

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

ISABELA ESHER CASTRO BARBOSA

**OS LIMITES DA PUBLICIDADE COMPARATIVA SOB O PRISMA DA
CONCORRÊNCIA DESLEAL**

São Paulo
2019

ISABELA ESHER CASTRO BARBOSA

OS LIMITES DA PUBLICIDADE COMPARATIVA SOB O PRISMA DA
CONCORRÊNCIA DESLEAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentando à Faculdade de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie
como requisito parcial para obtenção de
grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Eduardo Altomare
Ariente

São Paulo
2019

ISABELA ESHER CASTRO BARBOSA

OS LIMITES DA PUBLICIDADE COMPARATIVA SOB O PRISMA DA
CONCORRÊNCIA DESLEAL

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentando à Faculdade de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie
como requisito parcial para obtenção de
grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Examinador: Prof. Dr. Eduardo Altomare Ariento

Examinadora: Prof. Dra. Geisa de Assis Rodrigues

Examinador: Prof. Dr. Pedro Buck Avelino

São Paulo
2019

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise da veiculação de publicidades comparativas no Brasil, conceituando este modelo publicitário e apresentando o tratamento legal desta no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, serão apresentadas e analisadas as vantagens e desvantagens da utilização deste método publicitário, tanto sob a visão do veiculador quanto de seus concorrentes e consumidores. Busca-se, também, esclarecer quais os limites da publicidade comparativa com a concorrência desleal, de modo a investigar quais condutas praticadas em relação a este método que são entendidas como ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, serão estudados casos concretos que envolvam a questão, de modo a observar como se dá o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a controvérsia. O método utilizado para a pesquisa será o dedutivo, com apresentação de pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: publicidade comparativa; concorrência desleal.

ABSTRACT

The current study aims to analyze the propagation of comparative advertising in Brazil, in order to conceptualize this type of advertising and present the corresponding legal treatment for this matter on Brazilian's legal order. For that matter, it shall be presented and analyzed the advantages and disadvantages of the use of this advertising method, either under the vision of the advertising producer, and his competitors and consumers. Hereafter, it is expected to clarify the legal limits of the comparative advertising related to the unfair competition, in order to investigate which conducts can be qualified as illicit under the legal order. Finally, it will be studied concrete cases involving this matter, in order to observe the Superior Court's position related to this controversial issue. This study is deductive, and it will be used the method of legal doctrine and jurisprudence researches.

Key-words: comparative advertising; unfair competition.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à minha mãe, Luciana Notario Esher, exemplo de mulher, mãe e profissional, que desde minha infância enfrentou diversos obstáculos para proporcionar uma vida incrível a mim e aos meus irmãos. Cada conquista que eu tiver ao decorrer da vida será sempre em razão do amor e oportunidades que ela me concedeu.

Agradeço também aos meus avós, Maria Erminda Notario Esher e Ricardo Esher, os quais considero pais e sempre estiveram ao meu lado, me ensinando desde pequena a maior lição de vida que existe: amar ao próximo.

Aos meus irmãos, Rodrigo Castro Barbosa e Henrique Castro Barbosa, os quais admiro imensamente por sempre lutarem pelo o que acreditam e sempre torcerei pelo sucesso. Também ao meu irmão canino, Boris, que sempre me acompanhou nas longas e árduas horas de estudo durante a graduação.

Aos amigos que me presentearam com seu companheirismo, amor e lealdade, os quais tive o prazer de cultivar dentro e fora dos tijolos vermelhos da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie nos últimos 5 anos, especialmente aos caros Arthur Camargo, Breno Cavalheiro, Camila Figueira, Carolina Naves, Gabriela Calderon, Isabela Lira, Lígia Godoy, Luciana Marquete, Marília Faria, Marina Amaral, Nathalia Boucinhas e Pietro Petrone.

Por fim, agradeço às minhas amigas Juliana Ferreira e Maria Luiza Carillo, que nunca deixaram de me apoiar ao longo desta trajetória e considero como irmãos de vida.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. REGULAMENTO DA PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	10
2.1 A proteção da publicidade no âmbito constitucional.....	10
2.2 A proteção da publicidade no Código de Defesa do Consumidor.....	15
2.3 Direito econômico e concorrencial e publicidade.....	17
3. PUBLICIDADE COMPARATIVA.....	22
3.1 Conceito e elementos da publicidade comparativa.....	22
3.2 Vantagens da publicidade comparativa.....	26
3.3 Desvantagens da publicidade comparativa.....	29
3.3 Concorrência desleal.....	32
4. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS QUE VERSEM SOBRE PUBLICIDADE COMPARATIVA E CONCORRÊNCIA DESLEAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	36
4.1 Recurso Especial n.º 1.377.911/SP – Danone Ltda. X Dairy Partners Americas Brasil Ltda. (“Nestlé”).....	37
4.2 Recurso Especial n.º 1.676.750/SP – General Motors do Brasil Ltda X Lew Lara Tbwa Publicidade e Nissan Do Brasil Automóveis Ltda.....	40
4.3 Recurso Especial n.º 1.668.550/Rj – The Gillette Company, Procter & Gamble Do Brasil S.A. e The Procter & Gamble Company X Spectrum Brands Brasil Indústria e Comércio De Bens De Consumo Ltda.....	42
4.4 Considerações acerca dos casos práticos.....	44
5. CONCLUSÃO.....	46
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

Com base em registros existentes desde o Império Babilônico, como no Código de Hamurabi, as relações de consumo estão presentes na vida do homem desde seus primórdios, havendo há milênios a necessidade de criação de normas que regulem a relação comercial existente nas sociedades.

Inicialmente criado com o intuito de facilitar e administrar a troca de itens essenciais para suprir as necessidades dos seres humanos, os comércios foram, cada vez mais, se desenvolvendo no sentido de gerar lucros, e a ideia de aquisição passou a ser sinônimo de poder e superioridade para muitas sociedades no decorrer da história.

Assim, no fim da Segunda Revolução Industrial, com o aprimoramento das tecnologias, a concentração de renda entre a minoria das pessoas e o crescimento da industrialização na Europa, a propagação de publicidades que vendiam não somente produtos, mas ideias para a população ganhou força perante a sociedade consumerista¹.

Deste modo, propagandas e anúncios deixaram de vender apenas o produto objeto da publicidade, mas passaram a vender toda a ideia e imagem traçada por trás do mero produto, passando assim a influenciar diretamente a ideologia de seu público alvo.

No entanto, além do grande crescimento do número de marcas e opções de produtos disponíveis para os consumidores nas últimas décadas (o que abalou diretamente o monopólio de determinadas empresas e marcas em determinados segmentos mercadológicos, como costumava ocorrer antigamente), com a evolução tecnológica das últimas décadas, o consumidor possui um acesso mais rápido e acessível à diversas opções de produtos e serviços que lhe estão disponíveis para consumo.

Deste modo, a simples venda dos produtos e serviços protegidos por determinadas marcas não seria mais suficiente para seus consumidores, uma vez que qualquer um conseguiria ter acesso às informações do produto que estavam

¹ VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. *A publicidade comparativa no direito brasileiro*. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual: Rio de Janeiro, 2015. p. 03.

consumindo, bem como o de seus concorrentes. Passou a tornar-se necessário para a sobrevivência e destaque das marcas no mercado a apresentação de um diferencial, de uma imagem e um conceito por trás do produto que comprovasse ao consumidor que ele deveria escolher esta marca para seu usufruto.

Nesse sentido, foram criados e explorados diversos métodos para atrair o consumidor e até mesmo o induzi-lo a seguir determinada ideologia não só de consumo mas de vida por meio da veiculação de uma simples publicidade.

Um dos métodos que vêm sendo utilizado em determinadas publicidades nos últimos anos é o comparativo, no qual, ao lado do produto do anunciante, são colocados produtos de seus concorrentes, de modo a serem apresentadas as características de cada um ao consumidor, o qual terá o livre arbítrio de escolher o produto de sua preferência a partir do resultado das comparações.

Em questão relacionada, a própria Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279 de 1996) dispõe acerca da proibição de reprodução de marca pertencente a outrem². No entanto, a grande polêmica envolvendo a publicidade comparativa é ausência de reprodução, mas tão somente a referência de marca de terceiro (sendo esta implícita ou explícita) neste método de publicidade.

Assim, por meio deste estudo, busca-se delimitar o conceito de publicidade comparativa, bem como expor as leis e normas que versem sobre a questão no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a analisar a possibilidade de veiculação deste método publicitário sem que haja violação aos direitos marcarios de terceiros, e conseqüentemente configurando concorrência desleal.

Neste sentido, parte-se da hipótese que a veiculação de publicidades comparativas, desde que elaboradas de modo fiel aos dados das marcas comparadas, é favorável ao consumidor, uma vez que facilita a veiculação e transparência de informações sobre os produtos comparados. Dentre os maiores

² “Art. 191. Reproduzir ou imitar, de modo que possa induzir em erro ou confusão, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos.” (LEI DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – LEI N.º 9.279 (1996), Título III – Das Marcas, Capítulo IV – Dos crimes cometidos por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda.)

beneficiados, estão pequenos empresários, uma vez que se equiparam aos grandes produtores e, assim, possuem maior visibilidade e alcance dos consumidores.

No entanto, ao mesmo tempo em que a publicidade comparativa pode ser composta da simples apresentação de informações de diversos produtos, a forma como tais dados são apresentados para o público consumidor pode configurar concorrência desleal, não apenas ludibriando o público alvo, mas também denegrindo a marca e o produto concorrente.

Em relação aos instrumentos de pesquisa utilizados, inicialmente será utilizado o método documental, com base em legislações, doutrinas e artigos que versem tema central do estudo e, em um segundo momento, parte do trabalho será dedicado à análise jurisprudencial de precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Deste modo, o presente trabalho busca apresentar os lados favoráveis e contrários à veiculação de publicidades comparativas, bem como elencar quais elementos são passíveis de gerar a concorrência desleal no âmbito publicitário, e analisar situações concretas que foram julgadas pelo STJ e versam sobre a questão. Por fim, busca-se esclarecer os limites da utilização deste método publicitário, sem que haja prejuízo ao mercado e aos consumidores.

