



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito Escola de Lisboa
e
Católica Lisbon School of Business & Economics

Mestrado em Direito e Gestão

CONSTRANGIMENTOS JURÍDICOS AO MARKETING: A PUBLICIDADE COMPARATIVA

Joana de Abreu Freire

Orientadores:

-Prof. Doutor Fernando Ferreira Pinto

-Prof. Doutor Pedro Celeste

Julho de 2013



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito Escola de Lisboa
e
Católica Lisbon School of Business & Economics

Mestrado em Direito e Gestão

CONSTRANGIMENTOS JURÍDICOS AO MARKETING: A PUBLICIDADE COMPARATIVA

Joana de Abreu Freire

Orientadores:

-Prof. Doutor Fernando Ferreira Pinto

-Prof. Doutor Pedro Celeste

Julho de 2013

Índice

Resumo / Abstract	5
Introdução	7
1. Comunicação de marketing.....	9
1.1 A publicidade e o seu impacto económico-social	11
2. A publicidade e a lei.....	13
2.1 Conceito jurídico.....	13
2.2 Relações jurídico-publicitárias.....	14
2.3 Natureza do direito publicitário.....	17
2.4 Fontes do direito publicitário	18
2.5 Princípios gerais	19
3. A publicidade comparativa.....	20
3.1 Eficácia moderada.....	24
3.1.1 Diferentes tipos de processamento de informação	24
3.1.2 Familiaridade das marcas e tipicidade dos atributos comparados	26
3.1.3 Quota de mercado das marcas	27
3.1.4 Imagem da marca, formato da publicidade e relevância dos atributos comparados ..	28
3.1.5 Diferenças culturais.....	30
4. Constrangimentos legais à publicidade comparativa	32
4.1. Breve contextualização histórica.....	32
4.2 Situação atual	34
4.3 Publicidade comparativa e concorrência desleal.....	35
4.4 A autorregulação publicitária	37
5. Direito comparado.....	38
5.1 Estados Unidos da América	39
5.2 Reino Unido	40
5.3 Brasil	41
5.4 República Popular da China.....	42
6. Aplicação prática da lei – casos exemplificativos.....	43
Conclusões	46
Referências Bibliográficas	52
Anexo	59

Principais Abreviaturas:

A.R – Assembleia de República

AIND – Associação Portuguesa de Imprensa

AMD – Associação de Marketing Direto

APAN – Associação Portuguesa de Anunciantes

APAP – Associação das Empresas de Publicidade Comunicação e Marketing

C.C – Código Cível

CBARP – Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária

CCI – Câmara do Comércio Internacional

CCICAP – Código de Conduta do ICAP

Cód. Pub – Código da Publicidade

CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

CPI – Código da Propriedade Industrial

CRP – Constituição da República Portuguesa

EUA - Estados Unidos da América

FTC - Federal Trade Commission

ICAP – Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade

J.E – Júri de Ética do ICAP

LCPCD –Lei contra as práticas de Concorrência Desleal

LPRPC – Lei da Publicidade da República Popular da China

NAD - National Advertising Division of the Council of Better Business Bureaus, Inc

SIC – Sociedade Independente de Comunicação

TVI –Televisão Independente

Resumo / Abstract

Pretende a presente dissertação de mestrado analisar a publicidade comparativa, como exemplo de matéria inserida no domínio do marketing, que enfrenta constrangimentos jurídicos, mostrando-se, assim, a articulação entre estes dois vetores (comunicação de marketing e direito).

Numa primeira fase, optou-se pela realização de entrevistas a duas agências de publicidade e comunicação (Ogilvy e Havas WW), por forma a apurar os principais obstáculos jurídicos com os quais se deparam na elaboração de campanhas, tendo as entrevistas conduzido a conclusões semelhantes. Em seguida, procedeu-se a uma revisão da literatura nacional e estrangeira, que permitiu um aprofundamento dos conhecimentos acerca da publicidade comparativa.

Apresentam-se então, diversos pontos essenciais ao estudo do tema em questão, desde a definição do conceito, às razões pelas quais é utilizada, passando pelos fatores que influenciam a sua eficácia. A publicidade comparativa é assim inserida, como ferramenta de comunicação, no cenário do marketing e publicidade, realidades complementares mas distintas.

