère colocou no ar um dos comerciais brasileiros mais queridos de todos os tempos: o "Primeiro Sutiã".

Era um comercial longo – um minuto e meio –, mas que mesmo assim só continha uma frase: "O primeiro Valisère a gente nunca esquece".

De fato. Mesmo tendo sido veiculado por poucas semanas no longínquo mês de abril de 1987, poucos comerciais são tão lembrados até hoje pelo público brasileiro.

E não é apenas no Brasil que o primeiro Valisère é impossível de esquecer. Entre os 100 melhores comerciais da história da propaganda mundial, reunidos no livro "The 100 Best TV Commercials and Why They Worked", o "Primeiro Sutiã" é um dos dois únicos representantes ibero-americanos.

Quando um comercial tem uma repercussão desse tamanho, ele sai da propaganda e entra direto para a cultura popular. Nestes 16 anos, "o primeiro Valisère a gente nunca esquece" forneceu o molde para o brasileiro expressar tudo o que lhe é prazerosamente inesquecível.

Quantas vezes você já não disse que "o primeiro isso" ou "o primeiro aquilo" a gente nunca esquece? Várias. E quantas vezes você se deu conta de que estava parodiando a frase da Valisère? Todas.

Pois saiba que você está bem acompanhado. O primeiro Valisère serviu de inspiração para um sem-número de textos e declarações registradas na imprensa. Fernando Morais, o escritor e jornalista que está escrevendo a biografia da W/Brasil (agência que criou o comercial para a Valisère), já catalogou mais de 3.000 citações e encheu uma caixa só com recortes de artigos e páginas impressas da Internet.

O Rei Pelé certa vez escreveu em sua coluna no *Globe*: "A primeira Copa a gente nunca esquece". Cristovam Buarque, então governador do Distrito Federal, declarou ao *Correio Braziliense*: "O primeiro voto a gente nunca esquece".

A cronista Barbara Gancia confessou na *Folha de S.Paulo*: "O primeiro Concorde a gente nunca esquece". O brasilianista Matthew Shirts foi

Figura 8 - Resposta Valisère 1ª Parte

A Valisère, ao responder à campanha da Wonderbra, se utilizou de imagens da própria campanha da concorrente o que, a rigor, não é admitido no Brasil, pois a mesma possui proteção autoral, além de marcária no que lhe cabe.

Ao ensejo, lançou ainda uma campanha na última página com os seguintes dizeres: "Se você quer manifestar seu carinho ao falar sobre algo que nunca esquece, escreva para [primeiro-sutia@valisere.com.br](mailto:primeiro-sutia@valisere.com.br)".

ainda mais excêntrico no Estado de S. Paulo: "A primeira alcaçofra a gente nunca esquece".

Em 2001, a revista *Veja* estampou a manchete: "O primeiro carro zero a gente nunca esquece". Já o caderno de empregos *Bom Chance*, do *Globo*, afirmou: "O primeiro dia de trabalho a gente nunca esquece".

Mas não é só nas ruas e na imprensa que o primeiro Valisère deixou sua marca.

A publicidade também se aproveitou muitas vezes do a-gente-nunca-esquece. A Valisère nunca se queixou. E nem poderia. Porque cada uma dessas paródias era uma homenagem.

E assim, de citação em citação, de paródia em paródia, de homenagem em homenagem, passaram-se 16 anos inesquecíveis para a Valisère, para suas consumidoras e para os admiradores de suas consumidoras.

Quer dizer: até agora há pouco. No início do mês de maio, uma marca concorrente publicou um anúncio desrespeitoso e mal-educado, tentando denegrir a frase mais amada e repetida da publicidade brasileira.

Você viu? Bem, se viu, já deve até ter esquecido. Ou ter registrado apenas como um desses momentos pouco éticos do mundo dos negócios ou de mau gosto da publicidade.

Se isso não é importante, por que a Valisère se dá ao trabalho de publicar uma resposta tão longa? Porque não dá para ver uma empresa multinacional se apropriar de uma idéia de uma empresa brasileira e ficar quieto.

(Ainda mais quando a empresa multinacional é bilionária – em dólares – e atua em segmentos tão díspares quanto comida, café e produtos de limpeza, enquanto a empresa brasileira é especialista em moda feminina.)

Porque é triste ver uma frase que entrou para o dia-a-dia do brasileiro ser deturpada dessa maneira oportunista e grosseira.

E sobretudo porque a Valisère é igualzinha às mulheres: não admite ser desrespeitada.

Este anúncio foi feito em respeito a todas as mulheres brasileiras que jamais esquecerão a emoção de usar seu primeiro Valisère.

que, assim como a Valisère, vão fazer de tudo para esquecer aqueles e não nos respeitam.



Se você quer manifestar seu carinho ou falar sobre algo que você nunca esquece, escreva para [primeiro-sutia@valisere.com.br](mailto:primeiro-sutia@valisere.com.br).

[www.valisere.com.br](http://www.valisere.com.br)

Figura 9 - Resposta Valisère 2ª parte

Foi uma resposta ao ataque sofrido pela Wonderbra, mas que poderia ter desdobramentos judiciais pelo uso indevido da marca da Wonderbra, bem como do próprio comercial da concorrente.

A Valisère ao se defender da publicidade comparativa realizada pela Wonderbra acabou por se comprometer. Por isso que há uma necessidade de se apurar mais a forma como a resposta será realizada. Afinal, nunca se sabe qual será a reação do concorrente, se simplesmente aceitará a resposta ou abrirá uma demanda judicial.

Outra disputa publicitária, envolvendo montadoras de automóveis, ocorreu no Brasil. A Volkswagen veiculou uma campanha criticando o novo Veículo da Ford – o Fiesta, que se utilizava da tecnologia de compressor em seu motor. O texto dizia em primeira página: “*se motor de carro com compressor é revolucionário, geladeira é moderna e ninguém sabia*”.



Figura 10 - Publicidade Gol 1ª parte

Já nas duas páginas seguintes encontrávamos a fotografia do veículo Gol Turbo 112 cv com os seguintes dizeres; “*quer um turbo de verdade? Gol Turbo 112 cv. O motor mais modernos e potente da categoria*”.



Figura 11 - Publicidade Gol 2ª Parte

A resposta da Ford foi imediata e houve a publicação de um anúncio, também em três páginas, com os seguintes dizeres em sua primeira página: “*Mercedes Kompressor. Jaguar*

*XJR. Aston Martin DB7. O concorrente esqueceu que estes carros também usam compressor. Deve ser a idade, coitado”.*

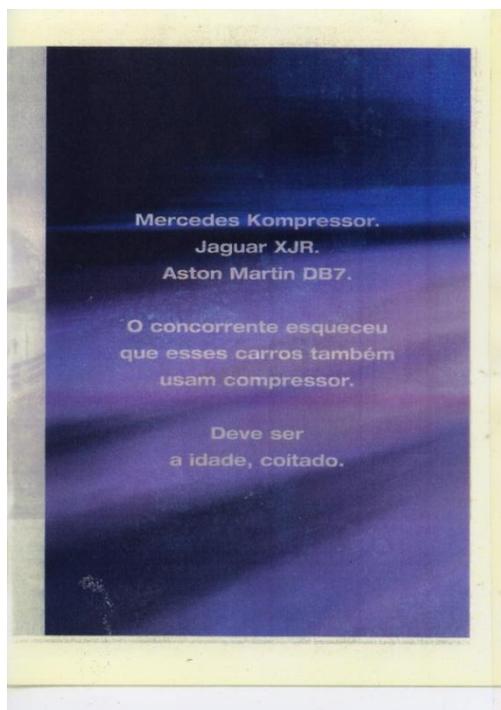


Figura 12 - Publicidade Ford 1ª Parte

A Ford se utilizou de veículos que possuem uma imagem de grande prestígio e luxo para valorizar a tecnologia do seu veículo, porém esqueceu que talvez referidas marcas não quisessem ter os seus veículos, tecnologias ou marcas associadas à da Ford.

Duvidamos que a Mercedes<sup>58</sup> tenha autorizado o uso por parte da Ford de seus direitos sobre o nome empresarial ou as marcas.

---

<sup>58</sup> A marca Jaguar pertencia à Ford desde 1989 e em junho de 2007 a colocou a venda conseguindo o seu intento em março de 2008, tal qual como vendeu um ano antes (março de 2007) a marca Aston Martin. Na época dos comerciais as marcas provavelmente pertenciam à Ford, mas a marca Mercedes não era de sua propriedade, por isso a necessidade de autorização. “**Ford vende Jaguar e Land Rover para Tata Motors**”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Carros/0,,MUL363662-9658,00.html>>. Acesso em: 20 de março de 2010.



Figura 13 - Publicidade Ford 2ª Parte

A referência a idade no comercial da Ford é uma mera alusão ao tempo que o veículo Gol é comercializado dentro do país, sendo considerado hoje o carro mais antigo em comercialização, mas coloca o idoso ou o mais velho como algo prejudicial e discriminado pela própria sociedade.

Nas outras páginas do anúncio da Ford há uma reafirmação do que tinha sido dito na primeira página: *“Sempre que surge algo novo e moderno é assim: os mais velhos ficam incomodados”*.

A Ford brinca com a idade do carro da concorrente, bem como faz uma singela referência às barreiras que geralmente são colocadas pelos mais idosos em utilizarem tecnologias mais recentes, até pelo fato de que possuem maiores dificuldades em manuseá-la.

É preciso ter um maior cuidado quando se responde à publicidade realizada pelo concorrente para não cair nos ilícitos aqui demonstrados: uso indevido de marca alheia e de nome empresarial. Pelo que vimos tanto a Ford como a Valisére erraram ao responder as “agressões” da Volkswagen e da Wonderbra, pois usaram marcas alheias sem a devida autorização para tanto. Caso tenham obtido a autorização previamente, o que duvidamos, pois não é da praxe do mercado, o erro inexistente.

Referidos comerciais, formam o mais perfeito exemplo de que no Brasil, onde não é permitido o uso de marcas registradas por outros e, inclusive, tal uso é taxado como crime, as

empresas continuam as utilizando como forma de divulgar e comparar o seu produto com os outros.

Não se trata de simples oposição à publicidade comparativa, mas sim de que a publicidade comparativa que não faça uso da marca registrada por terceiros, pois já é possível elaborar uma publicidade comparativa no Brasil sem ofensa aos preceitos do Código de Propriedade Industrial e à legislação esparsa. Basta que, para isso, não utilizemos a marca alheia na publicidade comparativa. Ao usar a técnica da comparação o anunciante deverá comparar o seu produto implicitamente com outro, ou seja, com um que não contenha identificação de marca alguma como, por exemplo, o caso já aqui relatado das tintas Suvinil, onde o ator compara a lata de tintas Suvinil com outra lata de tinta sem qualquer identificação, alegando que a tinta Suvinil é melhor que aquela outra.

O sabão em Pó OMO é uma das marcas que realiza a publicidade comparativa sem citar de forma explícita a marca concorrente. Buscamos três publicidades da marca: “OMO faça as contas e escolha OMO”, “OMO Produtos Adicionais” e “OMO Remoção de Manchas”, todas realizadas no ano de 2009/2010 para ilustrar como que uma publicidade pode ser comparativa sem ofender o Código de Propriedade Industrial.