2 REGULAMENTO DA PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 A PROTEÇÃO DA PUBLICIDADE NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

Antes de adentrarmos o tema da regulamentação da publicidade na Constituição Federal e demais normas infraconstitucionais, é necessário esclarecer os conceitos de publicidade e propaganda que, apesar de em determinadas doutrinas e leis serem apresentadas como sinônimos³, possuem classificações distintas que não devem ser confundidas.

Apesar de ambas possuírem como função principal a transmissão de informações ao público consumidor, o uso do termo “*propaganda*” possui, em regra, uma conotação ideológica⁴, sendo este veículo de propagação de ideias, conceitos e criações no âmbito de inovação e influência direta ao receptor.

Já o conceito de publicidade possui objetivo comercial⁵. Assim, pode ser relacionado, principalmente, à propagação de informações acerca do produto – sendo usualmente atreladas à mera composição, características e função deste –, de modo a diferenciá-lo dos produtos de seus concorrentes e aumentar seu valor e reconhecimento perante o mercado⁶.

Salienta-se desde já que, apesar da própria Constituição entender ambos os termos como sinônimos, o escopo do presente trabalho é analisar a relação da publicidade em seu sentido comercial e informativo, especificamente por meio de seu método comparativo.

Assim, uma vez que definidos os conceitos elementares de publicidade e propaganda, será a seguir estudado a proteção da publicidade no ordenamento jurídico brasileiro.

³ RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 418-419.

⁴ BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscor. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 229

⁵ BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscor. *Idem*.

⁶ SANT'ANNA, Armando; ROCHA JÚNIOR, Ismael; GARCIA, Luiz Fernando Dabul. *Propaganda: teoria, técnica e prática*. 8ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 60.

A Constituição Federal da República de 1988, em seu artigo 5º, trata dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro, isto é, os direitos básicos individuais, sociais e políticos de cada um.

Dentre os direitos preservados pela Constituição, está a liberdade de expressão, conforme inciso IX do artigo 5º:

“IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

Assim, entende-se por liberdade de expressão a livre manifestação de pensamento, ideia e opinião de cada cidadão, de modo que não se faz por necessário uma prova quanto à sua veracidade. Isto é, uma vez que se trata de mero juízo de valor individual de cada um, este prescinde de qualquer fato concreto e preciso para que seja manifestado.

Importante salientar, também, que a liberdade de expressão encontra limites dentro do ordenamento jurídico, de modo que nenhum direito fundamental é absoluto e encontram limites uns nos outros⁷, devendo assim conviver em harmonia perante estes. Isto é, embora exista uma liberdade na expressão de cada um, esta não pode ser utilizada para manifestação de atividades ilícitas e incompatíveis com demais direitos protegidos na Constituição⁸.

No entanto, conforme elucidado anteriormente, a publicidade possui como principal característica a propagação de informações, e não somente de ideias (a qual, na realidade, é transmitida por meio da publicidade), motivo pelo qual o seu âmbito de proteção engloba, também, a chamada liberdade de comunicação.

Exposta no Capítulo V, “Da Comunicação Social”, o conceito de liberdade de comunicação concerne ao conjunto de direitos que proporcionam a expressão e difusão do pensamento e da informação⁹.

⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Limites à liberdade de expressão*. Florianópolis: Revista Espaço Jurídico, v. 11. nº 2, p. 374-401, jul./dez. 2010. p. 382.

⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 279

⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade da norma constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 247

Assim, ao tratarmos de um anúncio publicitário, evidente que este deve ser protegido em ambas classificações acima expostas: liberdade de expressão e comunicação, devendo estes sempre respeitar os limites impostos pelos direitos fundamentais.

Isto porque, ao mesmo tempo que deve ser protegido no âmbito ideológico e criativo (podendo inclusive estar relacionado ao direito autoral de seu criador), o anúncio publicitário também transmite informações que não podem ferir direitos de outros, ainda que seus concorrentes.

No mais, ainda que amparados pela liberdade de expressão, não se deve deixar de lado a finalidade lucrativa da veiculação de uma publicidade, que busca a promoção e venda do produto e/ou serviço divulgado, de modo a auferir lucros para o criador.

Ademais, uma vez que a publicidade, em regra, possui objetivo comercial, é necessário analisá-la sob a perspectiva da livre concorrência na ordem econômica, protegida na Constituição Federal em seu artigo 170 e seguintes¹⁰.

A livre concorrência se configura como um dos princípios da livre iniciativa, esta caracterizada como a liberdade do empresário de poder ingressar no mercado para exercer atividade comercial.

Nesse sentido, a livre concorrência é designada como princípio que rege a atuação de empresários no âmbito comercial, de modo que permite a utilização de todos os recursos possíveis – desde que lícitos – para fortalecer e expandir sua atividade econômica.

Sobre o tema, discorre Marco Antônio Marcondes Pereira:

¹⁰ “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;”

(CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988), Título VII – Da ordem econômica e financeira, Capítulo I – Dos princípios gerais da atividade econômica)

“Vale considerar, então, a livre iniciativa atrelada à noção de valor social a ser buscado pelo respeito a outros princípios enumerados no art. 170 da Constituição Federal: a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

A publicidade como atividade econômica exercida por todos os órgãos de comunicação e profissionais envolvidos na sua manifestação não pode ser controlada a ponto de torná-la proibida, pois tal implicaria na violação a regra de liberdade de atividade empresária, da autonomia privada e do trabalho.

Limitações à publicidade, por sua vez, têm como fundo justificador a proteção de direitos fundamentais outros como, por exemplo, a proteção do consumidor, a proteção da criança e do adolescente, ou a proteção ao meio ambiente e ao urbanismo. Restrições de cunho administrativo que correspondam às exigências do interesse público, sem o aniquilamento das atividades reguladas, são reconhecidas na jurisprudência.”¹¹

No entanto, ao discorrer acerca de publicidade, é necessário determinar os limites da livre concorrência abordada pelos anúncios.

Ao mesmo tempo que o publicitário pode se utilizar de artefatos lícitos que favoreçam e destaquem as características principais de seu produto e/ou serviço perante o público consumidor, a forma como estes são apresentados, caso minimamente distorcidas, podem gerar diferentes interpretações perante o público consumidor e o mercado em si, causando danos irreversíveis aos seus concorrentes.

Assim, pode-se entender que o princípio da livre concorrência, no que tange ao direito de publicidade, encontra limites na medida que é configurada a concorrência desleal, conceito a ser explorado nos próximos capítulos. Deste modo, o criador da publicidade não poderá se acobertar do argumento de que pode utilizar de todos os meios possíveis para veicular um anúncio, uma vez que vedadas atitudes passíveis de causar quaisquer danos aos seus concorrentes.

Outrossim, outro princípio elencado no artigo 170 da Constituição Federal em seu inciso V, é a defesa do consumidor, de modo a reequilibrar a relação desigual entre os indivíduos consumidores com os produtores e fornecedores, devendo assim

¹¹ PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. *Publicidade Comparativa*. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 97,

o Estado intervir e promover a equidade nessa relação, a que se dá por meio de criação de novas normas de regularização.

Ademais, tratando especificamente da publicidade comparativa, é importante destacar que, ainda que as informações e características de cada produto que forem apresentadas no anúncio sejam verídicas, este modelo de veiculação de informações pode ser produzido de forma muito agressiva, uma vez que coloca o consumidor frente à escolha direta entre uma marca “X” ou “Y”.

Nesse sentido, aos que entendem que a publicidade comparativa constitui uma fórmula para concorrência desleal – uma vez que supostamente se utiliza de meios ardilosos de causar danos aos seus competidores, violando direitos alheios e transmitindo informações distorcidas e nem sempre verdadeiras dos produtos e/ou serviços comparados –, este modelo de veiculação de publicidade é classificado como inconstitucional. Tal posicionamento é justificado diante da violação a proteção aos direitos de liberdade de comunicação, bem como ao princípio da livre concorrência.

No entanto, neste estudo será levado em consideração a outra vertente, a qual determina que a veiculação de publicidade comparativa é um mecanismo lícito de abordagem e atração de consumidores, de modo que a comparação e análise dos produtos é feita (ou ao menos deveria ser) mediante a apresentação de fatos concretos e contextualizados de cada um dos produtos e/ou serviços, de modo que cabe ao consumidor, após a análise de todos esses fatores, optar pela marca de sua preferência.

Assim, partindo do pressuposto que a publicidade comparativa é um instrumento que possui como objetivo principal a proteção e informação do consumidor, esta encontra amparo na Constituição Federal, especificamente no que tange ao princípio da livre iniciativa e livre concorrência, bem como na proteção do direito fundamental da liberdade de comunicação.

Destarte, conforme explorado anteriormente, apesar de haver previsões constitucionais que amparam a produção de publicidades, estas não se mostram suficientes para regularizá-las, motivo pelo qual se mostrou necessária a elaboração de normas infraconstitucionais para proteger os consumidores.

2.2 A PUBLICIDADE E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Conforme indicado anteriormente, o direito do consumidor é não somente um direito fundamental previsto no artigo 5º, XXXII da Constituição Federal, mas também sua proteção é um princípio que rege a livre iniciativa e ordem econômica (artigo 170, inciso V da Constituição Federal).

Assim, de modo a atender o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a qual prevê que “*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*”, foi criada a Lei n.º 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor.

Conforme explorado anteriormente, sendo a publicidade uma técnica de comunicação em massa que possui como objetivo a veiculação de informações de produtos e/ou serviços, de modo a induzir o consumidor a adquiri-lo, coube ao CDC determinar parâmetros básicos para tal prática ocorra sem prejudicar o consumidor, vedando assim a veiculação de publicidades enganosas ou abusivas¹².

Destarte, o Código de Direito do Consumidor é expresso ao determinar as condições essenciais para veiculação de uma publicidade: devendo esta ser de fácil identificação como publicidade perante os consumidores, e os dados e informações nela veiculados devem ser verídicas.

¹² Coódigo de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990)

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

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

§ 4º (Vetado).

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Acerca do tema, discorre Marco Antônio Marcondes Pereira:

“A publicidade deve atentar para o princípio da veracidade não se socorrendo de afirmações duvidosas pela construção de frases, imagens e sons, que sirvam para induzir o consumidor a adquirir uma coisa supondo ser outra, ou mesmo contratar serviços diversos do que fora anunciado. Logo, proíbem-se afirmações que venham enganar o público, influenciando-o além dos limites convencionais da publicidade e auferindo ganhos concorrenciais indevidos com base em erro dos consumidores.

(...)