Não menos relevantes são os aspetos jurídicos com os quais se relaciona. Identificam-se as fontes e princípios de direito aplicáveis, e percorre-se o cenário legislativo numa perspetiva tanto histórica como contemporânea e de direito comparado, através dos exemplos dos Estados Unidos da América, do Reino Unido, Brasil e República Popular da China. Clarifica-se ainda o sistema de autorregulamentação publicitária existente no nosso país e aborda-se a aplicação prática da lei em alguns casos reais.

Tendo em conta a evolução da legislação nacional e internacional no sentido favorável à utilização da publicidade comparativa e os benefícios que emanam da sua utilização, o presente trabalho incentiva esta prática, quando, através da análise cuidada que se propõe, se verifique ser adequada aos objetivos que se pretendam atingir.

Palavras Chave: Publicidade Comparativa, Comunicação de Marketing, Direito Publicitário

Analyzing comparative advertising as an example of marketing's legal constraints, showing the relation between this two vector's (marketing communication and law) is this master's dissertation main purpose.

Two advertising and communication agencies (Ogilvy and Havas WW), were interviewed in a first stage in order to find out the main legal obstacles faced in their campaigns, which have led to similar conclusions. Afterwards a national and foreign literature review was conducted, allowing a deeper knowledge about comparative advertising.

Then, several essential topics for the study are presented, from the definition of the concept, to the main reasons for its use and the factors that influence its effectiveness, comparative advertising is placed, as a communication tool, among the marketing and advertisement scenario, two complementary but different realities.

No less important are the legal aspects with which this kind of advertising is related. The dissertation highlights the law sources and principles applicable to this subject and covers its legal aspects through a contemporary and historical perspective, and a comparative law review of United States of America, United Kingdom, Brazil and Popular Republic of China. An elucidation about Portuguese advertising self-regulation and an approach of the practical law application in some real life cases is also done.

Bearing in mind the benefits of comparative advertising and its favorable national and international legislative evolution, the present work encourages its use when preceded by the proposed analysis indicating its appropriateness to the objectives pursued.

Keywords: Comparative Advertising, Marketing Communication, Advertising Law

Introdução

Nos dias que correm, várias são as atividades do quotidiano que se encontram interligadas ao Direito. Todos nós, membros de uma sociedade e profissionais de um determinado setor, devemos respeitar as imposições legais que demarcam as nossas ações e possibilitam a antecipação comportamental daqueles que nos rodeiam.

Se verdadeira é a premissa *ubi societas, ibi jus*, certo é também que onde há sociedade há comunicação. Tendo a realidade jurídica acompanhado as relações interpessoais ao longo dos séculos, remonta ainda aos primórdios da economia a comunicação com fins comerciais, traduzindo a necessidade de promoção dos produtos e serviços comercializados.

Criar evocações mentais através do contato com imagens, sons e palavras e, dessa forma, construir a essência de uma marca, são funções desempenhadas pelos profissionais de marketing, que têm como missão fazer dos produtos objetos de desejo e comunicar a sua superioridade aos consumidores. Contudo, o seu campo de atuação não é livre, e no que à comunicação de marketing concerne, as relações jurídicas e económicas que se estabelecem entre os vários intervenientes no processo, revestindo-se de uma forte componente patrimonial, necessitam - e apresentam efetivamente - limitações de carácter legal .

A par de temas sensíveis que requereram especial atenção do legislador, como a publicidade que tem por objeto bebidas alcoólicas, tabaco, tratamentos e medicamentos, e daquela que se dirige especificamente a menores ou a estes recorre como elemento nas suas campanhas, encontra-se uma forma publicitária cuja utilização tem vindo a aumentar: a publicidade comparativa. Por se dirigir aos consumidores e se referir, direta ou indiretamente aos concorrentes, podendo lesar interesses de ambos, a publicidade comparativa é considerada uma ferramenta potencialmente perigosa mas de grande utilidade e, por essa razão, é objeto do presente trabalho.

Começa-se então a presente dissertação com uma contextualização da comunicação de marketing, em concreto da publicidade, referindo-se as vantagens e inconvenientes que lhe estão associados. De seguida, apresentam-se os seus aspetos jurídicos através da identificação dos principais sujeitos desta atividade e das relações que entre eles se estabelecem. Identifica-se a natureza do direito publicitário, as suas fontes de direito supraestaduais, estaduais e infraestaduais, bem como os princípios gerais que lhe são aplicáveis.