Em um primeiro momento na campanha “OMO faça as contas e escolha OMO” a empresa cita a concorrente como sendo uma marca mais barata e por isso, implicitamente, de menor produtividade. Coloca, também, que uma unidade de OMO custa mais caro que a da “marca barata”.



Figura 14 - Publicidade “OMO faça as contas e escolha OMO” 1

Após, a empresa prossegue demonstrando que três unidades da “marca barata” custam bem mais do que uma de OMO, mas não lava a mesma quantidade que uma de OMO, ou seja, mesmo a marca de sabão OMO custando mais caro do que a da marca barata compensa adquiri-la, pois ao final das contas o consumidor sairá ganhando com a produtividade de OMO.

Referido comercial foi feito para atingir aquelas pessoas que não compram OMO por ele custa mais caro. Demonstra que o mais caro, neste caso, sairá mais barato no futuro.



Figura 15 - Publicidade “OMO faça as contas e escolha OMO” 2

A segunda campanha do sabão em Pó OMO, intitulada de “OMO Produtos Adicionais”, demonstra que compensa adquirir OMO, pois seu uso não necessita de produtos adicionais, tais como amaciantes, branqueadores ou tira-manchas para que a limpeza seja perfeita e a alvura total.

Nesta campanha já percebemos um diferencial para a primeira “OMO faça as contas e escolha OMO”. Enquanto naquela a comparação é com as “marcas baratas”, sem possibilidade de identificação direta de quais marcas são estas, nesta campanha OMO identifica de forma implícita o seu comparado. Afirma que a comparação foi feita com a 2ª marca em volume de *share* (mercado). Ainda assim, esta forma de comparação é realizada de uma forma que não há a exposição direta da marca concorrente e, portanto, não ofende a Lei de Propriedade Industrial.



Figura 16 - Publicidade “OMO Produtos Adicionais” 1

A campanha encerra demonstrando a quantidade de produtos necessários para lavar com a mesma perfeição de OMO e o dinheiro que é gasto desnecessariamente com eles, já que com o sabão em pó OMO tal feito seria realizado sem problemas e ainda sem qualquer produto adicional.



Figura 17 - Publicidade “OMO Produtos Adicionais” 2

A terceira campanha “OMO Remoção de Manchas” utiliza o mesmo conceito da primeira. A comparação é realizada com as marcas baratas afirmando sempre que para alcançar a qualidade de lavagem que OMO possui é necessário maiores quantidades de sabão da marca barata.



Figura 18 - Publicidade “OMO Remoção de Manchas” 1

A visualização da campanha é toda para que o consumidor perceba que OMO lava mais roupas, com melhor qualidade, usando menos sabão e, apesar de ser mais caro que os outros concorrentes, OMO acaba sendo mais barato levando-se em conta a quantidade superior de lavagem.



Figura 19 - Publicidade “OMO Remoção de Manchas” 2

A cena em que as moedas saem do bolso simbolizam que o dinheiro está saindo do bolso do consumidor que está visualizando a campanha. A quantidade de moedas (dinheiro) que sai do bolso do consumidor que utiliza a “marca barata” é bem superior a que sai do bolso do consumidor que utiliza OMO. O intuito é demonstrar a economia que OMO traz, apesar de se colocar como marca mais cara que a do concorrente.



Figura 20 - Publicidade “OMO Remoção de Manchas” 3

Todas as três campanhas são concluídas com as frase “FAÇA AS CONTAS E ESCOLHA OMO” que é para o consumidor perceber que mesmo mais caro OMO é mais eficiente. Outras duas frases completam o encerramento das três campanhas: “porque se sujar faz bem” e “Toda criança tem direito de continuar se sujando e aprendendo”. Em um primeiro momento pode-se ter a falsa impressão de que OMO está incentivando as crianças a se sujarem como uma forma de pregação da desordem infantil. Todavia, OMO acompanha as mais recentes pesquisas que determinaram que o excesso de limpeza na época de crescimento das crianças faz um mal enorme por impedir a formação de anticorpos facilitando, assim, o surgimento de infecções.<sup>59</sup>

<sup>59</sup> “Crianças que vivem onde existem animais domésticos têm organismos mais preparados para se defender de eventuais problemas de saúde. É o que indica um novo estudo apresentado por pesquisadores da Universidade Britânica de Warwick, liderados pelo Dr. June McNicholas, do Departamento de Psicologia da Universidade, especialistas analisaram amostras de saliva de 138 crianças e detectaram que as que mantiveram contato com animais correm menor risco de contrair infecções. A pesquisa confirma a chamada *Tese de Sujidade* uma idéia amparada por diversos estudos que sustentam que excesso de limpeza não é o mais recomendável para as crianças, uma vez que vivemos em um ambiente totalmente artificial, conseqüentemente um Planeta totalmente



Figura 21 - Publicidade Final OMO

Valdir Rocha e Daniele Coelho<sup>60</sup> afirmam que a publicidade comparativa pode ser realizada de três formas:

“[...] um número crescente de empresas industriais, comerciais e de serviços serve-se deste artifício comparativo, sendo as seguintes as suas formas de manifestação: o anúncio expressamente diz quem é o seu concorrente; identifica o concorrente implicitamente, chamando-o de ‘marca líder’ ou compara a si mesmo com todos os demais concorrentes ou a um concorrente sem nome, usando a expressão ‘marca X’.”

O que percebemos é que OMO se utilizou de duas das três formas acima descritas e, coincidentemente, são as únicas que, em nossa opinião, não afrontam o Código de Propriedade Industrial.

A Philips em uma campanha denominada “Desafio Philips”, realizada no ano de 2009, utilizou a forma de publicidade comparativa onde se cita expressamente quem é o seu concorrente. Afirmou que os televisores da Philips possuem uma qualidade de imagem bem superior a de seus concorrentes e, para tanto, se utilizou de uma pesquisa feita pelo IBOPE - Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística.

---

contaminado.” Disponível em: <[http://www.ranchodosgnomos.org.br/boletim/gestantes\\_bol27\\_2008.htm](http://www.ranchodosgnomos.org.br/boletim/gestantes_bol27_2008.htm)>. Acesso em: 12 de abril de 2010.

<sup>60</sup> “A Publicidade Comparativa no Brasil”. Disponível em: <<http://www.valdirrocha.com.br/pdfs/Publicidade%20Comparativa%20Gala.doc>>. Acesso em: 22 de março de 2010.

**Philips, a TV LCD com a melhor qualidade de imagem.**

Pesquisa comparativa do IBOPE entre as 4 marcas mais vendidas.

PHILIPS X LG	PHILIPS X Samsung	PHILIPS X Sony
87% 13%	93% 7%	74% 26%

A Philips realizou em IBOPE, em dois momentos de pesquisa mais qualificados do Brasil, uma pesquisa comparativa entre as marcas de TVs LCD mais vendidas. Mais de mil consumidores compararam a Philips com a LG, a Samsung e a Sony. Todas as TVs eram equipadas LCD 40" ou 42", FULL HD, adaptadas ao tamanho e qualidade de ecrãs e ligadas com as quatro origens de fábrica. Todo o processo teve auditoria e consultoria técnica independentes. A avaliação geral da imagem pelas consumidores levou em consideração os critérios: cor, brilho, contraste e senso de movimento. É o resultado de uma ampla pesquisa a Philips. Só a Philips tem tecnologia 3D com um generador que controla todos os softwares que reduzem pela qualidade da imagem, desde a cor até as impulsionas das cenas em movimento, realiza o contraste, as cores e a nitidez. Philips, a melhor imagem na opinião dos consumidores como você.

**PHILIPS**  
sense and simplicity

Figura 22 - Publicidade Philips 1

A problemática desta campanha é que há a indicação da marca, ou nome empresarial, concorrente. Afirma-se que o produto da Philips é bem superior ao dos concorrentes e pela diferença de percentuais verificasse que há um dano ao produto ou marca concorrente, pois é colocado como sendo de péssima qualidade.

**PHILIPS 93%** **7% SAMSUNG**

Resultado da avaliação geral para a pergunta "Qual TV possui a melhor imagem?"

Figura 23 - Publicidade Philips 2

Além do mais, a fonte da campanha foi uma pesquisa popular realizada pelo IBOPE que nada mais fez do que perguntar aos consumidores qual a marca que possui a melhor qualidade, sem qualquer amparo técnico ou científico para embasamento sobre a qualidade da imagem. O correto neste caso seria a comparação implícita ou genérica. A afirmação genérica

na publicidade comparativa não acarretaria nenhuma ofensa ou indenização a terceiros, já que não ofenderia diretamente ninguém. (PEREIRA, 2001, p. 79)

Assim sendo, não haveria desrespeito ao denominado princípio da correção profissional. A correção profissional tem por base o dever do anunciante em agir com lealdade e boa-fé nas práticas comerciais e na captação de clientela. (PEREIRA, 2001, p. 77) Este princípio é gênero do qual são espécies o princípio da veracidade e o da identificação publicitária. O princípio da veracidade apregoa que toda publicidade deve sempre ser verdadeira e o da identificação publicitária determina que toda publicidade deve ser realizada de forma que todos que a visualizem a identifiquem como tal.

A realização de publicidades onde não há a indicação clara da marca concorrente, mas apenas uma singela indicação pode evitar o anunciante de responder a um processo judicial tendo em vista a dubiedade do anúncio.

Assim fez a empresa de telefonia “Oi” em anúncio retirado do Blog especializado em publicidade “*Brain Storm #9*”<sup>61</sup>:

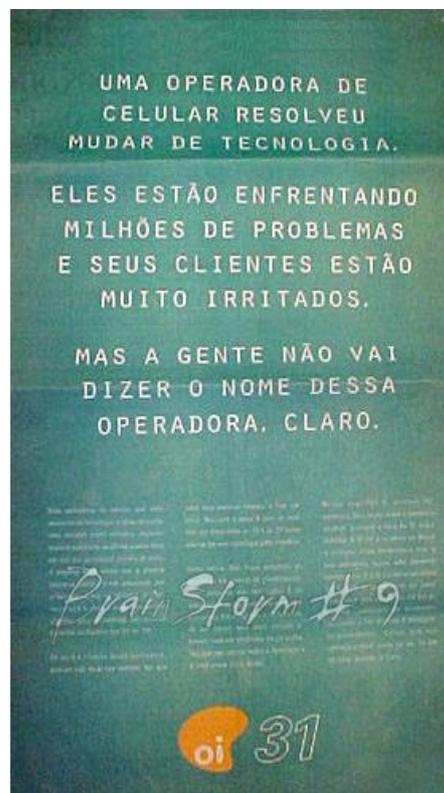


Figura 24 - Publicidade Oi

<sup>61</sup>Disponível em: < <http://www.brainstorm9.com.br/> >. Acesso em: 03 de abril de 2010.