O princípio da identificação foi acolhido expressamente no Código de Defesa do Consumidor (art 36, *caput*, CDC). O anúncio deve ser divulgado e deve apresentar-se como tal, oferecendo ao destinatário a consciência inequívoca de que se encontra diante de uma manifestação publicitária e com clareza em seu conteúdo.

Em qualquer forma ou meio de veiculação, deve ser identificado o anunciante, pela marca ou produto de forma imediata. Em outras palavras, a publicidade deve ser ostensiva e autêntica, sem subterfúgios no tocante à qualidade do caráter publicitário. Não se permite, por isso, a elaboração de peça publicitária sob a forma camuflada em reportagens em jornais, revistas, rádio e televisão. O *merchandising*, se não vier precedido de aviso do anunciante em programas de televisão, deve ser considerado como publicidade clandestina, mas o *teaser* – mensagens que visam criar expectativa ou curiosidade, sobretudo em torno de produtos a serem lançados – não ofende o princípio da identificação”.¹³

Nesse sentido, em consonância com os princípios elencados, o CDC trata expressamente da publicidade enganosa ou abusiva, de modo a proibir estes modelos de veiculação de publicidade, uma vez que claramente prejudiciais ao consumidor.

Enquanto a publicidade enganosa é qualificada como capaz de induzir o consumidor ao erro por meio da apresentação de dados e características falsas do produto ou serviço anunciado, a publicidade abusiva é caracterizada ao induzir o consumidor à ideais de discriminação por qualquer natureza (gênero, cor, origem, raça), ou no caso de promover violência, isto é, de modo que influencia o consumidor a agir de forma que cause qualquer tipo de prejuízo ou perigo à si ou outrem¹⁴.

Assim, de modo a evitar a produção e veiculação deste tipo de publicidade, o Código inclusive prevê sanções no âmbito penal aos que fizerem ou promoverem

¹³ PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. *Publicidade Comparativa*. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 104.

¹⁴ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 101 e p. 175-176.

publicidades enganosas ou abusivas, sendo aplicada detenção de três meses a um ano e multa (artigo 67 do CDC¹⁵), bem como detenção de seis meses a dois anos e multa (artigo 68¹⁶), respectivamente.

No entanto, adentrando o tema central deste estudo, não há previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor acerca de publicidade comparativa. Assim, não é possível analisá-la exclusivamente sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, devendo a estudar conjuntamente com a autorregulamentação do órgão competente para tanto, qual seja o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

O CONAR é uma organização não governamental criada no final dos anos 70, durante o período de Ditadura Militar no Brasil, em razão da eminente ameaça de sancionamento de lei que buscava aplicar uma censura prévia às propagandas. Assim, com o intuito de zelar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses tanto dos veiculadores de publicidades quanto dos consumidores, nasceu o CONAR, juntamente de seu Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária¹⁷.

Sendo o Código de Defesa do Consumidor omissivo em relação ao tema objeto desta pesquisa, o estudo deste Código autorregulamentado, especificamente do título que versa sobre a publicidade comparativa será realizado no próximo capítulo.

2.3 DIREITO ECONÔMICO E CONCORRENCIAL E PUBLICIDADE

Ao tratarmos de publicidade em seu sentido amplo, resta evidente que esta possui papel importante na movimentação e crescimento da economia de um país. Incentivando a concorrência – desde que respeitados os limites do livre comércio –, o investimento na produção e veiculação de publicidades promove a inovação dos

¹⁵ Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

¹⁶ Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:
Pena: Detenção de seis meses a dois anos e multa.

¹⁷ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *História: Contra a censura na publicidade*. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 15 de outubro de 2019.

produtos/serviços do mercado, expansão de empresas e traz diversos benefícios aos consumidores.

Nesse sentido, o impacto econômico das propagandas se estende desde o incentivo e movimentação financeira por meio da aquisição do produto pelos consumidores e estímulo às agências publicitárias, até o consequente investimento em melhorias e criações no segmento mercadológico, que necessita de contínua inovação e adaptação para se manter no mercado.

Ao tratar da influência da publicidade no âmbito de inovação, deve-se levar em consideração a divulgação do produto, marca e empresa, aumentando as chances de receber investimentos de terceiros, de modo a adaptar o produto e promover suas melhorias.

Além disso, a veiculação de propagandas estimula competidores a desenvolverem seus produtos, de modo a equipará-los ou superar a qualidade dos produtos que estão sendo comparados, os incentivando a produzir e evoluir tecnologicamente cada vez mais.

Destarte, a discussão acerca da concorrência entre empresas por meio de veiculação de publicidade é intrinsecamente relacionada à livre concorrência destas. Para tanto, é importante destacar que o conceito de livre concorrência não se mostra absoluto, encontrando limites principalmente quando a liberdade de concorrência e comunicação de uma empresa se usurpa da liberdade de outra, principalmente se for concorrente no mesmo mercado.

Ainda, ponto importante a ser considerado dentro desta questão é a veiculação de publicidade, os atos de concentração e o monopólio de mercado.

Os atos de concentração são caracterizados pela unificação do poder econômico em prol de uma ou mais empresas pertencentes ao mesmo segmento mercadológico¹⁸. Isto é, quando dois ou mais agentes econômicos unidos passam a deter uma notória vantagem econômica (lícita) sobre os demais concorrentes desse mesmo segmento mercadológico.

¹⁸ OLIVEIRA, Marco Antonio. *Uma análise das concentrações de empresas sob o fator da marca*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual nº 140, 2016. p. 07.

A mera existência dos atos de concentração não necessariamente gerará prejuízos à alguma das partes da relação econômica (seja as empresas competidoras, os consumidores ou o mercado como um todo). Muito pelo contrário, os atos de concentração podem gerar diversos efeitos positivos, podendo mencionar à título de exemplificação a inovação, o aumento na capacidade de produção, diminuição de riscos empresariais e a expansão territorial¹⁹.

No entanto, há uma linha tênue entre a existência de atos de concentração e a conversão destes em um monopólio de mercado.

Explica-se. A partir do momento que duas ou mais empresas possuem mais reconhecimento no mercado, ainda que conquistado por meio de condutas lícitas, esta posição dominante pode facilmente ser convertida em atos de restrição à livre iniciativa e livre concorrência, bem como de abuso de poder em relação aos demais concorrentes.

Na hipótese de conversão destes atos de concentração em condutas abusivas, pode-se ter como principal efeito a criação de barreiras à entrada de novas empresas neste segmento. Por exemplo, sendo uma empresa “X” líder e detentora de grande parcela de mercado, uma outra empresa menor e com um alcance mais restrito aos clientes neste segmento acaba implicitamente sendo inibida de entrar em uma posição igualitária às demais concorrentes de maior porte e reconhecimento.

Nestas situações, uma vez que existentes tais barreiras, os concorrentes e os consumidores podem sofrer danos gravíssimos, uma vez que passa a existir certa liberdade para o agente econômico líder (ou até mesmo monopolista) do mercado agir exclusivamente de acordo com seu interesse, sem precisar se preocupar com quaisquer efeitos no mercado, uma vez que estaria consolidado e estável o suficiente para não sofrer danos em razão da competitividade de terceiros.

Os efeitos práticos que tais condutas podem gerar são o aumento exacerbado de preços e a estagnação ou até mesmo queda dos avanços tecnológicos, o que causaria danos principalmente aos consumidores, parte da relação econômica que

¹⁹ OLIVEIRA, Marco Antonio. *Uma análise das concentrações de empresas sob o fator da marca*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual nº 140, 2016. p. 07.

em teoria deveria sempre ser favorecido e protegido. Essa situação, conforme entendimentos de Calixto Salomão Filho, poderiam levar o mercado à ineficiência econômica²⁰.

Nesse sentido, importante esclarecer que a simples conduta concorrencial com efeitos na liderança discrepante de determinadas empresas no mercado não necessariamente deve ser repudiada, uma vez que não se poderia punir um agente econômico por seu sucesso decorrente de prática competitiva leal e eficiente²¹. O que se repudia aqui é a conquista de prestígio e valorização no mercado por meio de condutas ilícitas e desleais.

Em consonância com o acima disposto, conclui-se que a utilização de publicidades, desde que lícitas e ausentes de caráter abusivo ou enganoso, é um instrumento que pode gerar a notoriedade e liderança de determinadas marcas no mercado sem que traga prejuízos aos seus concorrentes.

Ainda, tratando especificamente da publicidade comparativa, objeto deste estudo, há uma vertente que defende que esta não somente preserva a concorrência, mas também favorece os consumidores, os provendo com mais informações acerca dos produtos e serviços a serem adquiridos.

Nesse sentido, disserta Luiz Guilherme Veiga Valente:

“Trata-se de uma relação de via dupla: a comparação fornece mais informações, propiciando a concorrência, que, por sua vez, faz que haja mais opções e mais informações disponíveis ao consumidor, o qual pode, então, adquirir produtos que maximizem sua satisfação”²².

No mais, em sentido favorável à veiculação de publicidade comparativa, entende-se que esta seria uma forma de driblar a barreira imposta pelos líderes no mercado. Marcas menores, por meio deste método publicitário, podem ser fortemente beneficiadas, uma vez que ao compararem seus produtos com o de

²⁰ “(...) Mais do que a restrição à liberdade de concorrência, há, nesses casos, uma restrição de liberdade de iniciativa, objeto de tutela primária do direito concorrencial brasileiro. Por outro lado, inexistente a possibilidade de entrada de concorrentes, o agente econômico pode exercer livremente seu poder monopolista sobre os consumidores. (...) Não havendo sequer incentivo para divisão com os consumidores de qualquer ganho de eficiência” (FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 164)

²¹ OLIVEIRA, Marco Antonio. *Uma análise das concentrações de empresas sob o fator da marca*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual nº 140, 2016. p. 07

²² VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. *A Publicidade Comparativa no Direito Brasileiro*. Revista da ABPI: 2015, p. 4.

concorrentes líderes no mercado, se propõe a comparar exclusivamente as características de cada um destes, independentemente da marca e renome que protege seu concorrente. Isto é, por meio da publicidade comparativa, as marcas de menor projeção se colocam em posição de igualdade às marcas líderes do mercado.

Além de empresas e marcas de menor reconhecimento mercadológico, os consumidores também são beneficiados, pois ao citar marca já reconhecida no mercado, a publicidade acaba chamando a atenção do consumidor para novas marcas, expandindo sua cartela de opções, e acabam também o ajudando a situar o produto em sua devida categoria.