Num terceiro momento, aborda-se a temática central do estudo, a publicidade comparativa, indicando-se as principais razões que levam à sua utilização e os fatores a ter em conta quando se recorre a este tipo de publicidade, por forma a garantir o sucesso da campanha. Quanto ao seu regime jurídico, percorre-se a evolução histórica e apresenta-se a situação atual. Desmistifica-se a relação deste tema com o CPI e, apresenta-se a aplicação prática da lei por parte da entidade de autorregulação publicitária portuguesa.

Uma vez que o fenómeno da globalização promove constantes relações entre os vários países, quando nos debruçamos sobre uma questão tão transversal como a presente, não é possível olhar apenas para um determinado ordenamento jurídico sem ter em consideração os demais. Assim, apresenta-se o tratamento legislativo dado à publicidade comparativa noutros países, tendo como objetivo promover a compreensão das diferentes posturas dos governantes face ao tema em apreciação

Pretende-se, então, aferir com que intensidade os constrangimentos legais impostos à publicidade comparativa limitam o campo de atuação dos seus profissionais e se a conjuntura nacional e internacional são propícias ao uso deste instrumento.

Desta forma, a presente dissertação propõe-se servir de ferramenta de estudo e/ou trabalho a todos aqueles que se interessem pelo tema em questão. Constatou-se, através de uma revisão da literatura nacional e estrangeira que, apesar do tratamento fundamentado que tem sido dado à questão, não existe um trabalho atual, que sirva quer

os interesses dos sujeitos que atuam no campo do direito, quer daqueles que o fazem no domínio do marketing. A presente tese pretende contribuir para colmatar essa lacuna.

1. Comunicação de marketing

Com a crescente globalização comercial e a tendência para a homogeneização dos produtos existentes no mercado, os consumidores sentem dificuldade em avaliar a totalidade das ofertas existentes, por forma a optar pela que apresente uma maior qualidade. Como Pinto e Castro (2007)¹ faz notar, nem o facto de se criar uma imagem de marca apelativa poderá garantir o seu sucesso, uma vez que muitas outras empresas o fazem também com as suas marcas. Assim, é essencial que, por forma a obterem níveis de venda que lhes sejam favoráveis, as empresas procurem transmitir a diferenciação da sua oferta face à dos seus concorrentes. Esta é a missão do Marketing, departamento com ‘*a maior quota de responsabilidade no crescimento com lucros da empresa*’ que tem como funções ‘*identificar, avaliar e selecionar as oportunidades do mercado e elaborar estratégias para a empresa conseguir o lugar cimeiro nos mercados escolhidos*’ [Kotler (2010)]².

Desde o momento da idealização de um produto, até à sua aquisição pelos consumidores, e posterior mecanismo de controlo de satisfação, os profissionais do marketing procuram adequar a sua oferta a um *target* que a perceba. Para tal, realizam estudos de mercado com o objetivo de o segmentar e assim focar-se em satisfazer ou criar necessidades específicas, mostrando as mais-valias da sua oferta através de um posicionamento que traduza as escolhas relativas ao plano traçado³. A este plano dá-se o nome de Marketing Mix⁴, uma combinação de quatro elementos fundamentais (Produto,

¹ P. 175.

² P. 34.

³ P. 48 - Passos do processo de gestão de marketing: E (estudo) - SOP (segmentação, definição de objetivos e posicionamento) - MM (marketing mix) - I (implantação) - C (controlo).

⁴ ‘Plano de Marketing’, também conhecido como ‘Marketing Mix’ ou ‘teoria dos Quatro P’s’. Conceito criado por Jerome MacCarthy, “Basic Marketing” 1960, e popularizado por Philip Kotler.

Preço, Ponto de venda e Promoção), que vão influenciar a atitude dos consumidores no sentido de escolherem e adquirirem os produtos da marca em questão.

Decompondo as quatro variáveis acima enunciadas, chegamos ao esquema apresentado na figura⁵, através do qual se mostra que a Publicidade é uma realidade distinta do Marketing, mas que a complementa, inserindo-se no seu plano como um dos seus componentes, a ‘promoção’ (a par das relações públicas, da promoção de vendas, da força de vendas, do marketing direto [Kotler (2002)]⁶ e ainda do *merchandising*, dos patrocínios, do mecenato, das feiras e dos eventos [Rasquilha (2011)]⁷). A combinação destas atividades tem por nome Mix de Comunicação e tem como principal objetivo transmitir aos consumidores os benefícios associados a um produto, marca, ou serviço, por forma a conseguir a sua preferência e uma crescente notoriedade⁸.