A indicação do nome da operadora concorrente (a Claro) foi realizada de forma dúbia e que, por si só, deixa brechas para a defesa da própria anunciante (a OI). Obviamente que o próprio nome da operadora concorrente auxiliou em tal empreitada, mas esta falta de indicação explícita do concorrente no anúncio pode evitar futuras e altas indenizações.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>62</sup> julgou caso onde uma instituição de ensino afirmava em sua publicidade que “*vale mais o diploma de uma faculdade séria do que de uma universidade desacreditada*”.

Não havendo a identificação do destinatário da peça publicitária impossível se decidir pela condenação baseada pela ofensa ao princípio da correção profissional, já que nada de ilícito foi reparado na publicidade.

Outro julgado demonstra que este entendimento é pacífico no Tribunal de Justiça de São Paulo. Um posto de gasolina de bandeira independente interpôs ação judicial solicitando reparação fundamentada em uma publicidade comparativa genérica realizada pela a Shell Brasil S/A.

Na publicidade a Shell enaltecia o seu produto (combustíveis) denunciando generalizadamente a adulteração de combustíveis praticada nas bombas dos postos de distribuição concorrentes (com ou sem bandeira).

O Desembargador Ênio Santarelli Zuliani afirmou em seu voto<sup>63</sup> que:

“[...]em primeiro lugar, objetivou a Ré esclarecer que ela, Shell, e seus colaboradores, não cometem a adulteração e, em segundo, que a adulteração existe em distribuidores abastecidos por fornecedores livres e que, sem compromisso com a respeitabilidade da marca, pouco se importam com a qualidade do produto e com o carro do cliente. O alvo é a consciência do consumidor, mas, não, a honra objetiva das empresas que vendem gasolina de forma independente. Nesse contexto, forçoso concluir que a publicidade apresenta vantagem econômica e social, na medida em que procura, junto com a valorização de seus produtos (o que é assimilável em termos de marketing), informar algo de útil para os proprietários de veículos. Não se caracterizou a ofensa da idoneidade da autora, estabelecida por conta própria, que não é destinatária da publicidade legítima propagada pela Ré.”

O julgado deixa nitidamente transparecer que a publicidade comparativa generalizada, onde não é possível identificar o destinatário, não é ensejadora de indenização.

---

<sup>62</sup> (2ª Câmara. Civ. – TJSP, Apel. 276.247-1/10, Rel. Des. ENIO SNATARELLI ZULLIANI, in: 15.4.1997, v.u.). Acórdão extraído do livro: PEREIRA, 2001:79/80.

<sup>63</sup> Acórdão TJSP nº. 00506190. Apelação Cível nº. 126.947-4/5. 3ª Câmara de Direito Privado - TJSP. Relator Des. Ênio Santarelli Zuliani. 17-09-2002.

Estes casos demonstram, empiricamente, que no Brasil a publicidade comparativa implícita ou genérica é permitida sem que haja qualquer ofensa aos direitos do titular da marca concorrente. Óbvio de que estamos aqui tratando da publicidade comparativa verdadeira, caso contrário, se a comparação for respaldada em dados falsos, mentirosos e inverídicos, a publicidade comparativa cairia, sem dúvida alguma, no caso de publicidade enganosa, previsto no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, bem como no caso de concorrência desleal, previsto na Lei de Propriedade Industrial. A publicidade comparativa que se utilize de marca alheia é tão ilícita quanto a que se utilize de dados mentirosos, aliás, esta modalidade de publicidade nem precisa ser comparativa para ser considerada ilícita.

A concorrência desleal na publicidade comparativa possui fundamento exatamente no fato de utilizar técnicas consideradas desleais, conforme a legislação nacional, para a propagação de anúncios. Referido tema será tratado nas próximas linhas.

## CAPÍTULO II

### A PUBLICIDADE COMPARATIVA E A CONCORRÊNCIA DESLEAL.

A concorrência desleal está sempre presente quando o empresário honesto ou o consumidor forem prejudicados:

“No entanto nem todos os atos de concorrência são permitidos. ‘Concorrência’ vem do latim *cumcurrere*, que significa ‘correr junto’. Haverá deslealdade concorrencial sempre que o empresário honesto – força econômica atuante nos limites da ética, legalidade, honestidade, boa-fé e criatividade – ou o consumidor – dotado constitucionalmente do direito à livre escolha dos produtos e serviços de sua preferência – forem prejudicados.” (ROCHA)

O limite que o capitalismo contemporâneo impõe aos fabricantes, anunciantes, dentre outros participantes do mercado, está tão estreito que ocasionalmente surgem casos onde a qualidade ou a segurança do consumidor acaba perdendo para o ganho de uma fatia do mercado, como por exemplo, o que ocorreu com a Toyota e o seu carro híbrido Prius que possui um problema no software de frenagem que atrasa a parada em alguns pisos. Referido problema ocorre em um momento onde outros veículos da marca possuem problemas no pedal do acelerador que pode ficar travado<sup>64</sup>. Nesse mercado entendemos que a publicidade comparativa explícita pode ser um risco calculado para os anunciantes, que objetivam sempre e cada vez com mais vontade a busca de uma fatia maior de mercado.

A concorrência desleal ocorre quando se usa de expedientes desonestos e inidôneos para aumentar a clientela em prejuízo de seus concorrentes, tais como: desrespeitar as regras do jogo, provocar a turbação do livre funcionamento do mercado e prejudicar os direitos dos titulares das marcas. (OLIVEIRA, Marcel Thiago de).

A publicidade comparativa pode ser também considerada como um ato de concorrência desleal, aliás, é o instrumento preferido para tal prática, principalmente pelo uso de marca registrada alheia. (DUVAL, 1975, p. 27) Para tanto, basta que haja desobediência aos preceitos elencados no próprio Código de Propriedade Industrial, positivado na Lei Federal nº. 9.279/96. O artigo 195 da referida lei dispõe as práticas que são consideradas como crime de concorrência desleal e, dessas, três nos chamam mais atenção por serem

---

<sup>64</sup> “Toyota fará recall de 400 mil híbridos no mundo todo”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u691394.shtml>>. Acesso em: 10 de março de 2010.

completamente pertinentes ao tema aqui estudado. A lei considera como crime de concorrência desleal a publicação, por qualquer meio, de falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem. Esta hipótese encaixa-se exatamente no caso da publicidade comparativa enganosa. Caso esta venha a ser realizada utilizando-se de dados falsos, o ilícito fica claro. O anunciante mentiroso publica afirmação falsa com um só escopo que é o de obter a clientela do concorrente.

Acreditamos que a hipótese do inciso II<sup>65</sup>, do art. 195, apesar de parecida com a do inciso I<sup>66</sup>, aqui citado, também se encaixa na situação de concorrência desleal, já que a única diferenciação existente é que na do inciso I comete o ilícito quem publica a informação e na do inciso II o comete quem divulga ou presta a informação.

O inciso V<sup>67</sup> do mesmo artigo também possui o condão de poder ser utilizado na publicidade comparativa. Bastaria, para tanto, que houvesse o uso indevido de nome comercial, título de estabelecimento ou insígnias alheios. Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 364) afirma que para ocorrer a concorrência desleal é necessário analisar o meio utilizado, sem verificar as motivações ou os objetivos. Apesar de afirmar que não há ofensa aos direitos industriais na simples citação de marca registrada do concorrente em anúncio, reconhece que no Brasil, a rigor, a publicidade comparativa poderá ser considerada ilícita caso venha mencionar marca ou marcas da concorrência; caso induza em confusão os destinatários da mensagem; ou, caso contribua para a degenerescência da marca.

O jurista completa, ainda, afirmando que a publicidade comparativa não é proibida, no entanto, como qualquer outra publicidade, deverá obedecer às regras do Código de Propriedade Industrial e do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de restar caracterizada a concorrência desleal, usurpação de marca ou lesão a direito do consumidor. (COELHO, 2003, p. 365)

---

<sup>65</sup> “**Art. 195.** Comete crime de concorrência desleal quem: **II** - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;”

<sup>66</sup> “**Art. 195.** Comete crime de concorrência desleal quem: **I** - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;”

<sup>67</sup> “**Art. 195.** Comete crime de concorrência desleal quem: **V** - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;”

O artigo 4º do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária determina, ainda, que toda publicidade observe a leal concorrência.<sup>68</sup> Como também o faz o artigo 170, IV, da CF/88 que garante a livre iniciativa e a livre concorrência.<sup>69</sup>

O Judiciário paulista já entendeu que o simples fato da citação de marca alheia em publicidade comparativa deve ser proibido pela hipótese do art. 132, inciso IV, da Lei Federal nº. 9.279/96<sup>70</sup> – Código de Propriedade Industrial.<sup>71</sup> Ao veicular o anúncio da marca “Naprix”, houve citação da marca “Triatec”, o que não caracteriza a hipótese prevista no Código de Propriedade Industrial que dispõe que o titular da marca não poderá impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo. No caso, a citação da marca “Triatec” pela “Naprix”, obviamente foi efetuada com conotação comercial, pois foi mencionada em anúncio de publicidade.

Em outra decisão, o Judiciário paulista confirma que a utilização de marca registrada alheia em publicidade de concorrente necessita de prévia e expressa autorização do detentor do registro da marca:

“Trazemos decisão proferida pelo Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 13ª Vara Cível do Estado de São Paulo, Hélio Nogueira, no processo nº. 980579040, cumulado com Indenização por Perdas e Danos, com pedido de Liminar de Tutela Antecipada, movido por ‘Unilever N. V.’ (titular da marca ‘Pomarola’) em face de ‘Cirio Brasil Alimentos S/A’. Na sentença, favorável à Autor, entendeu que a falta de expresse consentimento para o uso da Publicidade Comparativa não permitiria a comparação pela Ré. Ademais, houve usurpação pela Ré, Enquadrando-se na figura da concorrência parasitária, quando se aproveitou da estratégia publicitária da Autora.

Duvidando da legalidade da comparação que traz informações verdadeiras, argumentou a Autora em sua defesa: ‘compara-se o preço de um automóvel Rolls Royce com o de um Volkswagen. A conclusão verdadeira é ad de que o Volkswagen é muito mais barato que o Rolls Royce. Entretanto, informado apenas sobre este aspecto, repita-se: verdadeiro, estará o consumidor municiado suficientemente para tomar uma decisão de compra? Não estará ele, tomando por equivalente produtos que, de fato, não o são? Não estaria o Volkswagen, nesta hipótese, associando-se à imagem de resistência, confiabilidade, durabilidade, entre outros valores ligados estreitamente à marca Rolls Royce?’. A petição cita precedentes do Conselho de Ética do CONAR neste sentido: ‘É reprovável, sob o prisma da ética publicitária, a

<sup>68</sup> “**Artigo 4º** - Todo anúncio deve respeitar os princípios de leal concorrência geralmente aceitos no mundo dos negócios.”

<sup>69</sup> “**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: **IV** - livre concorrência;”

<sup>70</sup> “**Art. 132.** O titular da marca não poderá: **IV** - impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo.”