Destarte, a publicidade no seu sentido comparativo e concorrencial, traz incentivos à movimentação da economia, de modo que estimula não somente produtores a inovarem e se desenvolverem cada vez mais em relação aos seus produtos e serviços, como também aos consumidores, que instigados pelas publicidades que os são direcionadas, adentram cada vez mais o mercado de consumo, de modo que conseqüentemente gera mais capital em cada setor.

No entanto, conforme será abordado nos próximos capítulos, a publicidade como um todo, especialmente em seu modelo comparativo, deve ser vista como um ato favorável ao consumidor e às empresas, desde que seja sempre respeitado os limites da concorrência leal.

3 PUBLICIDADE COMPARATIVA

3.1 CONCEITO E ELEMENTOS DA PUBLICIDADE COMPARATIVA

O desenvolvimento da publicidade e propaganda se deu no Século XX, com o grande aumento na expansão de consumo e da comunicação em massa²³.

Com o aumento no número de marcas relacionadas à uma mesma espécie de produtos, tornou-se frequente o investimento dos empresários em publicidades que comprovassem para seu público consumidor que o seu produto era o melhor deste segmento, sendo digno de, perante diversas opções de concorrentes, o consumidor optar por comprar aquele produto específico.

Nesse sentido, surge a importância do investimento em publicidade, que pode ser realizada por diversos métodos como, por exemplo, a publicidade comparativa, objeto do presente estudo.

A publicidade comparativa é caracterizada basicamente pela apresentação de marca específica junto às demais marcas que integram seu nicho competitivo, de modo que, contrapostas entre si perante o público consumidor, são apontadas suas características no intuito de destacar e exaltar uma delas.

Em outras palavras, a publicidade comparativa, como seu próprio nome indica, é a comparação entre produtos ou serviços que competem no mesmo mercado, pormenorizando suas características e as apresentando lado a lado ao consumidor, de modo que este, analisando as particularidade de cada um, opte pela marca que julgar ser a melhor.

Neste sentido, dispõe Marco Antonio Marcondes Ferreira:

“A estratégia dessa publicidade é apresentar os produtos e serviços do anunciante e compará-los com os da concorrência. Comparar significa examinar simultaneamente duas ou mais coisas, para lhes determinar semelhança, diferença ou relação. É também confrontar, cotejar. Há referência conjunta dos produtos e serviços próprios e alheios numa mesma peça publicitária, com o fim de estabelecer

²³ SANTOS JÚNIOR, Aldo Batista dos. O Uso de Marca Registrada Alheia na Publicidade Comparativa. 2010. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Comunicação e Cultura, Universidade de Sorocaba, SP, 2010. p. 15.

semelhança com os bens do concorrente para se aproveitar da boa fama desse, ou para se colocar em afirmação de superioridade ou vantagem em relação ao concorrente comparado.”²⁴

A discussão acerca da licitude do uso de publicidade comparativa é um debate fomentado há décadas em diversos países. Tendo os primeiros registros de utilização deste método de publicidade ocorrido nos Estados Unidos na década de 1930, com o desenvolvimento da indústria automobilística²⁵, hodiernamente este modelo de publicidade é lícito não somente em solo americano, como também no Canadá, Reino Unido, Portugal, Espanha, França e Brasil.

Em nosso país, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR dispõe uma seção específica para tratar da publicidade comparativa²⁶.

Assim, resta evidente que, apesar de permitida a utilização do método comparativo na propagação de publicidades brasileira, é necessário observar as condições definidas para tanto.

Nesse sentido, entende-se existir duas formas clássicas de realização de publicidade comparativa: explícita e implícita.

A publicidade comparativa realizada de forma explícita, o confronto entre os produtos e suas características é direto e claro. Assim, o anunciante aponta a marca do concorrente explicitamente, como o próprio nome já indica, não restando

²⁴ PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. *Publicidade Comparativa*. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 120.

²⁵ BARRIO, Salvador. *Publicidade comparativa: situación actual y análisis*. p. 23-24 APUD PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Publicidade Comparativa*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 126.

²⁶ SEÇÃO 7 – Propaganda Comparativa

Artigo 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:

- a. Seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
- b. Tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o consumidor;
- c. A comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;
- d. Em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
- e. Não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;
- f. Não se caracterize concorrência desleal, depreciação à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
- g. Não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;
- h. Quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio.

qualquer dúvida ao consumidor sobre quais marcas e empresas estão sendo mencionadas.

Um exemplo na jurisprudência desta forma de publicidade comparativa foi o famoso caso Danone x Nestlé²⁷, situação a qual a Nestlé, fabricante do iogurte “Nesvita”, veiculou propaganda comparando seu então novo produto lançado no mercado de laticínios com o clássico iogurte “Activia”, produto comercializado pela Danone.

A Danone ingressou com demanda judicial requerendo que a concorrente deixasse de utilizar sua marca, além de requerer o pagamento de indenização por perdas e danos pela Nestlé. A 4ª Turma do STJ manteve a decisão de segunda instância no sentido de concluir que a publicidade comparativa, na forma utilizada neste caso, não denegriu a imagem da Danone, uma vez que foram indicadas características verídicas de cada um dos produtos sem que houvesse qualquer prejuízo ou perigo de confusão entre as marcas perante o mercado consumidor.

Em contramão, existe também a realização de publicidade comparativa de modo implícito, caracterizada pela comparação entre a marca anunciada com outra marca que não é mencionada, porém os demais elementos constituídos na publicidade podem levar o consumidor a associar qual marca está sendo comparada com a do anunciante.²⁸

Caso famoso desta modalidade de publicidade comparativa implícita foi a propaganda veiculada pela cervejaria Brahma em 2004, a qual contava com a participação do artista Zeca Pagodinho cantando música com refrão “*fui provar outro sabor, eu sei. Mas não largo meu amor, volte!*”. A música faz clara alusão à competidora da Brahma, a cerveja Nova-Schin, a qual no ano anterior veiculou propagandas que possuíam o mesmo cantor como “garoto propaganda”.

Assim, por mais que a anunciante não tenha feito menção direta à marca Nova-Schin, o público consumidor de cervejas e bebidas alcólicas facilmente

²⁷ Recurso Especial 1.377.911/SP. 4ª Turma. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Julgado em 19/12/2014.

²⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. 2013, pg. 265.

associou o conjunto da imagem do cantor e do refrão musical à publicidade que havia sido veiculada no ano anterior pela concorrente.

No entanto, ao analisar o disposto no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária em seu artigo 31, alínea a, o CONAR determina a objetividade da publicidade comparativa. Assim, pode-se entender que a veiculação deste método de publicidade em sua forma implícita estaria em desacordo com o CBAP.

Isto porque, uma vez que a publicidade comparativa implícita não menciona de forma direta sequer a marca concorrente e muito menos o produto a ser confrontado, é evidente a ausência de objetividade desta.

Ademais, além da objetividade da publicidade comparativa, a alínea c do artigo 32 do CBAP dispõe acerca da necessidade das informações e dados que forem expostas nestas publicidades serem comprováveis perante o mercado. Isto é, o anunciante deverá possuir dados concretos que comprovem a veracidade do que foi alegado na publicidade.

Como exemplo, uma publicidade que alegue que o refrigerante A é mais saboroso que o refrigerante B estaria em conflito com o CBAP, uma vez que tal alegação não é passível de ser comprovada. Ainda que o anunciante realize pesquisa de mercado e o resultado seja favorável ao refrigerante A, sabor é um conceito extremamente relativo e não é um dado concreto.

Assim, resta evidente que a escolha de elementos a serem usadas como base para a realização da comparação em publicidades é delicada, sendo legalmente mais seguro um anunciante optar pela escolha de elementos mais objetivos como embalagem, textura, composição, do que uma característica mais subjetiva, como gosto individual de cada um.

3.2 VANTAGENS DA PUBLICIDADE COMPARATIVA

A discussão acerca da licitude da publicidade comparativa é um assunto delicado que divide a doutrina. Assim, será demonstrado a seguir os argumentos favoráveis a preservação desta modalidade de publicidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes mesmo de adentrar os argumentos favoráveis a veiculação de publicidades comparativas, é importante salientar que, ao tratarmos desta questão, é necessário partir da presunção de que a veiculação deste modelo de propaganda deve ser realizado em respeito às características indicadas anteriormente, quais sejam a objetividade do anúncio, a comprovação dos dados expostos e, é claro, a vedação à concorrência desleal.

Neste sentido, produzida e veiculada de boa fé e em respeito ao previsto no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR, a utilização de publicidade comparativa pode ser positiva tanto para o consumidor quanto para o anunciante e, também, para o mercado.

Inicialmente, partindo do pressuposto de que são inúmeras as marcas presentes nos mais diversos segmentos mercadológicos, o consumidor encontra-se diante de uma vasta cartela de opções de produtos e serviços. Assim, a mera comparação feita pelo próprio consumidor entre as marcas que se depara pode gerar, de início, duas desvantagens a este: a demora ao analisá-los e a restrição de opções, uma vez geralmente apenas lhe são apresentadas as marcas que monopolizam o mercado.

Deste modo, a publicidade comparativa surge de modo a auxiliar o consumidor, apresentando de forma mais rápida e objetiva as marcas do mercado, porém deixando ao próprio consumidor o poder da escolha.

Isto é, na medida que a veiculação de informações pelo método comparativo amplia o conhecimento do público em relação aos produtos em serviços oferecidos

no mercado, conseqüentemente se aumenta o poder de escolha na hora da aquisição destes²⁹.

Nesse sentido, discorre Filippo Cinotti:

“A essência de propaganda comparativa é expressa pelo velho *slogan* ‘qualquer coisa que se faça eu posso fazer melhor’. Reconhece-se o direito de um anunciante de comparar seus produtos com os de seus concorrentes, a propaganda comparativa pode ser vista como um veículo de expressão que ajuda os consumidores a se informarem para o ato da compra. Esta posição é apoiada completamente pela Comissão de Comércio Federal que vê a propaganda comparativa como um impedimento efetivo contra preços de produtos crescentes, bem como valiosa ferramenta para promover competição, melhoria de produto, e modernização. Em recentes anos, a propaganda comparativa se tornou um negócio bilionário e desafiou os tribunais com assuntos legais novos, complexos relacionados aos direitos de consumidores, anunciantes e os competidores.”³⁰

No entanto, não se pode ignorar o fato de que, ainda que as características de diversas marcas estejam sendo expostas objetivamente, o anunciante pretende favorecer sua marca. Neste caso, importante reiterar que tais argumentos são favoráveis à veiculação deste método de publicidade, desde que esta tenha sido produzida e divulgada dentro das conformidades do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR, bem como do próprio Código de Defesa ao Consumidor.