A publicidade é então uma ferramenta do marketing, a ‘técnica mãe da comunicação’ [Rasquilha (2009)]⁹ que veicula esta mensagem de diferenciação face à concorrência através das mais variadas formas (tais como: anúncios, impressos ou difundidos através da televisão, rádio ou internet, embalagens e mostruários). Tem por objetivo ser difundida para sujeitos indeterminados e contém informação que os pretende persuadir [Durigan (2007)]¹⁰.

Apesar de dispendiosa, a publicidade é bastante eficiente a passar ao público-alvo todas as informações pretendidas, principalmente quando feita através de meios que contactam diretamente com o mesmo, como revistas ou jornais da especialidade¹¹. Trata-se, assim, de uma forma de comunicação e não de um meio em si, na medida em

⁵ Kotler (2010) e Rasquilha (2011) – em anexo.

⁶ P. 10.

⁷ P. 33.

⁸ Noção que os consumidores têm da existência de uma marca, produto ou serviço. Este conceito pode ser dividido em três subconceitos: ‘**Notoriedade espontânea**’, que consiste na referência espontânea, por parte de um consumidor, a uma certa marca, no universo de uma determinada indústria; marca ‘**Top of mind**’, que é aquela que nas mesmas condições é indicada em primeiro lugar pelo consumidor; e ‘**Notoriedade assistida**’, a situação em que o consumidor apenas se recorda de uma determinada marca quando assistido por alguém que o leva a tal.

⁹ P. 81.

¹⁰ P. 70.

¹¹ Como, por exemplo, revistas de moda, jornais de negócios, jornais desportivos.

que, de acordo com Lopes Sousa (2000)¹², enquanto a publicidade é resultado de uma atividade, uma técnica de comunicação, os meios de comunicação são os utensílios utilizados por esta para veicular as suas mensagens. Os ‘meios próprios’ associados à publicidade, não são mais que meios de comunicação de que esta se serve, não sendo ela um meio em si.

1.1 A publicidade e o seu impacto económico-social

A publicidade tem vindo a desempenhar um papel cada vez mais importante, quer a nível económico, quer a nível social. Quando criativa, esta ferramenta de marketing pode mesmo ‘*construir uma imagem e até um certo grau de preferência, ou pelo menos de aceitação da marca*’ [Kotler (2010)]¹³. Por essa razão, as empresas têm vindo a despender avultadas quantias neste tipo de atividade, cujo retorno se espera obter através da venda dos produtos anunciados.

O seu impacto a nível social é muito elevado: cria tendências, educa, promove estilos de vida e gera padrões de beleza, de relacionamento e de comportamento, que rapidamente são adotados. Contudo, a sua importância transcende a esfera social, tendo um forte impacto também a nível económico. Não só através da criação de relações comerciais entre os três principais sujeitos da atividade - agência, anunciante e meios (criando postos de trabalho e maior circulação monetária) -, como através de um incentivo à concorrência, de onde resultam produtos com melhor qualidade, mais informação e preços mais acessíveis. Verifica-se uma adaptação constante do mercado aos produtos anunciados, quer sejam ou não produtos novos, através do fomento da aquisição destes por parte dos consumidores. Isto traduz-se também numa ação reguladora, na medida em que evita variações na produção, quando a procura e a oferta não se encontram alinhadas. Bastante relevante é ainda o seu papel de financiamento dos meios de comunicação, permitindo que estes exerçam a sua atividade independentemente

¹² P. 39.

¹³ P. 136.

do poder político, recorrendo aos rendimentos provenientes das peças publicitárias que veiculam através dos seus suportes. E se o resultado for efetivamente o desejado, verificar-se-á um crescimento do nível de vendas, aumentando ainda a rentabilidade do capital através do aumento do volume de negócios.

A publicidade tem a vantagem de chegar a um elevado número de pessoas. No entanto, esta vantagem pode ser defraudada em função da facilidade com que os destinatários podem evitá-la, o que se traduz numa impermeabilidade dos consumidores à maioria dos anúncios [Moreira Chaves (2005b)]¹⁴, seja mudando de canal, ou de estação de rádio ou virando a página no jornal ou revista. O poder financeiro das marcas não lhes garante então um maior acesso às audiências, como assinala Pinto e Castro (2011)¹⁵, afirmando ainda que ‘o sistema impositivo de relacionamento com os clientes tem de ser substituído por um outro de adesão voluntária’. Uma forma de contornar esta situação seria recorrer a meios de comunicação adequados ao *target* visado.