<sup>71</sup> 1ª Câ. Dir. Privado – TJSP. Agravo de Instrumento nº. 218.192-4/4-00. Relator. Des. Alexandre Germano. 5-2-2002.

exibição não autorizada de produto concorrente, tanto mais quando ela não lhe é favorável ou lisonjeira' (representação n.º 221/96)". (ROCHA)

Outrossim, foi entendido pelo Judiciário paulista que a publicidade que visa denegrir a imagem da empresa concorrente ofende aos preceitos do artigo 32 do CBAP<sup>72</sup>, caracterizando, dentre outras coisas, a concorrência desleal, além do denegrimto da imagem do produto ou da marca de outra empresa.<sup>73</sup> A publicidade comparativa deve ter como objetivo divulgar e exaltar as qualidades de seus produtos e dos preços, porém quando voltada a atingir exclusivamente a concorrente, alegando cobrir todas as ofertas, com a conseqüente captação de clientela há, sem sombra de dúvidas, a caracterização da concorrência desleal, conforme estipula os artigos 20, inciso II<sup>74</sup>, e 21, inciso V<sup>75</sup>, da Lei Federal n.º. 8.884, de 11 de junho de 1994. Lei esta, que estipula como infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos manifestados sob qualquer forma, ainda que os efeitos não possam ser alcançados, que tenham por objeto dominar mercado relevante de bens ou serviços, bem como criar dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas concorrentes.<sup>76</sup>

Todas as situações são claras e possíveis, tornando a publicidade comparativa não só um ilícito marcário como também um ilícito de concorrência desleal. O direito de concorrência desleal encontra regulamentação no Decreto n.º. 19.056, de 31 de dezembro de 1929, cujo texto do "artigo 10bis" da Revisão de Haia (1925), firmou o fundamento da proteção internacional de cada país jurisdicionado à Convenção de Paris de 1883, contra os atos da concorrência desleal, estabelecendo citado dispositivo em item "1" que os países da

<sup>72</sup> "Artigo 32. Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial –, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: **a.** seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor; **b.** tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor; **c.** a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação; **d.** em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado; **e.** não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes; **f.** não se caracterize concorrência desleal, denegrimto à imagem do produto ou à marca de outra empresa; **g.** não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros; **h.** quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio."

<sup>73</sup> 7ª Câ. Direito Privado – TJSP. Agravo de Instrumento n.º. 226.798-4/3. Rel. Des. Sousa Lima. 12-12-2001.

<sup>74</sup> "Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] **II** - dominar mercado relevante de bens ou serviços;"

<sup>75</sup> "Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; [...] **IV** - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;"

<sup>76</sup> 3ª Câ. Dir. Priv. Agravo de Instrumento n.º. 395.520-4/5. Rel. Des. Waldemar Nogueira Filho. 16-8-2005.

união obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da união proteção contra a concorrência desleal; e, em seu item “2”, que constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.<sup>77</sup>

Referido fundamento foi utilizado no julgamento<sup>78</sup> da publicidade realizada pela fábrica de frigideiras “FRIGGI LINE” o qual continha as mesmas as mesmas características da frigideira “FRIGIDIET”, inclusive com embalagem com semelhanças.

A penalidade aplicada pelo Código de Propriedade Industrial em casos de concorrência desleal, além da pecuniária por possíveis danos morais ou materiais, é de três meses a um ano de detenção com opção de pagamento de multa<sup>79</sup>.

#### **a) A PUBLICIDADE COMPARATIVA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.**

O Código de Defesa do Consumidor veio, obedecendo ao disposto no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988<sup>80</sup>, para estabelecer as regras que deverão estar presentes nas relações entre o consumidor final e o fornecedor, sendo que consumidor final é aquele que adquire o produto ou o serviço para consumo próprio e sempre como bem de consumo e nunca como bem de produção.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º, define como consumidor aquela pessoa que contrata para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens ou prestação de um serviço.

Há controvérsias sobre a definição de quem seria o consumidor ou destinatário final do produto ou serviço. Alguns afirmam que bastaria a retirada do bem do mercado ao adquiri-lo ou utilizá-lo para que houvesse a caracterização do destinatário final.

---

<sup>77</sup> 7ª Câmara de Direito Privado – TJSP. Apelação Cível nº. 053.260-4/3. Relator Des. Rebouças de Carvalho. 4-11-1998.

<sup>78</sup> 7ª Câmara de Direito Privado – TJSP. Apelação Cível nº. 053.260-4/3. Relator Des. Rebouças de Carvalho. 4-11-1998.

<sup>79</sup> “**Art. 195.** Comete crime de concorrência desleal quem: [...] **Pena** - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.”

<sup>80</sup> “**Art. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **XXXII** - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

Todavia, para a caracterização do destinatário final há a necessidade da retirada do bem de mercado, pela sua utilização ou aquisição, bem como a sua não utilização como bem de produção, ou seja, o bem não poderá ser utilizado para continuar a produzir outros bens ou prestar outros serviços. (MARQUES, 2003, p. 71/72)

Ao utilizar o bem para continuar a produzir, o valor deste bem será repassado ao consumidor deste novo produto ou serviço, sendo este realmente o destinatário final. A mesma lei, no artigo 3º, conceitua o fornecedor como sendo toda a pessoa física ou jurídica (empresas) que exerçam habitualmente atividade na cadeia de produção e comercialização de produtos ou serviços à disposição do consumidor. Poderá ser considerado como fornecedor qualquer pessoa física ou jurídica, que mediante o desempenho de atividade mercantil ou civil, habitualmente ofereça no mercado produtos ou serviços. (FILOMENO, 2004, p. 41/42)

Qualquer empresário que usa insumos e matéria-prima para transformação ou aperfeiçoamento para os integrar no processo de produção, comercialização ou prestação de serviços a terceiros não é consumidor, mas fornecedor. (CENEVIVA, 1991, p. 50, nota 57)

O CDC trouxe, na época de sua publicação, uma enorme vantagem aos consumidores, pois regulamentou toda a matéria publicitária que até aquele momento só era disciplinada pela auto-regulamentação do CONAR.

Ao ocorrer isto, o legislador brasileiro implementou um princípio basilar: o da veracidade da publicidade. Este princípio é o que proíbe a prática da publicidade enganosa. O seu núcleo consiste na exigência de que, para a sua existência, a publicidade deve ser embasada em fatos verídicos e comprováveis. Caso não houvesse esta preocupação, a publicidade seria considerada enganosa, que nada mais é do que aquela que, por omissão ou comissão, leva o consumidor a comprar produto ou serviço, que se não houvesse tal vício na informação o mesmo, não seria adquirido.

A publicidade, veiculada ou não por meios de comunicação de massa, não pode influenciar o público além dos limites considerados normais da publicidade, sob pena de se estar amealhando ganhos concorrenciais indevidos com base em erros dos consumidores, ora público-alvo. (PEREIRA, 2001, p. 80)

Assim, verificamos que a publicidade para ser considerada como enganosa tem que possuir um poder de influenciar a vontade de compra do consumidor, atingindo, portanto, principalmente o “bolso” do consumidor.

Apesar das opiniões em contrário (OLIVEIRA, Marcel Thiago de), a publicidade que possua dados falsos, mas que o consumidor não tenha condições de perceber a falsidade da informação continua sendo ilícita e, portanto, enganosa. Isto porque basta a enganabilidade potencial não sendo necessário que o consumidor tenha sido realmente enganado para ser ilícita. Havendo a possibilidade (potencialidade) a publicidade já é enganosa.

A publicidade enganosa é a que envolve uma determinada perda patrimonial do consumidor ou, ao menos, que pode ocasionar tal perda caso a compra fosse concluída. Enquanto a publicidade abusiva causa dano substancial ao consumidor, a publicidade enganosa causa dano patrimonial. O citado dano patrimonial é efetivo na medida em que o consumidor adquire um produto ou serviço influenciado por uma publicidade enganosa, isto é, o consumidor adquire embasado ou fundamentado em uma fonte (publicidade enganosa) que não é confiável por conter erros e vícios.

Sendo uma das duas publicidades nocivas presentes no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, está intimamente ligada àquilo que se pretende introduzir no mercado, ou seja, à natureza do produto ou do serviço, possuindo capacidade de induzir o consumidor em erro na eleição do produto ou do serviço, tendo sua proscricção como uma sanidade na oferta. (FEDERIGHI, 1999, p. 69)

A publicidade enganosa foi a iniciadora de um processo onde se colocou a publicidade como objeto de constante estudo do direito. No final do século XIX e início do século XX, o direito alemão começou uma repressão à publicidade enganosa, publicando diversas leis sobre o tema em 1.896 e 1.909. (PEREIRA, 2001, p. 69) Desde lá, a importância para a publicidade em todas as suas vertentes foi acentuada no direito mundial onde diferentes legislações e estudos prevêm a proteção e a regulamentação da publicidade como forma de evitar o prejuízo em massa e a concorrência desleal.

Hodiernamente, a legislação brasileira possui diferentes leis regulamentando o processo publicitário, mormente a Lei Federal de nº. 8.078/1.990, denominada e mais conhecida como Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. O principal intuito desta legislação é proteger o consumidor dos abusos praticados pelos fornecedores, diferente da crença de algumas pessoas que acreditam que o Código de Defesa do Consumidor adveio para acentuar a opressão aos fornecedores. (GRINOVER, 2004)

No artigo 6º, inciso IV, do referido *codex*, encontra-se como direito basilar do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva.

A publicidade enganosa é vista pelo CDC como uma prática criminosa, segundo os artigos 66 e 67. Se não, vejamos:

“**Art. 66** - Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: **Pena** - Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa. § **1º** - Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta. § **2º** - Se o crime é culposo: **Pena** - Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa.”

“**Art. 67** - Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: **Pena** - Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.”

Além das modalidades criminosas expostas pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, a publicidade enganosa é repelida também pela Lei Federal de nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1.990. Referida legislação define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. O crime neste caso é majorado com uma pena bem maior que a do CDC. Vejamos:

“**Art. 7º** Constitui crime contra as relações de consumo: **VII** - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; **Pena** - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.”

Assim, a prática de publicidade enganosa poderá levar o publicitário, o anunciante ou até mesmo o proprietário da agência de publicidade a serem considerados criminosos e acabarem sendo punidos e condenados.

A proibição existente para a publicidade enganosa é exatamente para evitar que determinados, consumidores adquiram produtos ou serviços, sem saberem de dado ou fato específico, seja por estar errado na publicidade, ou por sequer constar na publicidade, e este dado ou fato tenha poder de convencer os consumidores na hora da opção da compra, podendo modificar esta opção caso o conhecesse anteriormente.

Com a lei, evita-se que consumidores adquiram algo que não queiram ou não queiram adquirir se obtivessem todas as informações sobre o produto/serviço.

No caso específico da publicidade comparativa, a publicidade enganosa será incluída caso os dados comparados sejam mentirosos ou enganosos. O que, em caso afirmativo,

introduziria a publicidade comparativa realizada nestes moldes, não só no rol de crimes consumeristas, mas também no rol dos atos de concorrência desleal previstos no Código de Propriedade Industrial.

Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 362) afirma que a publicidade comparativa não pode, em princípio, ser considerada ilícita, já que pela legislação consumerista, apenas se caracterizaria o ilícito, na hipótese de veiculação de informações enganosas ou de ocorrência de abusividade. Ademais, nesse caso a pena seria aplicada pelo fato de ser enganosa ou atingir valores sociais e não pelo fato de ser comparativa. Ainda assim, o próprio Código Brasileiro de Defesa do Consumidor traz em seus artigos a proibição de se utilizar atos de concorrência desleal ou ofensa à marcas e nomes comerciais:

**“Art. 4º - A Política nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: VI – Coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízo aos consumidores.”** (Grifo Nosso).

O simples fato da desobediência aos preceitos de enganabilidade impostos pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como pelo CBAP - Código Brasileiro de Auto-regulamentação publicitária do CONAR, por si só caracterizariam a publicidade comparativa como sendo enganosa.

Assim, a utilização da publicidade comparativa pode acabar enganando o consumidor de duas formas: desobedecendo aos ditames legais estipulado pelo CDC – Código de Defesa do Consumidor, ou ainda, infringindo as normas de auto-regulamentação do CBAP. (NUNES, 2004, p. 472/476) O Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior<sup>81</sup> julgou um anúncio onde uma fabricante de aquecimento de água a gás mostrava um chuveiro de onde caíam poucos pingos de água e um chuveiro onde aparecia o aquecimento a gás, de onde jorravam abundantemente jatos de água. O anúncio era, além de comparativo, completamente enganoso. Não se pode afirmar que a quantidade de água que sai de um chuveiro é maior ou menor tendo por base o tipo de aquecimento do mesmo, se elétrico ou a gás.

---

<sup>81</sup> AC 59105160, da 5ª Câm. Civ. Do TJRS, v.u., j. 22-8-1991, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Junior (RJTJRS 153/388). Retirado da obra: NUNES, 2004:473/475.

Ademais, apesar de oculta a marca do chuveiro elétrico, havia nitidamente a possibilidade de identificação pelo público-alvo de quem era o fabricante do mesmo, o que sem dúvida acarretava um denegrimento à imagem da marca do comparado.

Sabidamente o Desembargador utilizou os ditames previstos no CBAP para considerar a publicidade comparativa e enganosa, o que vem de acordo com o que até agora ponderamos.

Destarte, após a sucinta análise, percebemos que o Código de Defesa do Consumidor se coaduna com os dispositivos presentes no Código de Propriedade Industrial, bem como com os do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária do CONAR, ao coibir a utilização indevida de marcas e vedar atos de concorrência desleal.

## CAPÍTULO III

### A PUBLICIDADE COMPARATIVA NOS OUTROS PAÍSES.

A publicidade comparativa diverge de país para país, mas os conceitos basilares são semelhantes em todos. Assim, a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu de n.º. 84/450/CEE foi alterada pela Diretiva da União Européia de n.º. 97/55/CE. Esta última incluiu a publicidade comparativa nas regras já existentes de publicidade enganosa. A citada diretiva define como comparativa a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente, e indica um rol de condições para a possibilidade de existência de comparação na publicidade. A maioria das condições apresentadas pela Diretiva do parlamento coincide com as apresentadas no CBAP – Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária. Neste aspecto, a publicidade comparativa não pode ser enganosa, vindo totalmente de acordo com a nossa legislação. A própria Diretiva define a enganabilidade ao afirmar que é a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que afeta e cujo comportamento econômico pode afetar, em virtude do seu carácter enganador ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente.

Outrossim, identifica algumas formas para se determinar se uma publicidade é enganosa, devendo ater-se em conta todos os seus elementos e, nomeadamente, todas as indicações que digam respeito:

“**a)** às características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, o modo e a data de fabrico ou de prestação, o carácter adequado, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características essenciais dos testes ou controles efectuados sobre os bens ou serviços; **b)** ao preço ou ao seu modo de estabelecimento, e às condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços; **c)** à natureza, às qualidades e aos direitos do anunciador, tais como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios que recebeu ou as suas distinções.”

Além disso, deve sempre comparar bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm o mesmo fim, evitando-se com isso, comparações entre produtos não

concorrentes diretos, apesar de que não acreditamos que algum anunciante faria qualquer comercial comparando o seu produto com outro que não seja seu concorrente.

A Diretiva possui um ponto idêntico ao nosso CBAP: só permite comparações objetivas, mas há melhorias significativas na grafia do texto da proposta que o nosso CBAP não possui e, por isso, deveria ser melhorado. A comparação além de objetiva deve ser pautada em características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas dos bens e serviços comparados sugerindo até mesmo a inclusão do preço dos mesmos na comparação.

Claramente este item ao introduzir a comparação do preço traz um significativo benefício ao consumidor, que poderá comparar, além das qualidades do produto anunciado, também o seu preço de venda. É uma ótima forma de se verificar o custo-benefício dos produtos comparados. A Diretiva traz uma regra que já contestamos anteriormente ao estudarmos o CBAP, impõe a necessidade de não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou situação de um concorrente. Já expusemos o nosso pensamento em defender que é muito difícil, se não impossível, elaborar uma publicidade comparativa sem que haja uma depreciação ou denegrição do produto concorrente. Obrigatoriamente, na maioria das vezes, a depreciação está implícita somente no fato de se afirmar que um produto é melhor do que o outro.

A Diretiva ainda faz uma incursão no aspecto da concorrência desleal ao coibir e vedar a obtenção de vantagens indevidas do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes. Seria o que denominamos de concorrência parasitária, onde uma marca, para amealhar ganhos mais céleres de fatias de mercado (*market share*), atinge outra que já possui um certo renome no mercado. A publicidade comparativa deve ainda, referir-se, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação.

Não se deve apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.

Fica proibida também, a geração de confusão no mercado entre negociantes, entre o anunciante e um concorrente ou entre as marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e do concorrente.

Qualquer comparação que faça referência a uma oferta especial deve indicar de forma clara e inequívoca o seu tempo de duração 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.

Escolhemos os países EUA, Portugal, Itália, Espanha e o Canadá para realizar um estudo de como é tratada a publicidade comparativa naquelas regiões pelo fato de serem nações altamente influentes no cenário mundial, bem como pelo alto avanço em questões publicitárias. Particularmente, os EUA servem como paradigma na questão por serem exatamente o oposto do que é realizado aqui no Brasil como veremos a seguir.

#### **a) E. U. A.**

Os EUA são de extrema relevância para a nossa pesquisa, pois é um país que possui uma posição totalmente diferente do Brasil na questão da publicidade comparativa, além de possuir grande importância comercial e expressão na política mundial.

A publicidade comparativa nos Estados Unidos da América do Norte é permitida desde 1960 e possui regulamentação diversa da encontrada no Brasil. Enquanto aqui proíbe a utilização indevida de marcas registradas, a legislação norte-americana exige que, para se realizar uma publicidade comparativa, haja obrigatoriamente a indicação das marcas e produtos comparados. É proibida qualquer realização de comerciais onde o produto comparante não faça menção ao produto comparado, ou seja, a publicidade comparativa implícita inexistente nos EUA. Referida regra se faz necessária, no entendimento norte-americano, porque assim se sabe inicialmente qual é o produto/marca que foi comparado na publicidade facilitando, desse modo, possíveis futuras indenizações.

O direito de se defender na publicidade comparativa americana só ocorre se houver dados falsos na mesma, no mais o uso de marcas registradas alheias na publicidade comparativa é livre e, inclusive, incentivado pelo *FTC – Federal Trade Commission*, pois este organismo entende “que a comparação verdadeira oferece informações importantes aos consumidores, incentiva a inovação e reduz preços”. (DURIGAN, 2007, p. 132/134)

No Brasil a publicidade comparativa lícita é a implícita, onde não se conhece o produto/marca comparado o que, se por um lado, pode no futuro trazer problemas para a identificação de quem venha possivelmente sofrer prejuízo com a elaboração e veiculação da

publicidade comparativa, por outro, minimiza ou extingue este prejuízo, pois não se sabe qual foi o produto/marca comparado.

Pelo regramento norte-americano este risco de identificação não subsiste já que, de antemão, o anunciante comparado é identificado na própria publicidade. Sendo assim, caso este venha a sofrer qualquer espécie de prejuízo, seja moral ou material, a prova do ato ensejador do prejuízo é fácil. Como neste caso a comprovação do ato prejudicial é mais fácil os anunciantes que pretenderem se utilizar da técnica da publicidade comparativa pensarão duas vezes em utilizá-la. Analisarão até a forma, o modo e o jeito que determinado comercial está sendo realizado, tudo na ânsia de evitar futuros processos judiciais, o que, nos E. U. A., pode significar sinônimo de altos prejuízos financeiros e valiosas indenizações aos vitimados.

A forma norte-americana de se fazer a publicidade comparativa facilita a responsabilização pelos prejuízos ocasionados pela publicidade comparativa, bem como a torna uma forma mais leal e direta de se fazê-la, proporcionando uma chance de resposta por parte do atingido e estimulando a concorrência sadia e leal.

ROCHA afirma que a publicidade comparativa nos EUA é assim realizada porque a liberdade de expressão é sobreposta a qualquer outro direito, inclusive o de propriedade. *A Publicidade comparativa é por eles considerada benéfica e amplamente aceita.*

Mesmo com todos estes cuidados, os norte-americanos possuem como hábito realizar uma publicidade comparativa agressiva e direta, ao ponto de um concorrente citar e achincalhar com o outro no próprio comercial. Após, quando muitos pensam que uma ação judicial será interposta, surge a resposta do ofendido, que nada mais é do que outro anúncio comparativo nos mesmos moldes da ofensa.

É o caso da publicidade da rede de lanches *Burger King* que se utiliza da figura do *Ronald Mc Donalds*, personagem da rede de *fast foods* concorrente, para afirmar que o seu produto é tão superior ao do concorrente que até mesmo o “garoto-propaganda” do outro o come.



**Figura 25 - Publicidade Burger King x Mc Donalds**

E assim caminha o mercado americano, até o momento em que um apela e bate mais forte que o outro, fazendo com que este inicie, finalmente, uma ação judicial.

É oportuno salientar que mesmo com a permissão da publicidade comparativa no mercado americano a utilização da referida técnica não ultrapassa os 15% do total de anúncios veiculados. (DURANDIN, 1997, p. 104/105. Ver nota 9) Sinal de que muitos anunciantes preferem não correr o risco de uma batalha publicitária, até mesmo judicial, ou que talvez a publicidade comparativa nem seja tão eficiente.

Os anúncios a seguir expostos foram realizados nos EUA, em total consonância com a legislação do país de origem, porém se idênticos comerciais fossem utilizados aqui no Brasil a ilicitude seria patente.

A BMW realizou um anúncio impresso onde parabenizava a Audi por ter sido o “Carro do Ano de 2006 da África do Sul” e assinava a parabenização como sendo proveniente do vencedor do “Carro Mundial do ano de 2006”.