Assim, entende-se totalmente admissível a veiculação de publicidade que, por exemplo, objective o realce de determinada característica de seu produto, ainda que sugerindo ser melhor neste âmbito que a marca a ser comparada, desde que não se utilize de meios ardis e ilícitos para tanto. Isto é, desde que não produza a publicidade de má fé e com o intuito de denegrir a marca comparada.

Destarte, a utilização do método comparativo para produção de publicidade visa primeiramente a proteção do próprio consumidor, apontando de forma objetiva e verídica os produtos ou serviços que integram determinado mercado.

²⁹ VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. *A publicidade comparativa no direito brasileiro*. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual: Rio de Janeiro, 2015. p. 05.

³⁰ CINOTTI, Filippo. *Fair use of comparative advertising under the 1995 Federal Dilution Act*. In *IDEA – The journal of law and technology*, v. 37, p. 133-160; p. 138. apud MARCONDES PEREIRA, 2014, p. 137-138.

Acerca do tema, pondera Marisa Diez Arroyo, em tradução livre:

“Dados os fins comerciais da publicidade, resulta lógico pensar que a figura retórica da comparação ocupa um lugar especial entre os recursos escolhidos pelos publicitários na hora de divulgar seus produtos. Este método, sem dúvida, vem sendo visto cortado pelas diferentes travas legais impostas sob a publicidade comparativa; a lei britânica obriga a justificação de qualquer declaração negativa que se faça em respeito a um competidor.

É exatamente por essa situação tão particular que a comparação necessita ter na redação de sua mensagem comercial uma dimensão retórica. Indicamos no capítulo a seguir esta figura, que os estudiosos do tema vêm afirmando que o consumidor prefere a publicidade comparativa, pois ao parecer, lhe ajuda a decidir entre as opções de compra. A questão que nos interessa saber é como os publicitários buscam satisfazer as necessidades do público sem incorrer em problemas legais.³¹”

No mais, um grupo que acaba sendo extremamente beneficiado com a veiculação de publicidades comparativas são os pequenos empresários que, diante deste método de veiculação, encontram a oportunidade de divulgar seus produtos ao lado de grandes marcas líderes do mercado.

Aqui é importante esclarecer que a mera aparição no mercado ao lado de grandes marcas não é suficiente para caracterizar aproveitamento parasitário do anunciante. Esta seria tipificada em caso do anunciante se valer da fama e prestígio de determinada marca para benefício próprio³².

No entanto, a veiculação de publicidade comparativa é benéfica aos pequenos empresários uma vez que permite a aparição de suas marcas ao lado de grandes líderes e potência do mercado, evitando uma discrepância enorme entre elas. Assim, uma marca desconhecida (“*underdog*”) pode alavancar a relevância de um anúncio que a princípio não teria um alcance tão grande ao citar a marca líder que geralmente é a principal escolha dos consumidores³³.

³¹ ARROYO, Marisa Diez. *La retórica del mensaje publicitario: un estudio de la publicidad inglesa*. s.d. apud PEREIRA, 2014, p. 137-138.

³² VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. *A publicidade comparativa no direito brasileiro*. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual: Rio de Janeiro, 2015. p. 02.

³³ BARIGOZZI, Francesca; PEITZ, Martin. *Comparative Advertising and Competition Policy*. International University in Germany Working Paper, n. 19/2004, agosto de 2004. apud VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. *A Publicidade Comparativa no Direito Brasileiro*. Revista da ABPI: 2015. 135ª edição.

Deste modo, a apresentação conjunta de marcas de diferentes dimensões em uma mesma publicidade evita um monopólio do mercado em relação às marcas mais renomadas, beneficiando assim, principalmente marcas menores, mas também os consumidores, que acabam obtendo acesso à mais opções de produtos e serviços³⁴.

Além do apresentado anteriormente, outro benefício oriundo da veiculação de publicidades comparativas é o incentivo ao desenvolvimento dos produtos e serviços no mercado, isto é, o estímulo às melhorias na produção destes.

Neste sentido, os fabricantes e distribuidores do produto comparado, ao se depararem com anúncio que comprova a superioridade de produto comercializado no mesmo segmento que o seu, dificilmente se manterão inertes em relação à este fato, e buscarão a melhoria técnica de seus bens³⁵.

Assim, pode-se afirmar que através da publicidade comparativa a competitividade entre as empresas é intensificada, fazendo com que estas se sintam na obrigação de investir em melhoras de seus produtos tanto no aspecto técnico quanto de custo benefício para o cliente.

Diante do exposto, resta evidente que a publicidade comparativa, desde que produzida e veiculada de boa fé e de acordo com os parâmetros legais, tende a trazer benefícios para todas as partes envolvidas: o consumidor, o anunciante e o mercado como um todo.

3.3 DESVANTAGENS DA PUBLICIDADE COMPARATIVA

Analisados os pontos favoráveis à publicidade comparativa, passemos a analisar os argumentos desfavoráveis a este método publicitário.

Antes de sequer adentrar minuciosamente cada argumento contrário à publicidade, é praticamente unânime que a parcela do mercado que se mostra

³⁴ MARTINS, Larissa Ferreira. *Até onde comparar? Princípios e limitações da publicidade comparativa no atual cenário brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual nº 161, 2019, pg. 09.

³⁵ PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. *Publicidade Comparativa*. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 138.

contra a veiculação deste método aponta prontamente a suposta agressividade inerente a este tipo de anúncio como principal desvantagem da publicidade comparativa.

Ao tratarmos de um método que coloca lado a lado marcas concorrentes, não há o que se negar em relação ao caráter competidor que abarca este tipo de publicidade.

No entanto, apesar de facilmente a publicidade poder ganhar um teor mais agressivo durante tal comparação, não é correto alegar que todas as publicidades produzidas de forma comparativa são violentas entre si.

Conforme explorado anteriormente, ao tratarmos da produção e veiculação de uma publicidade comparativa, devemos partir do pressuposto que seu anunciante está de acordo com todos seus requisitos (majoritariamente expostos no artigo 32 do CBAP do CONAR).

Isto é, devemos partir do pressuposto que as publicidades produzidas não se utilizam de elementos ardilosos e ilícitos que promovam uma concorrência desleal no mercado pois, apenas nessa situação, não restam dúvidas que a veiculação deste método publicitário pode gerar gravíssimos danos à outras partes.

Neste sentido, esclarecido que o método publicitário aqui analisado deve ser produzido em total respeito às regras do mercado, principalmente as elencadas no artigo 32 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR, passemos a analisar os demais argumentos alegados pela parcela relutante à publicidade comparativa.

Primeiramente, adentremos a questão das informações que são veiculadas por meio da publicidade comparativa. Evidente que o anunciante seleciona as características que serão divulgadas, uma vez que comumente as propagandas possuem pouco tempo e espaço para serem divulgadas. Assim, na maioria dos casos é praticamente impossível tratar minuciosamente de todas as características do produto ou serviço anunciado.

Destarte, é alegado pelos contrários à publicidade comparativa, que tal método, ao selecionar determinadas características a serem utilizadas como base para esta comparação, estaria confundindo e até mesmo ludibriando o consumidor, uma vez que claramente escolheria as principais vantagens do produto anunciado, se omitindo em relação às suas outras características³⁶.

Ora, na veiculação de qualquer tipo de propaganda, em razão dos altos custos de produção e do tempo disponível para divulgação de tais informações, é extremamente difícil apresentar ao consumidor todas as características de um produto. Assim, o anunciante obviamente seleciona as informações que lhe trazem destaque e renome aos seus produtos, isto é, seus principais benefícios em relação aos seus competidores no mercado

Destarte, tal crítica traz uma característica de qualquer publicidade realizada, independente de ser comparativa ou não. A não ser que a publicidade indique informações falsas de seus produtos e de seus concorrentes, a seleção de características a serem destacadas em sua publicidade nada mais é que um método de vangloriar seu produto, não devendo ser entendido como um prejuízo a seus competidores.

Além disso, muitos entendem que a simples menção de marca alheia em publicidade configura violação à proteção marcaria, conforme elucida José Roberto D’Affonseca Gusmão:

“(...) estamos vivendo uma época em que publicidade comparativa no Brasil é uma realidade; não é fantasia e ninguém aqui está discutindo se deve ou não continuar tal prática. Ela já ocorre no dia a dia: está na televisão, está nas revistas, está em todo lugar. Resta saber se tudo isso que está sendo feito é ilícito. Tudo é contrário a lei? Minha modesta opinião é no sentido de que a tendência será a de admitir a publicidade comparativa sob determinados parâmetros. Isso não quer dizer, por outro lado, que ela seja lícita dentro do ordenamento jurídico brasileiro; no meu entender, segundo a lei brasileira, sobretudo depois da edição da nova Lei da Propriedade Intelectual, qualquer publicidade que veicule uma marca de terceiro sem

³⁶ MARTINS, Larissa Ferreira. *Até onde comparar? Princípios e limitações da publicidade comparativa no atual cenário brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual nº 161, 2019, pg. 06.

autorização é ilícita e sujeita o anunciante às penas de reprodução indevida e reparação dos danos que possam vir a ser apurados”.³⁷

No entanto, conforme explorado anteriormente, a publicidade comparativa, de modo a evitar qualquer tipo de prática enganosa ou abusiva, deve ser apresentada em sua forma explícita, isto é, confrontando os produtos de forma objetiva quanto às suas características e funções. Para tanto, a menção ao nome de marca de competidores é plenamente lícita, uma vez que está sendo apenas indicada para identificar as características do próprio produto.

Diferente seria a hipótese de menção a determinada marca com intuito de denegri-la ou de divulgar informações falsas a seu respeito ou a respeito de seus produtos e serviços, esta sim que seria configurada como conduta ilícita e que viola o disposto não somente no Código de Defesa do Consumidor, como também no CBAP do CONAR.