Existem, portanto, inconvenientes a apontar à publicidade, para além desta facilidade em ser evitada. De entre os quais se destacam: a possibilidade de gerar efeitos persuasivos bastante negativos, uma vez que, jogando com elementos sensoriais e emocionais, pode levar as pessoas a adquirir produtos dos quais não necessitam, recorrendo por vezes ao endividamento; o potencial perigo que representa para o consumidor a veiculação de mensagens falsas ou promotoras do consumo de produtos que se revelam posteriormente como sendo pouco benéficos para a saúde; ou a possibilidade de ser utilizada com o intuito de denegrir ou levar ao aproveitamento da imagem do concorrente. Acresce que, sendo a publicidade uma das principais fontes de financiamento dos meios de comunicação, pode verificar-se um certo controlo dos mesmos, tendendo a ser beneficiadas aquelas marcas que investem mais neste instrumento.

No entanto, de acordo com Lopes Sousa (2000)¹⁶, torna-se necessário ‘*pesar as vantagens face a estas objeções*’. Tendo em conta o regime jurídico publicitário, cada vez mais rígido, acautelando os interesses tanto dos consumidores, como dos concorrentes,

¹⁴ P. 65.

¹⁵ P. 17.

¹⁶ P. 60.

considera-se não ser a maior propensão de certas pessoas a serem influenciadas pela publicidade a agir de forma contrária à sua vontade (facto que decerto se verifica noutras situações do seu dia-a-dia que em nada se relacionam com esta atividade), nem o controlo dos media por parte deste instrumento de marketing (cujo julgamento cabe, em última instância, aos consumidores conhecedores, graças à publicidade, da restante oferta no mercado), que irá reduzir a sua importância económico-social.

2. A publicidade e a lei

2.1 Conceito jurídico

A contrário do que se verifica em muitos outros países, a legislação publicitária portuguesa define o conceito de publicidade. Assim, de acordo com o art. 3.º Cód.Pub, entende-se por publicidade *‘qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de: a) Promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) Promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.’* Considerando-se ainda inserida no mesmo conceito, *‘(..) qualquer forma de comunicação da Administração Pública, não prevista no número anterior, que tenha por objetivo, direto ou indireto, promover o fornecimento de bens ou serviços.’* Mas, não se considera como publicidade, para efeitos do diploma, *‘(..) a propaganda política.’*

Segundo M. Loureiro (1994¹⁷; 1995¹⁸), pode-se então analisar este conceito legal através de quatro aspetos: quanto à sua estrutura, é um ato de comunicação; quanto aos seus sujeitos, trata-se de pessoas singulares ou coletivas, de direito privado ou público; quanto ao seu objeto, a atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal; e, por último,

¹⁷ P. 73.

¹⁸ P. 58 e 59.

quanto ao seu fim, que consiste em promover a aquisição de bens ou serviços ou promover ideias, princípios, iniciativas e instituições. Conclui-se que a publicidade consubstancia sempre um ato de comunicação, englobando todos os elementos do seu Mix¹⁹, mesmo a promoção de vendas e as relações públicas. Estas duas atividades, ao procurarem promover a imagem da marca junto dos consumidores, pretendem incentivar o ato de aquisição dos produtos ou serviços comercializados. E, portanto, têm uma finalidade económica.

Mas se as relações públicas e a promoção de vendas não são afastadas do conceito jurídico de publicidade, cumpre referir uma realidade que o é: a propaganda.

A publicidade e a propaganda têm alguns aspetos em comum. Não só exercem uma influência psicológica sobre aqueles a quem se dirigem (moldando as opiniões relativas aos objetivos que prosseguem), como utilizam técnicas semelhantes (como, por exemplo, os veículos de difusão das mensagens de que se servem). Contudo, trata-se de duas figuras distintas quanto à sua finalidade. De acordo com Moreira Chaves (2005b)²⁰ enquanto a primeira visa ‘(..) captar a atenção do público para o consumo de determinados bens ou a utilização de serviços (..)’, a segunda visa ‘(..) influenciar ou modificar a opinião alheia, acerca de determinada ideologia (..)’. Por outras palavras, enquanto a publicidade tem uma finalidade económica, a propaganda prossegue objetivos ideológicos.

2.2 Relações jurídico-publicitárias

Sendo a atividade publicitária um processo no qual participam vários sujeitos, que se relacionam entre si, por forma a levar a mensagem aos seus destinatários, cumpre identificar tais sujeitos.