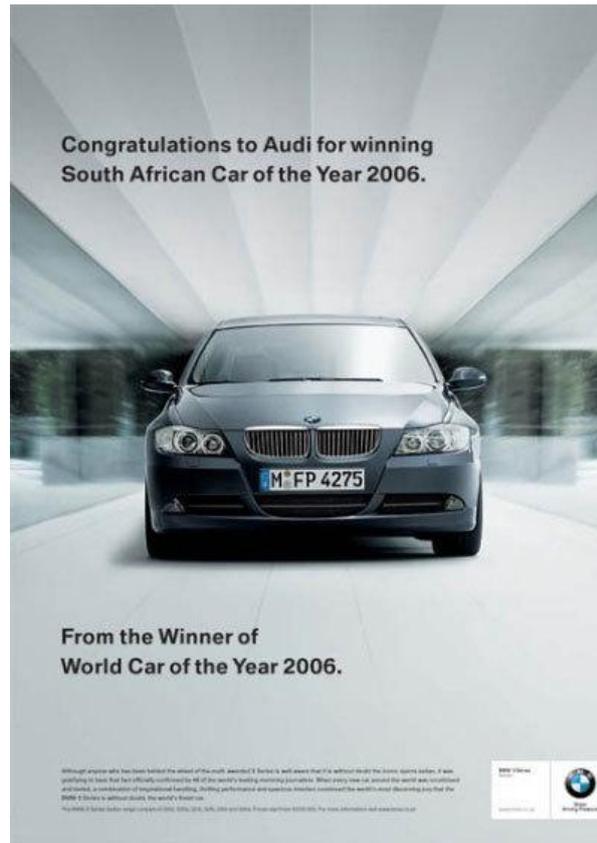


Figura 26 - Publicidade BMW

A resposta da Audi foi imediata. Realizou um anúncio onde parabenizava a BMW por ter sido o “*World Car of the Year 2006*” e assinava como sendo o vencedor, por seis vezes consecutivas (2000-2006), da “*Le Mans 24 Hour Races*”.



Figura 27 - Publicidade Audi

Até o momento apenas as duas marcas, BMW e Audi, estavam se enfrentando por meio de anúncios, porém a Subaru percebeu que poderia entrar nesta “briga” e veiculou o

próximo anúncio afirmando que a BMW e a Audi podem ter sido as vencedoras nos referidos concursos, mas só a Subaru era a vitoriosa do “2006 *International Engine of the Year*”.

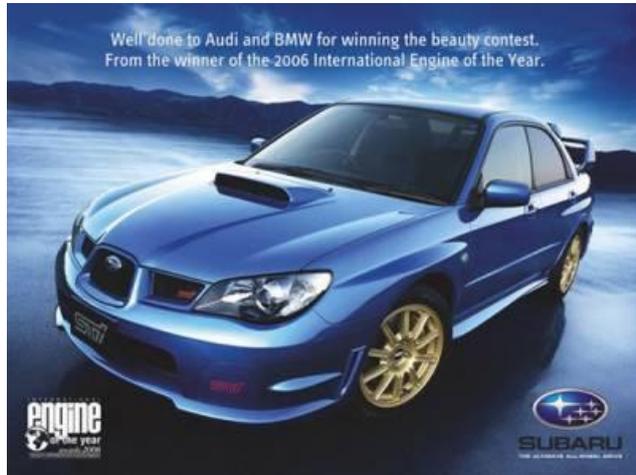


Figura 28 - Publicidade Subaru

A querela publicitária que estava sendo travada de forma “sadia” tomou maiores proporções quando a Bentley, famosa marca de carros de extremo luxo, veiculou o anúncio a seguir contendo uma mensagem à Audi, BMW e Subaru.



Figura 29 - Publicidade Bentley

Percebemos que um simples um ataque da BMW à Audi passou a ser uma verdadeira “guerra”, inclusive com a entrada de novos jogadores, como a Subaru e a Bentley.

Estes anúncios retratam o que já havíamos afirmado anteriormente. Geralmente as publicidades onde há a comparação entre produtos/marcas são bem aceitas até no exterior, mas podem ter abusos por parte de algum anunciante que, ao final, levam todos ao banco dos réus.

A Bentley entrou “apelando” na disputa e colocando, ao mesmo tempo, uma “pá de cal” na seqüência de anúncios. Pode ter sido pela agressividade e desrespeito da publicidade ou porque o conflito tomou algumas direções que não eram boas para as marcas envolvidas caso continuasse.

No Brasil todos estes anúncios estariam fadados à irregularidade tanto no aspecto marcário (Código de Propriedade Industrial), como em outros (CBAP, CDC). A utilização de marca ou nome empresarial de concorrente encaixa-se perfeitamente no uso indevido que aqui detalhamos.

A utilização de marca alheia é tão patológica nos dias atuais que basta uma marca ignorar as regras impostas pela legislação que outras tomam o mesmo caminho.

Mercadologicamente, referida atitude pode até ser considerada normal e corriqueira, até porque os frutos colhidos podem ser imensos com a veiculação destes anúncios, pelo menos quanto à repercussão ocasionada. Todavia, a consequência jurídica poderá ser desastrosa.

#### **b) Portugal, Itália e Espanha.**

Já em Portugal o ICAP – Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade, em seu Código de Conduta, define as regras para a realização da publicidade comparativa. Primeiramente, a publicidade deverá sempre ser legal, decente, honesta e verdadeira, respeitando sempre os princípios da leal concorrência. A obediência ao princípio da leal concorrência é novamente ratificada no artigo 15 do capítulo específico de publicidade comparativa:

“1. A publicidade que contenha comparações deve ser apresentada de modo a que a comparação não induza ou seja susceptível de induzir em erro, e deve obedecer aos princípios da leal concorrência.”

O mesmo capítulo do Código de Conduta determina que a publicidade deva sempre ser respaldada em dados objetivos, passíveis de comprovação, relevantes e honestamente escolhidos. A novidade do Código português para o nosso é que há um capítulo próprio para “denegrição”, como intitulado no próprio. Significa dizer que há uma preocupação não somente com o denegrimiento da propriedade intelectual, mas também com os serviços, os bens e até mesmo com as pessoas (físicas ou jurídicas):

“Art. 16 - A publicidade deve proscriver qualquer referência, directa ou indirecta, que possa denegrir, designadamente, qualquer pessoa, singular ou colectiva, actividade, profissão, marca, bem ou serviço, ridicularizando-os ou desrespeitando-os.”

O ICAP ainda preocupou-se com a publicidade comparativa parasitária e coibiu o uso de modo injustificado de nomes, iniciais, logos e/ou marcas de outros, bem como o proveito indevido da reputação do nome, marcas ou bens de outros. A reputação das campanhas publicitárias também deve ser preservada.

Portugal ainda possui o Código da Publicidade (PEREIRA, 2001, p. 92), instituído pelo Decreto-lei n.º 330, de 23 de outubro de 1990. Neste documento a publicidade comparativa também é disposta em seu art. 16 que a define como sendo aquela que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente.

As restrições na realização da publicidade comparativa são bem parecidas com o do Código de Conduta do ICAP – Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade:

- a) a publicidade deverá ser sempre objetiva;
- b) não deverá denegrir ou desacreditar marcas, designações comerciais ou quaisquer outros sinais distintivos, bem como bens, serviços, atividades ou situação de concorrente;
- c) não deve tirar proveito indevidamente do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes;

Assim sendo, Portugal regulamenta a publicidade comparativa não só através do Decreto acima citado, mas também pelo ICAP – Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade.

A Itália possui o *Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria* que regulamenta a publicidade através de seu *Código dell'Autodisciplina Pubblicitaria Italiana*. Este Código está em sua 45ª edição, em vigor desde 1966<sup>82</sup>, tendo recentes alterações, em 21 de abril de 2008. Esta instituição italiana permite a publicidade comparativa, desde que observados os preceitos contidos no artigo 15 do Código de Auto-regulamentação. A comparação é permitida quando demonstrar, técnica ou economicamente, as características e vantagens dos bens ou dos serviços comparados.

Deverá ser objetiva e sempre versar sobre dados essenciais dos produtos ou serviços. Será comprovável ou verificável e realizada entre produtos ou serviços concorrentes, que satisfaçam as mesmas necessidades ou tenham o mesmo objetivo. A comparação deve ser leal e verdadeira. Não deve causar possibilidade ou induzir à confusão, muito menos causar descrédito ou denegrimto. Não deve tirar indevidamente vantagens da notoriedade de outra marca ou empresa. Saindo da esfera da auto-regulamentação e entrando na seara legislativa, a única referência ao tema é o disposto no art. 2.598.2 do Código Civil Italiano<sup>83</sup>, que define como ato de concorrência desleal aquele que difunde notícias ou apreciações sobre os produtos ou a atividade de um competidor idôneo com o escopo de causar o seu descrédito. (PEREIRA, 2001, p. 94)

Caso haja alguma referência na publicidade comparativa de que o produto não é nacional, e com isto estimule a discriminação da origem do mesmo, a ilicitude da mesma será decretada. O mesmo caso ocorrerá em afirmações de que o produto está sendo controlado pelo Poder Público em virtude de sua segurança ou em alegações de que é nocivo à saúde dos consumidores que dele se utilizarem. (PEREIRA, 2001, p. 95)

---

<sup>82</sup> A primeira edição do referido Código data de 12 de maio de 1966.

<sup>83</sup> **Art. 2598 Atti di concorrenza sleale** - Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi (2563 e seguenti) e dei diritti di brevetto (2584 e seguenti), compie atti di concorrenza sleale chiunque: **1)** usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; **2)** diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente; **3)** si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.

A Espanha possui o Código de Conducta de *AUTOCONTROL – Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*. Entidade, com sede em Madri, responsável pela auto-regulamentação da publicidade comercial no país.

Através do artigo 22, do Código de *Conducta de Autocontrol*, a publicidade comparativa é regulamentada a fim de, direta ou indiretamente, obedecer aos seus dispositivos. A publicidade comparativa deverá se ater às características essenciais, afins, análogas e objetivamente comprováveis. Será pautada sempre pela veracidade da informação sem denegrir ou desdenhar do produto, atividade ou empresa de terceiros. Quando a comparação for realizada entre produtos ou serviços não se admitirá, em nenhum caso, a comparação com outros não similares, desconhecidos ou com limitada participação de mercado.

O Código espanhol preocupou-se com a publicidade denegritória ao coibi-la em seu artigo 21. Não deverá haver menosprezo, seja implícita ou explicitamente, de outras empresas, atividades, produtos ou serviços. Contudo, não será considerada como denegritória a publicidade comparativa que seja pautada e embasada em informações verdadeiras, exatas e pertinentes, sendo que estas últimas são as ilações que não façam alusões sobre aspectos pessoais do empresário ou de sua empresa. Já no contexto legislativo podemos perceber dispositivos referentes à publicidade comparativa no art. 10, do Estatuto da Publicidade de 1964; na Lei Geral da Publicidade; e, na Lei de Concorrência Desleal de 1991. (PEREIRA, 2001, p. 93/94) O Judiciário espanhol permite a publicidade comparativa considerando que a sua proibição significaria uma total afronta à liberdade de expressão. Ademais, conforme aquele Poder, a publicidade comparativa não ofende os interesses dos consumidores sendo até verdadeira em alguns casos. (PEREIRA, 2001, p. 93)

Outrossim, a publicidade comparativa é considerada como desleal e, portanto, ilícita, conforme o art. 6º, “c”, da Lei Geral da Publicidade, quando não for fundamentada em características essenciais, afins e objetivamente demonstráveis dos produtos ou serviços, ou ainda, quando se contraponham bens ou serviços com outros similares ou desconhecidos, ou de limitada participação no mercado.