Nesse sentido, é evidente que os argumentos contrários a veiculação de publicidade comparativa só seriam cabíveis em situações em que houvesse o caráter enganoso e abusivo do anúncio, ou qualquer outra característica que configurasse concorrência desleal. No entanto, conforme vem sendo reiterado ao longo do presente estudo, a veiculação de publicidades comparativas deve seguir os princípios do CONAR e, neste sentido, não há o que se falar em qualquer ilicitude em sua veiculação.

3.4 CONCORRÊNCIA DESLEAL

Conforme explorado anteriormente, a publicidade comparativa deve ser aceita nos termos do ordenamento jurídico brasileiro desde que não seja configurada como enganosa, abusiva e não configure prática de concorrência desleal. No entanto, importante esclarecer o conceito da prática de concorrência desleal.

³⁷ GUSMÃO, José Roberto D’Affonseca. *Anais do XIX Seminário Nacional de Propriedade Intelectual*. 1999, pag. 75.

Em seu artigo 195, a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) tipifica a conduta de concorrencial desleal como crime, apresentando em seus incisos as condutas que configuram tal conduta³⁸.

Ao tratarmos da concorrência desleal, devemos ter em mente que tal prática atinge diretamente o princípio constitucional da livre iniciativa, isto é, a liberdade econômica e comercial dos indivíduos.

Neste sentido, os indivíduos podem se utilizar de diversos métodos para prosperar sua economia e desenvolver seu comércio, no entanto, não são aceitos quaisquer meios ardis e ilícitos para tanto.

Acerca do tema, discorre Fábio Ulhoa Coelho:

“A hipótese em que o empresário ganha sem prejudicar nenhum outro é a da criação de mercados novos, com introdução de produtos e serviços até então não fornecidos aos consumidores. Porém, enquanto outros empresários não atuarem no mesmo segmento, não representa competição, pelo contrário, é caso de falta de competição.

³⁸ 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;
- II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;
- III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;
- 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;
- VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;
- VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;
- VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;
- IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;
- X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregado;
- XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;
- XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou
- XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedi ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;
- XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Por outro lado, quando pessoas antes excluídas ingressam no mercado de consumo, durante certo tempo os empresários que se adiantam podem lucrar sem infligir perdas aos demais. Em médio prazo, contudo, uma vez consolidado o aumento do mercado, restaura-se a concorrência e as vantagens de uns voltam a significar desvantagens de outros.”³⁹

Assim nasce o conceito de concorrência desleal, sendo vedada no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que desiguala as partes envolvidas em um ato de concorrência.

Para que este ato seja definido como tal, é necessário que a conduta do agente seja praticada com o intuito arditoso, de modo a visar o induzimento do consumidor à confusão ou erro e/ou o prejuízo de seu concorrente, o que muitas vezes, na prática, são relacionados e consequentes.

No entanto, não há necessidade de concretização do dano para que seja considerada conduta desleal, bastando a simples possibilidade de gerar danos e perigo ao concorrente para que caracterize tal conduta⁴⁰.

No tocante ao assunto, Bittar⁴¹ entende necessário o cumprimento dos seguintes requisitos para se configurar um ato de concorrência desleal: a desnecessidade de dolo, sendo a culpa do agente suficiente para o responsabilizá-lo; a desnecessidade de dano concreto, bastando a mera expectativa de prejudicar um concorrente; a necessidade de colisão de interesses entre os agentes, isto é, a atuação empresarial de ambos deve ser relacionada; e o ato deve ser enquadrado como ato de má fé do agente.

Nos termos da lei, o ato é classificado como desleal quando implica na violação dos princípios da boa fé e honestidade, podendo ocorrer por meio do induzimento do consumidor ao erro, confusão, utilização de meio fraudulento ou simplesmente denegrindo a imagem de concorrente.

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 2008, pág. 191.

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *A concorrência desleal e a confusão entre produtos*. Revista dos Tribunais, Vol. 550, 1981, p. 25-26.

⁴¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Idem*.

Nesse sentido, o que será explorado a seguir é que, ainda que a minoria das empresas no mercado se utilize de meios ilícitos para veicular uma publicidade comparativa, o intuito original desta não é promover a concorrência desleal, não devendo ser generalizada e tipificada como tal.

4 ANÁLISE DE CASOS QUE VERSEM SOBRE PUBLICIDADE COMPARATIVA CONCORRÊNCIA DESLEAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme abordado nos capítulos anteriores, atualmente não há previsão expressa no ordenamento jurídico que verse sobre publicidade comparativa e seus limites, restando ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR definir as particularidades deste método publicitário.

Assim, a jurisprudência ao longo dos anos teve um papel importantíssimo no estudo da veiculação de publicidade comparativa, sendo esta essencial para delimitar o que seria aceito na veiculação desta.

Atualmente há inclusive informativo de jurisprudência do STJ que trata sobre a questão, publicado em 19 de novembro de 2014 sob o n.º 0550⁴².

⁴² INFORMATIVO n.º 0550

19 de novembro de 2014

“DIREITO EMPRESARIAL. UTILIZAÇÃO DE PROPAGANDA COMPARATIVA.

É lícita a propaganda comparativa entre produtos alimentícios de marcas distintas e de preços próximos no caso em que: a comparação tenha por objetivo principal o esclarecimento do consumidor; as informações veiculadas sejam verdadeiras, objetivas, não induzam o consumidor a erro, não depreciem o produto ou a marca, tampouco sejam abusivas (art. 37, § 2º, do CDC); e os produtos e marcas comparados não sejam passíveis de confusão. Com efeito, a propaganda comparativa é a forma de publicidade que identifica explícita ou implicitamente concorrentes de produtos ou serviços afins, consagrando-se, em verdade, como um instrumento de decisão do público consumidor. Embora não haja lei vedando ou autorizando expressamente a publicidade comparativa, o tema sofre influência das legislações consumerista e de propriedade industrial nos âmbitos marcário e concorrencial. Pelo prisma dos arts. 6º, III e IV, 36 e 37, do CDC, a publicidade comparativa não é vedada, desde que obedeça ao princípio da veracidade das informações, seja objetiva, e não seja abusiva. Segundo entendimento doutrinário, para que a propaganda comparativa viole o direito marcário do concorrente, as marcas devem ser passíveis de confusão ou a referência da marca deve estar cumulada com ato depreciativo da imagem de seu produto, acarretando a degenerescência e o consequente desvio de clientela. Além do mais, a doutrina também ensina que a tendência atual é no sentido de permitir a publicidade comparativa, desde que: a) o seu conteúdo seja objetivo - isto é, que se mostre sem enganosidade ou abusividade, confrontando dados e características essenciais e verificáveis (que não sejam de apreciação exclusivamente subjetiva) -, não se admitindo a comparação que seja excessivamente geral; b) não seja enganosa (no sentido de possibilitar a indução em erro dos consumidores e destinatários da mensagem); c) não veicule informação falsa em detrimento do concorrente; e d) distinga de modo claro as marcas exibidas, sem dar ensejo a confusão entre os destinatários da mensagem e sem contribuir para a degenerescência de marca notória. De mais a mais, a Resolução 126/1996, III, do Mercosul e o art. 32 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) também mencionam, como limite à propaganda comparativa - além do fato de não se poder estabelecer confusão entre os produtos ou marcas e de não ser permitido denegrir o objeto da comparação - que o seu principal objetivo seja o esclarecimento da informação ao consumidor. Além disso, a jurisprudência do STJ já se pronunciou no sentido de que a finalidade da proteção ao uso das marcas - garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da CF e regulamentada pelo art. 129 da LPI - é dupla: por um lado a protege contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evita que o

Assim, de modo a analisar as razões que levaram o Superior Tribunal de Justiça a se posicionar nesse sentido, foram selecionados alguns julgados do próprio STJ para análise.

A pesquisa jurisprudencial foi realizada por meio de consulta ao site eletrônico do próprio STJ por meio de seu sistema de pesquisas jurisprudenciais. Os casos a seguir analisados foram resultado da busca pelas palavras chave “publicidade comparativa” e “propaganda comparativa”, realizada entre as datas de 02/10/2019 e 22/10/2019.

Por meio da análise de acórdãos e votos proferidos e publicados pelo STJ, o presente estudo buscou em cada um dos casos analisar os seguintes pontos: (i) como se deu (ou a parte alega ter ocorrido) a enganação do consumidor; (ii) se a comparação realizada se deu pelo método explícito ou implícito e se foi feita de modo objetivo; (iii) a ocorrência de eventual denegrimto da marca em razão da comparação realizada; e (iv) se a veiculação desta publicidade trouxe ou foi passível de trazer desigualdade entre as empresas e suas respectivas marcas no âmbito do direito concorrencial.

4.1 – RECURSO ESPECIAL N.º 1.377.911/SP – DANONE LTDA. X DAIRY PARTNERS AMERICAS BRASIL LTDA. (“NESTLÉ”)

A Nestlé, uma das principais empresas do ramo de laticínios no país, passou a veicular em 2012, filme publicitário referente que apresentava o seu iogurte “Nesvita” ao lado de seu principal concorrente, “Activia” (iogurte produzido pela Danone). No anúncio, apesar de não ter sido mencionada verbalmente a marca “Activia”, foi evidente a aparição da marca concorrente, uma vez que a cena

consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (REsp 1.105.422-MG, Terceira Turma, DJe 18/5/2011; e REsp 1.320.842-PR, Quarta Turma, DJe 1/7/2013). Entender de modo diverso seria impedir a livre iniciativa e a livre concorrência (arts. 1º, IV, 170, caput, e IV, da CF), ensejando restrição desmedida à atividade econômica e publicitária, o que implicaria retirar do consumidor acesso às informações referentes aos produtos comercializados e o poderoso instrumento decisório, não sendo despidendo lembrar que o direito da concorrência tem como finalidade última o bem-estar do consumidor.”

REsp 1.377.911-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/10/2014.

veiculada foi filmada na frente de gôndolas de supermercado apresentando expressamente as marcas a serem comparadas.

Nos autos do processo, foi transcrito diálogo veiculado no anúncio publicitário:

“VOZ FEMININA (1): Intestino preguiçoso, né?

VOZ FEMININA (2): Oi?

VOZ FEMININA (1) Vem cá. Você já comparou a tabela nutricional da Nesvita com esse?

VOZ FEMININA (2): Como é que é?

VOZ FEMININA (1): Compara só. Nesvita, além de auxiliar no funcionamento do intestino, tem 18% menos calorias e 26% menos gorduras e, além disso, vem com 2 vezes mais cálcio. Fora que ele é o único que combina actifibras e probióticos. E é uma delícia.