Os sujeitos publicitários são, de acordo com o art. 5.º Cód.Pub, o anunciante, o profissional, a agência de publicidade, o suporte publicitário e os destinatários. Estes

¹⁹ Vide, supra, 1.

²⁰ P. 177.

sujeitos podem ser divididos em duas categorias diferentes, tendo em conta o seu papel nas relações que se vão estabelecer: os primeiros quatro inserem-se na categoria de sujeitos ativos, a quem vão ser '*atribuídos os poderes jurídicos*', enquanto os destinatários integram a categoria de sujeitos passivos.

O anunciante é a pessoa singular ou coletiva que justifica a realização da publicidade. Através da sua necessidade de comunicar, desencadeia-se a atividade publicitária, que culminará numa campanha, cujos encargos financeiros terá de suportar.

O profissional, pessoa singular, e a agência, pessoa coletiva, atuam, no cenário publicitário, por conta do anunciante, criando, executando e controlando toda a campanha publicitária e contratando determinado suporte publicitário para veicular a mensagem. O anunciante não se pode intrometer nas competências técnicas utilizadas pelo profissional ou agência ao longo do seu trabalho, não sendo também garantidos quaisquer resultados comerciais ou rendimentos relativamente à campanha. No entanto, a agência, ou profissional, compromete-se a cumprir o contrato, sendo o critério de avaliação a diligência que teria uma pessoa média, colocada nas mesmas circunstâncias de atuação. O profissional ou agência respondem civilmente, em caso de incumprimento, nos termos dos arts. 798.º e seg. do C.C.

O suporte publicitário é a pessoa singular ou coletiva, de natureza pública ou privada, que '*se dedica à difusão de publicidade através dos seus meios de comunicação social*' [Lopes Sousa (2000)]²¹. Esta difusão faz-se, quer por meio de veículos destinados exclusivamente à comunicação de mensagens publicitárias, quer através de meios que, paralelamente à sua função informativa, difundem também o resultado da atividade publicitária. A escolha deve ser feita em função do público que se quer atingir, por forma a conseguir um maior impacto e eficiência da campanha publicitária. Relativamente aos meios privados, importa referir que, regendo-se pelas normas gerais contratuais, são livres de recusar (quando não se encontrem perante cumprimento de mandato judicial de difusão de publicidade corretora) as campanhas que não estejam interessados em

²¹ P. 79.

difundir. Por sua vez, aos meios de comunicação públicos impõe-se a obrigação de colocar, de forma igualitária, os seus meios à disposição de todos os anunciantes.

O destinatário da publicidade, por sua vez, é o sujeito passivo, ao qual se dirige a mensagem. De acordo com Carlos Ferreira de Almeida²², não *'há portanto publicidade quando se procura contactar uma pessoa determinada através de um anúncio público (haverá então múltiplos receptores, mas um só destinatário)'*. Os recetores das mensagens publicitárias são sempre indeterminados aquando da divulgação da campanha. Contudo, detêm garantias de defesa dos seus direitos, prontas a serem utilizadas quando em concreto sejam lesados pela comunicação publicitária, ou seja, quando disponham de um direito subjetivo ou interesse legítimo, situação em que passam a ser suscetíveis de determinação.

Para que o objetivo de promoção de marcas, produtos ou serviços, a que se propõe a publicidade se concretize, os sujeitos ativos desta atividade relacionam-se entre si e, dessa forma, desempenham os seus papéis nas fases de formação e divulgação da mensagem. Celebram então contratos disciplinadores, que lhes permitem identificar as obrigações a que estão adstritos e os direitos que lhes são atribuídos. A contratação referente à atividade publicitária rege-se pelo princípio da liberdade contratual, devendo todos os intervenientes pautar o seu comportamento pela boa fé, cumprindo as suas obrigações e permitindo o cumprimento das obrigações dos demais.

Na implementação de uma campanha publicitária, através do contrato de publicidade, relacionam-se anunciante e agência/profissional. No contrato de criação publicitária elabora-se a mensagem, relacionando-se o seu criador com o anunciante ou a agência/profissional. Com o contrato de difusão, celebrado entre agência/profissional ou anunciante e suporte publicitário, definem-se os termos da divulgação.

²² 'Conceito de Publicidade', BMJ 349, Outubro, 1985, p. 115 a 134, p. 125.