## CONCLUSÃO.

Ao fim e ao cabo percebe-se que o uso dos vocábulos “publicidade” e “propaganda” como sinônimos é muito comum, inclusive em textos legislativos. Diversos autores apontam referido problema (AZEVEDO, 2007, p. 28; MUNIZ; GIACOMINI FILHO, 1991, p. 13):

“O termo publicidade é usado comumente como sinônimo de propaganda, por divulgar também idéias, valores, visões de mundo, ao informar sobre as ofertas do mercado. [...] a linguagem publicitária transmite, simultaneamente, três mensagens: a mensagem literal, ou denotada; uma mensagem associada, ou conotada, baseada nas associações a partir do que é transmitido pela linguagem, na interação com o repertório do público e como imaginário social de sua época; e a mensagem declarada, ou referencial, que é a alusão a uma marca, a um anunciante. Dessa forma, consumimos, através da mensagem, um mundo editado, um recorte de mundo organizado em função da presença de seu patrocinador.” (BARTHES *in* MARCONDES FILHO, 2009, p. 296)

Alguns defendem, inclusive, que a publicidade é espécie do gênero propaganda por ser a publicidade a defesa de um estilo de vida ou de uma ideologia ligada ao produto ou serviço (DURIGAN, 2007, p. 28), colocam a propaganda como sendo mais ampla do que a publicidade sem que haja a limitação comercial desta (MARCONDES FILHO, 2009, p. 291).

Concluimos que o mais correto é a aplicação diferenciada dos mesmos, pois os termos possuem objetivos distintos. Enquanto uma (publicidade) objetiva a obtenção de lucro, a outra (propaganda) busca adeptos a uma ideologia.

Marcus Vinicius da Silva (2008, p. 89) corrobora com este entendimento ao afirmar o objetivo da publicidade: “a missão principal da publicidade é trabalhar a mente, aspectos psicológicos do consumidor **com fim de realizar a compra**. Seria bastante ingenuidade entender que a publicidade apenas cria necessidades, além de ingênuo, bastante restritivo”. (g. n.)

E complementa, discorrendo que esta finalidade da publicidade (venda para o lucro) existe há tempos podendo até servir de forma secundária para outras finalidades (imposição de estilo de vida, escoamento da produção etc):

“A prática mais efetiva para escoar a produção, sem dúvida, era a publicidade (ao seu modo), ou seja, desde o período da Revolução Industrial, a publicidade já vinha desempenhando o papel de promover vendas. Desta maneira, a publicidade começa a ser controle da produção industrial. Caso quisesse escoar a produção, aumentaria

os meios e números de publicidades; querendo reduzir a procura de produtos, restringia-se o número de publicidades.” (SILVA, 2009, p. 19)

A propaganda é mais lembrada por possuir uma identificação histórica muito próxima aos regimes totalitários como, *v. g.*, o nazista de Adolf Hitler que, segundo Arendt (MARCONDES FILHO, 2009, p. 292) “por existirem em um mundo não totalitário” foram compulsados a criarem discursos para ocultar as atrocidades e arbitrariedades, todos na forma da propaganda.

A propaganda é a difusão de idéias, sem objetivo comercial:

“O que não se inclui no conceito de publicidade é a divulgação de idéias de cunho político, religioso, ideológico, filosófico, moral ou de qualquer outra natureza, enquanto manifestação de pensamento livre e a todos permitida, sem nenhum interesse direto ou indireto no complexo das relações próprias do mercado de consumo. Estas conceituam-se como propaganda e estão excluídas da proteção do Código de Defesa do Consumidor.” (PASQUALOTTO *in* AZEVEDO, 2007, p. 29)

Em suma, a “publicidade” deverá ser sempre entendida como o anúncio ou reclame realizado pelo anunciante com o escopo de vender produtos ou serviços, em um curto espaço de tempo, objetivando a obtenção de lucro. Já a “propaganda” é a propagação de idéias, das mais diversas, tais como ideologias de cunho sexual, políticas, de guerra, religiosas dentre outras, objetivando a difusão dos ideais apregoados e, conseqüentemente, a conquista de adeptos.

Desse modo, preferimos nos adequar ao pensamento da maioria dos autores (DURANDIN, 1997, p. 23/24; CHAISE, 2001, p. 09/10; FEDERIGHI, 1999, p. 66; JACOBINA, 2002, p. 9; DUVAL, 1975, p. 1; GONÇALVES, 2006, p. 61) que utilizam a publicidade com significado diverso do da propaganda, até porque é com este entendimento que concordamos.

Percebemos que a publicidade possui um sistema de controle denominado como “misto”, onde uma entidade privada (CONAR) e o Estado (Poder Judiciário) controlam os excessos da publicidade.

O controle privado é exercido por representantes das associações de anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação, podem ser médicos, advogados, publicitários ou qualquer outra pessoa leiga que seja indicada para o encargo.

Apesar de ser exercido pelos seus “pares” e sustentado pelos mesmos, nota-se que as infrações são cometidas por aqueles que, em tese, criaram a regulamentação. São anunciantes e publicitários que desrespeitam o que criaram.

Outra peculiaridade, é que às vezes quem julga conhece o julgado, o que pode acarretar situações desconfortáveis do ponto de vista ético. São “amigos”, ou ao menos “colegas”, que julgam uns aos outros.

Já dentro do Código de Auto-Regulamentação (CBAP), o texto possui mais de trinta anos (foi assinado em 05 de maio de 1980 e registrado em Cartório em 22 de maio do mesmo ano). Algumas alterações são realizadas no intuito de se atualizar o Código com a sociedade atual, mas o art. 32, que dispõe sobre a publicidade comparativa, não foi objeto dessas mudanças e urge ser corrigido.

Primeiramente, a nomenclatura da seção 7 do CBAP deve ser alterada de “propaganda comparativa” para “publicidade comparativa”, adequando-se melhor ao significados dos termos.

Outro ponto é objetivo apregoado pela alínea “a” do artigo 32, de esclarecer o consumidor pela publicidade comparativa, que deve ser melhor explicado. Esclarecer o quê? Quais pontos do produto ou serviço devem ser apontados? Obviamente que os pontos esclarecidos ao consumidor devem ser sempre os essenciais e principais dos produtos ou serviços, em encontro até ao que dispõe o CDC, mas esta é uma conclusão que tiramos e que deveria estar explícita no texto da alínea.

O maior problema que percebemos está contido na redação da alínea “f” do artigo 32 do CBAP:

**“Artigo 32 - Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial –, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: f. não se caracterize concorrência desleal, denegrimento à imagem do produto ou à marca de outra empresa;”.** (g. n.)

A proibição de publicidade comparativa que denigra à imagem do produto ou à marca de outra empresa não está clara. O que seria denegrimento à imagem do produto? E à marca de outra empresa? Acreditamos que ao realizar um dano à imagem de um produto conseqüente atingiremos a marca de outra empresa, ou vice-versa. Além do mais, a única hipótese que vislumbramos que exista de uma publicidade comparativa sem denegrir a

imagem da marca ou empresa concorrente é a realizada com fundamento no preço, desde que o comercial coloque o produto ou serviço comparado como sendo de alto padrão e luxo, pertencente aos segmentos de produtos *Premium*<sup>84</sup>. Qualquer outra publicidade causará o descumprimento da alínea “f” do supracitado artigo CBAP, com exceção das publicidades comparativas implícitas, onde o nome da marca ou da empresa concorrente não aparece, mas somente a indicação “marca x”, “marca líder”, “segunda marca do share” etc. Nesta não há denegrimiento à marca alguma, pois sequer se anuncia ou veicula a marca concorrente.

Após uma detida análise do Código de Propriedade Industrial (Lei Federal nº. 9.279/96), chegamos a um entendimento que somente a publicidade comparativa implícita é permitida no Brasil. Qualquer publicidade comparativa explícita, ou seja, que indique em seu corpo a marca ou o nome empresarial do concorrente é passível de punições, inclusive na esfera penal.

Tal entendimento, se choca com o defendido pela *FTC – Federal Trade Commission dos EUA*, que desde 1960, defende que a publicidade deve sempre ser explícita para informar melhor os consumidores e, conseqüentemente, ocasionar uma redução nos preços dos produtos ou serviços.

Há quem defenda este posicionamento no Brasil (COELHO; DURIGAN) afirmando que a única publicidade comparativa ilícita no país é a falsa, enganosa ou desleal. O fundamento utilizado é de que a Constituição Federal determina que a propriedade deva ter uma função social e no embate desta com o direito de propriedade prevalece a função social da propriedade, ou seja, a propriedade marcária deve ser colocada de lado para beneficiar os consumidores (função social).

Não compartilhamos desta compreensão, pois tal realidade seria a consolidação do caos e da insegurança jurídica. A propriedade produtiva e honesta seria sempre subjugada para beneficiar terceiros que sequer trabalharam para obtê-la. São pessoas que querem com a publicidade comparativa explícita “abreviar” o caminho normal percorrido pelas outras marcas que hoje estão em destaque e são líderes.

Ademais, a própria Constituição Federal, utilizada como embasamento por aqueles teóricos, defende a propriedade marcária tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. A propriedade marcária é o maior

---

<sup>84</sup> Produtos que são considerados os melhores do segmento pela tradição, qualidade, confiança, diferenciais e exclusividades que dispõem aos seus clientes.

patrimônio da empresa e hoje representa um alto valor dentro do ativo das mesmas superando, às vezes, até o capital material.

O que propulsiona a economia e o desenvolvimento tecnológico no país é exatamente a segurança de que o produtor, comerciante ou anunciante terá em possuir a propriedade de seu maior bem: a marca e o que ela representa.

Por isso, defendemos que a publicidade comparativa só pode ser realizada na forma implícita (ANGELO; PEREIRA), sob pena de descumprimento do texto legal vigente e, até mesmo, do CBAP.

Ainda assim, mesmo que não haja a aposição explícita da marca do concorrente, a simples identificação visual de quem é o fabricante ou que produto está sendo anunciado e comparado acarreta obrigações indenizatórias e caracterizaria o crime previsto no CPI – Lei Federal n.º 9.279/96, pois acaba atingindo a marca concorrente.

Já no Código de Defesa do Consumidor o simples fato de não obediência aos preceitos existentes no CBAP e na LPI, já configurariam o delito de publicidade enganosa. (COELHO, 2003, p. 365) Mesmo com a obediência, no que tange à publicidade comparativa, ao CBAP e à LPI aquela ainda poderá ser enganosa bastando, para tanto, a identificação de dados mentirosos e falsos. (BOLWERK, 2009, p. 89) Considerando estes dados mentirosos utilizados na publicidade comparativa, esta ainda poderia ser interpretada como ato de concorrência desleal previstos no LPI e na Lei Federal n.º 8.137. (DUVAL, 1976, p. 136/138)

No “velho continente” os países (Portugal, Itália e Espanha) consideram possível a publicidade comparativa explícita ou implícita, mas com ressalvas. Em Portugal fica proibida a comparativa que desrespeite as pessoas físicas ou jurídicas, as marcas e profissões. O desrespeito à marca se dá com o seu uso injustificado, ou seja, sem que motivo ou dado que beneficie o consumidor.