LOCUTOR: Nesvita da Nestlé é o único que combina actifibras e probióticos que auxiliam no funcionamento do intestino. Experimente Nesvita, leve 2 e pague 1 para sentir a diferença.”

Em razão disto, foi ajuizada a ação pela Danone em 2012, a qual alegava o uso indevido de sua marca pela Ré Nestlé na veiculação de filme publicitário referente ao produto “Nesvita”, requerendo assim a abstenção de veiculação da campanha publicitária e a condenação da Nestlé ao pagamento de indenização referente aos danos materiais e morais decorrentes do ato supostamente ilícito.

A sentença julgou a ação procedente, no entanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão, acolhendo as razões da Nestlé e julgando a ação improcedente, uma vez que o Tribunal entendeu que a mera comparação entre produtos e marcas não configura concorrência desleal ou uso indevido de marca.

Interposto Recurso Especial pela Danone, o STJ entendeu por maioria de votos que o caso em questão não configurava publicidade ilícita, uma vez que não causava confusão entre as marcas, muito menos a depreciação de marca alheia, e as informações apresentadas no anúncio eram verdadeiras e objetivas.

Em seu voto contrário ao provimento do recurso, a Ministra Maria Isabel Galotti esclarece que questão:

⁴³“Respeitados os limites da lealdade na competição pelo mercado e da informação objetiva e verdadeira, impedir a menção ao concorrente acaba por tolher a liberdade e criatividade publicitária, bem como restringir a informação e subestimar a capacidade de decisão e o grau de entendimento do consumidor, o que, a meu ver, somente traz prejuízos ao espírito de livre concorrência.”

No entanto, o Ministro Raul Araújo demonstrou entendimento diverso em seu voto vencido, no sentido de dar seguimento ao recurso interposto. Foi alegado que com a veiculação de publicidade comparativa não se busca a clara informação ao consumidor, mas prepondera apenas o interesse individual de cada empresa em auferir vantagem para si em relação ao produto do concorrente. É argumentado, também, que o uso explícito e não autorizado de marca ofende a Lei de Propriedade Industrial e configura violação marcária.

O Ministro Relator Luis Felipe Salomão, em seu voto, é claro ao determinar que para que a publicidade comparativa seja entendida como violação marcária, deve ocorrer a confusão entre as marcas ou menção da marca com intuito depreciativo de seu produto ou serviço, gerando eventual desvio de clientela e, conseqüentemente, concorrência desleal.

A questão acerca das influências que a publicidade possa ter causado no mercado em relação as marcas apresentadas não foi discutida, tendo os votos sido proferidos com ênfase na questão de violação marcária, e não no âmbito concorrencial.

Tendo o Acórdão rejeitado o recurso da Danone, a ação foi julgada improcedente, corroborando o entendimento do STJ de que a veiculação de publicidade comparativa é lícita no Brasil.

O caso em referência deu origem à edição do informativo de jurisprudência n.º 0550 do STJ, além de ter tido grande repercussão em grandes canais de mídia nacional.

⁴³ RESp 1.377.911/SP (2012/0258011-6). STJ, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 02/10/2014. Data de Publicação (DJE): 19/12/2014.

4.2 – RECURSO ESPECIAL N.º 1.676.750/SP – GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA X LEW LARA TBWA PUBLICIDADE E NISSAN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA.

A demanda foi ajuizada pela General Motors do Brasil Ltda., em face de uma de suas principais concorrentes no mercado automobilístico, Nissan do Brasil, em litisconsórcio com a agência que produziu o anúncio publicitário.

A publicidade, ajuizada em 2010 apresenta de forma objetiva diversos executivos representando os principais concorrentes da Nissan (General Motors, Honda e Fiat), que supostamente estariam inconformados com as qualidades e prêmios conquistados pelos automóveis produzidos pela Nissan e, em razão disso, estariam atirando bolinhas contra um alvo que levaria os engenheiros da Nissan à tanques com tubarões, fogo e ácido

Tratando a demanda judicial exclusivamente do trecho do comercial que apresenta a General Motors, especificamente mencionando um de seus modelos de carros mais famosos, o “Meriva”, a propaganda mostra executivo da General Motors inconformado com os prêmios adquiridos pelo carro “Nissan Livina” naquele ano (“Melhor Compra” na categoria de monovolumes compactos, eleito pela revista Quatro Rodas; “Boa Compra”, eleito pela revista Autoesporte; e “Melhor carro” na categoria de monovolumes, eleito pelo Jornal do Carro), enquanto, nos termos da própria publicidade “o Meriva nada”.

Diante da menção não autorizada da marca concorrente (“Meriva”) e do próprio nome da empresa concorrente, foi alegado que a publicidade, ao ilustrar um suposto funcionário da General Motors revoltado com a Nissan em razão dos prêmios que seu automóvel havia recebido, estaria denegrindo a imagem da Autora.

Importante salientar que não houve comparação objetiva de quaisquer pontos entre os carros “Meriva” e “Nissan Livina”, mas tão somente a exposição dos prêmios conquistados pelo automóvel da Nissan, implicitamente levando o consumidor a deduzir que a General Motors não havia recebido tantos prêmios e reconhecimento perante o mercado quanto seu concorrente.

Em primeiro grau, a sentença julgou parcialmente os pedidos requeridos pela General Motors, condenando a Nissan a cessar definitivamente a veiculação da publicidade objeto da demanda, bem como a condenando solidariamente com a agência de publicidade que também figurava no polo passivo da demanda ao pagamento de R\$200.000,00 a título de danos morais.

Em sede de apelação, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo negou o recurso apresentado pela Nissan, dando parcial provimento ao recurso da General Motors, majorando a condenação a título de danos morais para R\$1.000.000,00, a serem pagos solidariamente ora recorridas (sendo R\$200.000,00 devidos pela agência de publicidade New Lara, e R\$800.000,00 pela Nissan).

O acórdão, por maioria de votos, deu procedência ao Recurso Especial interposto pela General Motors, mantendo a condenação em sede de danos morais e condenando a Nissan, também, ao pagamento de valor referente aos danos materiais sofridos por sua concorrente.

Os Ministros Marco Aurélio Bellizze, Ricardo Villas Bôas Cueva e Moura Ribeiro, em suas razões, se manifestaram no sentido de que a campanha publicitária veiculada se utilizou indevidamente da marca da General Motors ao divulgar dados incompletos acerca dos veículos apresentados, de modo a apresentar apenas um lado da comparação, transmitindo mensagens pejorativas em relação à sua concorrente.

Assim, foi entendimento da Corte que este tipo de publicidade, ainda que permitida no país, no caso em tela foi usado indevidamente, possuindo como único objetivo alavancar as vendas da Nissan por meio de meios ardilosos, quais sejam o detrimento e denegrimiento da marca e da própria General Motors. Desta forma, foi entendido que, por meio do instrumento do humor, a publicidade deixou de se basear na simples comparação entre as marcas e os produtos e passou a atacar diretamente seu competidor por meio de atos depreciativos.

Em seus votos vencidos, os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi, ora relatora, são arguidas as teses de que a mera aparição de marca

concorrente em um anúncio publicitário não configura violação ao direito marcario da concorrente.

Na realidade, foi reconhecido que no caso abordado houve um abuso de direito no contexto em que a publicidade foi veiculada, cabendo assim danos morais em razão do denegrimiento desta marca. No entanto, quanto aos danos materiais decorrentes da suposta violação marcaria, este ponto desassociado da publicidade veiculada como um todo não é suficiente para configurar violação marcaria.

Assim, os votos vencidos foram no sentido de manter a decisão acerca da condenação por danos morais sofridos pela General Motors, mas que a simples menção à outra marca em um material publicitário não configura violação a esta, não sendo, portanto, passível de indenização.

Nesse sentido, ainda que divergentes os votos dos Ministros em relação aos danos materiais sofridos em razão da violação marcaria, incontroversa a questão da exorbitância da Nissan com o teor pejorativo da publicidade veiculada, sendo tal conduta passível de gerar danos financeiros para a General Motors no mercado automobilístico em razão do denegrimiento de sua imagem perante os consumidores.

4.3 – RECURSO ESPECIAL N.º 1.668.550/RJ – THE GILLETTE COMPANY, PROCTER & GAMBLE DO BRASIL S.A. E THE PROCTER & GAMBLE COMPANY X SPECTRUM BRANDS BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BENS DE CONSUMO LTDA.

Em 2010, a Procter & Gamble Company (conhecida no mercado como “P&G”) veiculou anúncio publicitário que colocava sua pilha “Rayovac” ao lado de sua principal concorrente no mercado, a pilha “Duracell”, indicando que “a pilha deles dura tanto quanto a nossa: mesma duração, menor preço”.

Neste anúncio, a publicidade foi realizada de forma objetiva, apresentando a imagem e a marca ambas as pilhas e comparando a duração de cada um em relação ao preço médio que vinham sendo comercializadas no mercado.

Assim, ausentes quaisquer argumentos envolvendo juízo de valor não só da anunciante quanto do consumidor, a publicidade apresentou apenas fatos concretos que ao longo da lide juntou provas comprovando a veracidade da alegação feita no âmbito publicitário.

No entanto, irresignada com a veiculação da publicidade, a The Gillette Company, titular da marca “Duracell” e fabricante do produto ajuizou ação judicial perante a Justiça Estadual do Rio de Janeiro requerendo abstenção de uso da marca, reparação por danos materiais e compensação por danos materiais, sob o argumento de que a publicidade estaria utilizando indevidamente a marca “Duracell”.

A sentença julgou os pedidos improcedentes, determinando que a publicidade veiculada pela “Rayovac” estaria de acordo com os limites da publicidade comparativa, uma vez que as informações apresentadas foram comprovadas e a forma as quais foram apresentadas não traria danos à “Duracell”, não configurando, portanto, crime de concorrência desleal.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a decisão do juízo *a quo*, rejeitando o recurso sob o argumento de que não houve qualquer tipo de ofensa ou ataque aos produtos e marcas mencionadas, mas tão somente a comparação quanto à durabilidade e ao preço das pilhas.

No mesmo sentido, a Terceira Turma do STJ rejeitou o Recurso Especial interposto pela “Duracell”. Foram reiterados os argumentos de que a publicidade se demonstrou objetiva e clara, inclusive beneficiando o consumidor ao demonstrar características de ambas as marcas e a divergência no preço destas.