2.3 Natureza do direito publicitário

Tradicionalmente, é feita a distinção entre Direito Público e Direito Privado. Esta distinção tem seguido múltiplos critérios, propondo Carvalho Fernandes (2007)²³ que a mesma recaia sobre os dois que comportam maior adesão por parte da doutrina portuguesa: o critério do interesse prosseguido e o critério dos sujeitos da relação jurídica, tendo em conta a posição que nela ocupam.

De acordo com o primeiro critério, considera M. Loureiro (1981)²⁴ inserir-se o direito publicitário no âmbito do Direito Público, uma vez que o alcance dos meios de difusão e a força e influência da publicidade na atualidade se traduzem numa maior importância dada ao interesse público em detrimento do interesse das partes. O segundo critério, considerado por Carvalho Fernandes (2007)²⁵ o mais adequado a fazer esta distinção, não resolve, contudo, a questão, uma vez que tanto atuam entidades privadas como públicas²⁶, munidas ou não de *ius imperii*).

Devido a este ‘*hibridismo de situações*’²⁷, M. Loureiro (1981)²⁸ propõe que se abandone esta distinção, considerando-se, ao invés, o direito da publicidade como inserido no direito do marketing, sub-ramo do direito económico que abrange a temática jurídica relativa ao produto (conceito de marca, regras de funcionamento do mercado e da concorrência leal, preços, publicidade e promoção de vendas).

De acordo com Moreira Chaves (2005b)²⁹, posição que se considera para o presente trabalho, o direito da publicidade é um setor jurídico que engloba normas dos mais diversos ramos de direito (direito civil, direito comercial, direito penal, direito autoral, direito administrativo, regime contraordenacional e direito do consumidor) que formam a sua disciplina jurídica. Reconhece-se, no entanto, uma possível autonomização

²³ P. 22.

²⁴ P. 13.

²⁵ P. 22 e 23.

²⁶ ‘Administração Pública e empresas públicas proprietárias de suportes’ [Moreira Chaves (2005b)] .

²⁷ P. 13.

²⁸ P. 14.

²⁹ P. 166 e 167.

progressiva, que acompanhará a evolução crescente da sua importância económica e empresarial.

2.4 Fontes do direito publicitário

Aos modos de formação e revelação das normas jurídicas dá-se o nome de fontes de direito. No nosso ordenamento jurídico, são várias as regras das quais emanam direitos e obrigações no âmbito do direito publicitário, distinguindo-se entre fontes supraestaduais, estaduais e infraestaduais.

As fontes supraestaduais ou internacionais derivam, na sua maioria, dos usos e praxes internacionais que se refletem, muitos deles, em códigos éticos ou deontológicos, sendo o mais importante o Código das Práticas Leais em Matéria de Publicidade, aprovado pela Câmara do Comércio Internacional (CCI). As matérias relacionadas com a proteção do consumidor, publicidade enganosa e comparativa têm sido objeto de programas ou diretivas das instituições da União Europeia, sendo de destacar a Diretiva n.º 2006/114/CE, relativa à publicidade enganosa e comparativa, e as recentes Diretivas n.º 2010/13/EU, sobre os serviços de comunicação social audiovisual e n.º 2003/33/CE, que proíbe a publicidade e o patrocínio do tabaco na imprensa, rádio e internet.

Quanto às fontes estaduais, emanam da atividade legislativa estatal da Assembleia da República e do Governo, e organizam-se hierarquicamente da seguinte forma: Constituição de República Portuguesa, leis da A.R, decretos-leis, decretos regulamentares, portarias do Governo e outros regulamentos administrativos. O n.º 2 do art. 60.º da CRP refere-se à publicidade, remetendo para a lei o seu regime e proibindo a '*publicidade oculta, indireta e dolosa*'. Cumpre ainda referir o Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, cujas alterações mais recentes foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, e pela Lei n.º 8/2011, de 11 de Abril.

No domínio das fontes infraestaduais encontramos as regras emanadas de instituições internas, não estaduais, tais como a Associação Portuguesa de Empresas de Publicidade e

Comunicação e o seu Código de Práticas Leais para a Publicidade e o Instituto Civil de Autodisciplina da Publicidade (ICAP) e o seu Código de conduta (ambos inspirados no Código Internacional das Práticas Leais em Matéria de Publicidade da CCI), bem como as deliberações do Júri de Ética do ICAP (J.E).