Na Itália, a publicidade comparativa só é autorizada se demonstrar, técnica ou economicamente, as características e vantagens dos bens ou dos serviços comparados, podendo ser explícita ou implícita.

A publicidade comparativa na Espanha se dará sempre sobre os aspectos essenciais dos produtos proibindo a comparação com produtos desconhecidos ou com pouco *market share*. A primeira vista podemos estranhar e desconfiar de quem queira fazer uma comparação com produtos com baixa participação no mercado, mas estes podem ser objeto de

comparação caso possuam uma qualidade e reputação surpreendente, mas preços pouco acessíveis e, por isso, justifiquem o seu baixo *share*.

É relevante um estudo mais aprofundado destas regulamentações estrangeiras, pois assim nos permitirá aperfeiçoar a brasileira e até mesmo introduzir quiçá novas formas de publicidades comparativas no Brasil.

Enfim, a publicidade comparativa possui, por um lado, pontos favoráveis como o estímulo da livre concorrência, o avanço tecnológico movido pela comparação entre os produtos; uma maior informação dos produtos colocados no mercado; representa a liberdade de expressão; possui caráter informativo dentre outros. (PEREIRA, 2001, p. 90) Por outro, são desfavoráveis pela parcialidade na elaboração; preponderância do interesse do anunciante sobre o do consumidor; possibilidade de aumentar a indecisão dos consumidores; contribui para a concorrência desleal. (PEREIRA, 2001, p. 91)

É óbvio que existem argumentos a favor e contra, mas mesmo assim, diante de todo o exposto, acreditamos ser viável a realização da publicidade comparativa no Brasil, desde que seja sempre na forma implícita, bem como que não contenha dados falsos ou mentirosos que a caracterizem como uma publicidade enganosa ou desleal, sob pena de se infringir a legislação vigente acarretando, com isso, punições que podem chegar até a detenção do infrator.

## REFERÊNCIAS.

- ANGELO, Claudiney de. **Marcas: Anotações Práticas e Teóricas ao Código da Propriedade Industrial: artigos 122 a 228: Doutrina, comentários, legislação e modelos práticos.** São Paulo: Livraria e Editora universitária de Direito, 2000.
- AZEVEDO, Ney Queiroz de. **Sociedade da Informação: Os Limites Jurídicos da Publicidade no Brasil à Luz do Código de Defesa do Consumidor.** 2007. 116 fls. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade do Paraná, Curitiba (PR), 2007
- BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual.** 2ª. Edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Propriedade Intelectual: Direitos Autorais, Direitos Conexos e Software.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.
- BESSA, Leonardo Roscoe. **O Consumidor e seus Direitos: ao alcance de todos.** 2ª edição atualizada e ampliada de acordo com o novo Código Civil. Brasília (DF): Brasília Jurídica, 2004.
- BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. **O Direito da Comunicação e da Comunicação Social.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- BITTAR, Carlos Alberto Bittar. **Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor.** 5ª edição revista, atualizada e ampliada por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- BOLWERK, Aloísio Alencar. **Celebridades & Publicidade: Efeitos Legais da Responsabilidade Civil.** São Paulo: SRS Editora, 2009.
- BONATTO, Cláudio. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: Principiologia, Conceitos e Contratos Atuais.** Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2001.
- CAMPOS, João. **Reclame, o Direito é Seu: um Manual do Consumidor Indignado.** Campo Grande (MS): Letra Livre Editora, 1997.
- CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. **Publicidade: Responsabilidade Civil perante o Consumidor.** São Paulo: Cultural Paulista Editora, 1996.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO, Nelly de. **Publicidade: a Linguagem da Sedução**. São Paulo: Ática, 2002.

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CHAISE, Valéria Falcão. **A Publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 7ª edição revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2003. Tomo I.

COSTELLA, Antonio F. **Legislação da Comunicação Social: Curso Básico: Jornalismo, Publicidade, Relações Públicas, Rádio e TV, Editoração, Cinema**. Campos de Jordão (SP): Mantiqueira, 2002.

DURANDIN, Guy. **As Mentiras na Propaganda e na Publicidade**. São Paulo: JSN Editora, 1997.

DURIGAN, Paulo Luiz. **Publicidade Comparativa: Informação Persuasiva e Concorrência**. 1ª Edição. Curitiba: Edição do Autor, 2007.

DUVAL, Hermano. **A Publicidade e a Lei**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

\_\_\_\_\_. **Concorrência Desleal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1976.

ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade Patológica na Internet à Luz da Legislação Brasileira**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

FARAH, Michele Cesar. **Marketing Cultural: o Entretenimento como Construção de Marcas**. 2009. 78 fls. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social e Cultura) – Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Cultura, Universidade de Sorocaba, Sorocaba (SP), 2009.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. **Publicidade Abusiva: Incitação à Violência**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da Comunicação Social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **O Abuso do Direito no Código de Defesa do Consumidor: Cláusulas, Práticas e Publicidades Abusivas**. Brasília (DF): Brasília Jurídica, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2004.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Imprensa: Direitos Autorais na era Digital**. 4ª Edição ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. São Paulo: Summus, 1991.

GONÇALVES, Elizabeth Moraes. **Propaganda & Linguagem: Análise e Evolução**. São Bernardo do Campo (SP): Universidade Metodista de São Paulo, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A Publicidade ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GUIMARÃES, Sérgio Chastinet Duarte. **Tutela Penal do Consumo - Abordagem dos aspectos penais do Código de Defesa do Consumidor e do Artigo 7º da Lei nº. 8.078, de 27.12.1990**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade Abusiva Dirigida à Criança**. Curitiba (PR): Editora Juruá, 2006.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KOTLER, Philip. **Administração de Marketing**. 10ª. Edição. São Paulo: Prentice Hall (Pearson), 2007.

LOPES, A. Paraguassú. **Ética na Propaganda**. São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, Marlon Wander. **Crimes nas Relações de Consumo: Comentários e Análise Jurisprudencial dos Crimes Contra o Consumidor, Contra a Economia Popular e Tipos Específicos do Código Penal**. São Paulo: WVC Editora, 2001.

MALFATTI, Alexandre David. **O Direito de Informação no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

MARANHÃO FILHO. Luiz. **Legislação e Comunicação: Direito da Comunicação**. São Paulo: LTr, 1995.

MARCONDES FILHO, Ciro (org.). **Dicionário da Comunicação**. São Paulo: Paulus, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima [et al]. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: Aspectos Materiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, José R. **Grandes Marcas Grandes Negócios: Como as pequenas e médias empresas devem criar e gerenciar uma marca vencedora**. São Paulo: Negócio Editora, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Natureza Emocional da Marca: Como Escolher a Imagem que Fortalece a sua Marca**. São Paulo: Negócio Editora, 1999.

MOMBERGER, Noemi Friske. **A Publicidade Dirigida às Crianças e Adolescentes: Regulamentações e Restrições**. Porto Alegre (RS): Memória Jurídica Editora, 2002.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. **Direito de Marcas; abordagem das marcas notórias na lei 9.279/1996 e nos acordos internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MUNIZ, Eloá. **Publicidade e Propaganda – Origens Históricas**. Disponível em: [www.eloamuniz.com.br](http://www.eloamuniz.com.br). Acesso em: 16 de março de 2010.

NEVES, Ricardo José. **Vade Mecum da Comunicação Social**. São Paulo: Rideel, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor: com Exercícios**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Compre Bem: Manual de Compras e Garantias do Consumidor**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade Comercial: Proteção e Limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência: Panorama no Brasil e no Mundo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de Defesa do Consumidor: Anotado e Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Marcel Thiago de. **Concorrência Lícita - Publicidade Comparativa Não Denigre Marca Alheia**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-nov-05/publicidade\\_comparativa\\_ao\\_denigre\\_marca\\_alheia](http://www.conjur.com.br/2007-nov-05/publicidade_comparativa_ao_denigre_marca_alheia)>. Acesso em: 18 de março de 2010.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência Desleal por meio da Publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PESSÔA, Eduardo. **Introdução ao Direito para a Área de Comunicação**. Rio de Janeiro: Editora Idéia Jurídica, 2002.

PINHO, José Benedito. **Propaganda Institucional: Usos e Funções da Propaganda em Relações Públicas**. São Paulo: Summus, 1990.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Interesses Difusos, Qualidade da Comunicação e Controle Judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **A Oferta no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

ROCHA, Valdir. COELHO, Daniele Maia Teixeira. **A Publicidade Comparativa no Brasil**. Disponível em:

<<http://www.valdirrocha.com.br/pdfs/Publicidade%20Comparativa%20Gala.doc>>.  
Acesso em: 22 de março de 2010.

RIOS, Josué. **Guia dos Seus Direitos: Tudo o que você precisa saber para exercer sua cidadania**. 12ª edição. São Paulo: Editora Globo, 2002.

RUSSOMANNO, Celso. **Você Merece o Melhor: O Guia do Consumidor**. São Paulo: Editora Gente, 2002.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: Teoria, Técnica e Prática**. 7ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing: uma Abordagem Jurídica do Marketing Empresarial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Ozéias J. **Marcas e Patentes, Propriedade Industrial**. São Paulo: Interlex Informações Jurídicas Ltda., 2001.

SANTOS, Reinaldo. **Vade-mécum da Comunicação**. 13 edição revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Destaque, 2003.

SCHNEIDER, Ari. **CONAR 25 Anos – Ética na Prática**. São Paulo: Editora Terceiro Nome/Albatroz, 2005.

SCHULTZ, Roberto. **O Publicitário Legal: alguns toques, sem juridiquês, sobre o Direito da Publicidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

SCUDELER, Marcelo Augusto. **Patentes e a Função Social da Propriedade Industrial**. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito realizado na cidade de Fortaleza (CE).

\_\_\_\_\_. **Do Direito das Marcas e da Propriedade Industrial**. Campinas (SP): Servanda Editora, 2008.

SEVERIANO, Maria de Fátima Vieira. **Narcisismo e Publicidade: uma análise psicossocial dos ideais de consumo na contemporaneidade**. São Paulo: Annablume, 2001.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **O Direito do Consumidor e a Publicidade**. São Paulo: MP Editora, 2008.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **Práticas Mercantis no Direito do Consumidor**. Curitiba (PR): Editora Juruá, 1999.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses Difusos e Coletivos: Estatuto da Criança e do Adolescente, Consumidor, meio Ambiente, Improbidade Administrativa, Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. 4ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

STRENGER, Irineu. **Marcas e Patentes: Análise Sucinta da Lei n/. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VILLARES, Fábio (org.). **Propriedade Intelectual – Tensões entre o Capital e a Indústria**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.