Os Ministros se manifestaram, ainda, no sentido de que as marcas foram colocadas uma ao lado da outra de forma a excluir qualquer possibilidade de confusão entre os consumidores, e as informações veiculadas se provaram verídicas ao longo da ação judicial.

Em relação ao direito concorrencial, foi entendimento da Turma que os altos custos com publicidade podem constituir uma barreira à entrada de novos agentes o mercado, e a publicidade comparativa pode facilitar essa distância entre as marcas líderes das demais⁴⁴.

4.4 – CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS CASOS PRÁTICOS

Diante da análise dos casos acima expostos, bem como do informativo de jurisprudência n.º 0550, o STJ tem se manifestado acerca da questão de modo a aceitar a veiculação de publicidade comparativa no Brasil, desde que seja feita de modo objetivo, trazendo informações verídicas e comprováveis, sem que ocorra qualquer tipo de depreciação do produto ou marcha comparada ou qualquer risco de confusão entre as marcas perante o consumidor. Além disso, apesar de não haver previsão legal acerca do tema, a publicidade deve estar em conformidade com o disposto pelo Código Civil, isto é, o STJ veda a veiculação de publicidade configurada como abusiva ou enganosa, bem como repudia a concorrência desleal.

Apesar de os casos apresentados possuírem desavenças quanto aos meios de veiculação de cada publicidade, o objeto em discussão se mostrou o mesmo: publicidade comparativa de modo explícito.

É perceptível que o STJ tende a manter a discussão restringida ao direito marcario, apenas em alguns casos a estendendo para o âmbito concorrencial. O que se percebe é que, a grande maioria dos argumentos que embasam os votos proferidos em julgamentos do Supremo se baseiam na Lei de Propriedade Intelectual e no Código de Autorregulamentação do CONAR (que apesar de não integrar o ordenamento jurídico, é considerado para fins de análise desta questão), assim, ficam de certo modo restringidos aos limites destas normas.

⁴⁴ RESP n.º 1.668.550/RJ. Terceira Turma do STJ. Min. Rel. Nancy Andrigui, julgado em 23 de maio de 2017. “(...) Por fim, não se pode deixar de considerar que, no panorama concorrencial, considerando o fato de os custos com publicidade constituírem uma verdadeira barreira à entrada de novos agentes no mercado, a publicidade comparativa pode servir como instrumento facilitador para ultrapassar esse obstáculo, uma vez que “uma marca desconhecida ou de pouca projeção [...] pode alavancar a relevância de um anúncio ao citar a marca líder que os consumidores geralmente adquirem” (BARIGOZZI, Francesca; PEITZ, Martin. Comparative Advertising and Competition Policy. Apud VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. A Publicidade Comparativa no Direito Brasileiro. Revista da ABPI, n. 135, 2015, p. 25.)”.

No entanto, resta evidente que o Superior Tribunal de Justiça se mostra favorável à produção e veiculação de publicidades comparativas, desde que respeitados os limites da concorrência desleal, principalmente no que tange à questão da objetividade dos dados a serem comparados, bem como na veracidade das informações e vedação ao denegrimiento de marcas competidoras.

5 CONCLUSÃO

A publicidade comparativa é um dos temas mais polêmicos quando se trata de métodos publicitários para angariação de clientes. Indo além da clássica divulgação de um produto ou serviço, por meio desta é possível colocar dois ou mais concorrentes do mesmo segmento mercadológicos em confronto direto, de modo a apresentar todas as informações possíveis para o cliente fazer a escolha do que deseja consumir.

No entanto, não se pode ignorar o fato de que a menção direta à marca e produto de um concorrente não necessariamente será recebido de forma pacífica pelo mercado. Isto porque a linha entre apresentar todos os dados dos produtos comparados de modo a favorecer a marca do anunciante e simplesmente denegrir a marca do competidor é uma extremamente tênue.

Nos últimos tempos, principalmente com a influência das campanhas publicitárias americanas, as quais há anos veiculam propagandas com confronto direto entre diversas marcas do mercado, está se tornando cada vez mais comum a produção e veiculação deste tipo de publicidade no Brasil.

Porém, com a escassez de regulamento expresso sobre a questão, definir os limites de quais condutas vinculadas à publicidade comparativa configuram concorrência desleal se tornou assunto delicado no ordenamento jurídico brasileiro.

O Código de Defesa do Consumidor dispõe de normas gerais que regem a publicidade no país (por exemplo, vedando a veiculação de publicidades enganosas e abusivas), no entanto, o país carece de lei específica que verse sobre a questão, uma vez que esta lei sequer define a publicidade comparativa como lícita ou não.

A única previsão expressa em regulamento acerca da publicidade comparativa se dá por meio do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR. No entanto, apesar de dispor quais elementos devem ou não compor este tipo de publicidade, não se pode negar que essa normativa não possui poder legislativo, sendo executável, em teoria, apenas no âmbito administrativo do CONAR.

Nesse sentido, ausentes determinações legais no ordenamento jurídico brasileiro, muitas das publicidades veiculadas – por pura ignorância diante da ausência de lei ou com o dolo de se aproveitar desta lacuna – acabam por exceder os limites de concorrência legal e de boa fé, passando a denegrir a marca de competidores e causar desvio de clientela ou enganação ao consumidor.

Assim, resta claro que qualquer publicidade que cause confusão e/ou enganação ao consumidor, bem como denegrimto de marca ou aproveitamento parasitário de terceiro – seja de forma dolosa ou não e auferindo danos concretos a outra parte ou não – deve ser vedada.

Com base no próprio Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR ou no que vem sendo decidido em diversos tribunais ao redor do país, sobretudo no STJ, conclui-se que as medidas que evitariam a realização de publicidades comparativas de caráter desleal seriam a aplicação de limitações à produção e veiculação deste método publicitário.

Dentre os limites possíveis de evitar a ocorrência de concorrência desleal, pode-se mencionar: a objetividade da publicidade, o caráter verídico e facilmente comprovável das informações prestadas e a necessidade de os produtos pertencerem à um mesmo segmento mercadológico.

Importante ressaltar que a publicidade comparativa não deve proibir a apresentação de características que favoreçam o produto ou serviço do anunciante, no entanto, em respeito ao princípio da livre concorrência, cada empresa possui o direito de selecionar os pontos de seus produtos ou serviços que deseja destacar, desde que as informações sejam verdadeiras e possam ser comprovadas. No entanto, é essencial que tal propagação de informações, ainda que verdadeiras, não sejam divulgadas com o intuito de denegrir marca alheia.

Em concordância ao que vêm sendo decidido pelo STJ, a publicidade comparativa não deve ser considerada ilícita. Na verdade, apesar de não haver norma jurídica que verse sobre tal licitude, não se pode negar que este método já é uma realidade no cotidiano brasileiro, o que aumenta ainda mais a necessidade de uma regulamentação sobre a questão o quanto antes.

É evidente o aumento no número de publicidades com caráter comparativo no país e, apesar de haver cerca consonância nas decisões do STJ, o entendimento jurisprudencial não é suficiente para regulamentar a questão. O país se encontra diante da necessidade de criação de lei complementar que determine a licitude da publicidade comparativa e determine os aspectos que irão compor a criação desta, de modo a restringir a forma que as informações serão divulgadas, o que consequentemente diminuirá o número de anúncios veiculados contendo o intuito desleal da concorrência, que atualmente só é solucionável por meio de processos administrativos ou judiciais, isto é, em caráter repressivo.

Assim, o que se defende por meio deste estudo é a regulamentação da publicidade comparativa para coibir as práticas desleais por meio da publicidade de modo preventivo, desafogando o poder judiciário e protegendo não somente as marcas, mas principalmente os consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS/

BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 8ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *A concorrência desleal e a confusão entre produtos*. Revista dos Tribunais, Vol. 550, 1981.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*.

BRASIL. Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996. *Lei da Propriedade Industrial*.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*.

CAMILER, Luís Alberto Da Silva. *Concorrência Desleal – Atos de Confusão*. 1ª ed., São Paulo: Disal, 2004.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial – Vol I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 21ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2017, pág. 191.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *História: Contra a censura na publicidade*. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 15 de outubro de 2019.

CONAR. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris

FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002

_____, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUSMÃO, José Roberto D’Affonseca. *Anais do XIX Seminário Nacional de Propriedade Intelectual*. 1999.

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

MARTINS, Larissa Ferreira. *Até onde comparar? Princípios e limitações da publicidade comparativa no atual cenário brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual nº 161, 2019.

NUNES, Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Marco Antonio. *Uma análise das concentrações de empresas sob o fator da marca*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual nº 140, 2016.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Publicidade Comparativa*. São Paulo: Atlas, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Limites à liberdade de expressão*. Florianópolis: Revista Espaço Jurídico, v. 11. nº 2, p. 374-401, jul./dez. 2010. p. 382.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 34ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. *Reprimindo a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados, estratégias desleais de marketing, motores de busca na Internet e violação aos direitos de marca*. Revista dos Tribunais, vol. 961, 2015.

SANT’ANNA, Armando; ROCHA JÚNIOR, Ismael; GARCIA, Luiz Fernando Dabul. *Propaganda: teoria, técnica e prática*. 8ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

DOS SANTOS JUNIOR, Aldo Batista. *Publicidade Comparativa*. 1ª Ed., São Paulo: Clube dos Autores, 2018.

_____, Aldo Batista dos. *O Uso de Marca Registrada Alheia na Publicidade Comparativa*. 2010. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Comunicação e Cultura, Universidade de Sorocaba, SP, 2010

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade da norma constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Newton. *Propriedade Intelectual – Propriedade Industrial, Direito De Autor, Software, Cultivares, Nome Empresarial, Título de Estabelecimento, Abuso de Patentes*. 1ª Ed., São Paulo: Manole, 2018.

STJ – RESp 1.377.911/SP (2012/0258011-6). Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 02/10/2014. Data de Publicação (DJE): 19/12/2014.

STJ – RESp 1.668.550/RJ (2014/0106347-0). Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 23/05/2017. Data de Publicação (DJE): 26/05/2017.

STJ – RESp 1.676.750J (2013/0296374-6). Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 10/10/2017. Data de Publicação (DJE): 26/05/2017.

VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. *A publicidade comparativa no direito brasileiro*. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual: Rio de Janeiro, 2015