2.5 Princípios gerais

Os princípios jurídicos pelos quais se rege a atividade publicitária encontram expressão nos arts. 6.º e segs. do Cód.Pub. São os seguintes: licitude, identificabilidade, veracidade, livre e leal concorrência e respeito pelos direitos do consumidor. Estas imposições procuram impedir os profissionais do setor de lesar os direitos e interesses, quer dos consumidores, quer das empresas.

O princípio da licitude está previsto no art. 7.º do Cód.Pub, sendo considerado o *‘princípio geral em matéria de publicidade’* por Moreira Chaves (2005)³⁰. Este princípio procura garantir a conformidade entre a publicidade e a lei, impedindo que deste tipo de atividade resultem mensagens cujo conteúdo ofenda *‘os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados’*³¹. É feita uma enumeração exemplificativa, no nº2 do deste mesmo artigo, de situações em que se verifica esta violação. Impõe-se ainda a obrigação da transmissão em língua portuguesa de toda a publicidade difundida em território português, salvo quando esta se dirija em exclusivo ou principalmente a estrangeiros, ou quando a sua tradução implique a perda do efeito visado aquando da conceção da mensagem.

O princípio da identificabilidade encontra previsão legal no art. 8.º do Cód.Pub e estatui a necessidade de a publicidade dever sempre ser expressamente identificada como tal, seja qual for o meio de difusão utilizado. Assim, em caso de violação do preceito, a publicidade em questão passa a ser considerada como oculta, ou dissimulada, consubstanciando a ilicitude prevista no art. 9.º do mesmo Código.

³⁰ P. 37.

³¹ Art. 7.º Cód.Pub.

O princípio da veracidade, previsto no art. 10.º do Cód.Pub, impõe o respeito pela verdade, a não deformação dos fatos e a possibilidade de prova das ‘*afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens e serviços publicitados*’. Este preceito legal pretende impedir a divulgação de mensagens total ou parcialmente falsas que possam induzir o consumidor em erro. Quando se verificarem situações de publicidade enganosa (art. 11.º), que se traduzam em concorrência desleal, viola-se também o princípio da livre e leal concorrência.

Por último, o princípio do respeito pelos direitos do consumidor (art. 12.º Cód.Pub), que se traduz na obrigação de veiculação de mensagens precisas e claras, por forma a evitar campanhas enganosas, que atentem contra os direitos consagrados na Lei de Defesa do Consumidor³² e na CRP (art. 60.º).

3. A publicidade comparativa

Todos os elementos que compõem a identidade de uma marca, desde a sua designação e história, aos símbolos e logótipos, passando pelas suas cores [Kotler (2010)]³³, pretendem conduzir à automática associação a sensações e recordações que, ao invadir a mente dos consumidores, os levem a desejar adquirir os seus produtos. O papel da publicidade é então fundamental. Inclusivamente, para Caetano, Marques e Lourenço (2008)³⁴: ‘Marketing sem comunicação não existe’. Compete-lhe comunicar no mercado estas construções sensoriais, potenciando as suas vantagens e minimizando, ou até ocultando, as desvantagens.

Se é certo o poder de alcance desta ferramenta, certa é também a crescente saturação que se verifica nos consumidores em relação à mesma, que no entender de Pinto e Castro (2007)³⁵, ‘esgotou a sua capacidade e disponibilidade mental para absorver mais

³² Lei n.º 24/96, de 31 de Julho recentemente alterada pela Lei n.º 10/2013, de 28/01.

³³ P. 86 e seg.

³⁴ P. 105.

³⁵ P. 175.

mensagens'. Impõe-se a necessidade de inovar, através da apresentação de campanhas que captem as atenções do público, veiculando apenas as informações essenciais ao seu processo de decisão de compra.

Nem sempre se afigura como simples a tarefa de criar publicidade que prime pela originalidade; por vezes devido à própria falta de originalidade do produto, outras vezes por incompetência do departamento encarregado do processo criativo, o que se traduz em anúncios que facilmente são esquecidos por aqueles a quem se destinam.

Tendo em conta a elevada competitividade que se verifica em certos mercados, muitas empresas tendem a recorrer à publicidade comparativa.

Por publicidade comparativa entende-se o '(..) método, ou técnica, de confronto empregado por um anunciante, destinado a semelhar ou enaltecer as qualidades ou o preço de seus produtos ou serviços em relação aos produtos ou serviços de um ou mais concorrentes, explícita ou implicitamente' [Marcondes Pereira (2008)]³⁶. Assim, enquanto a publicidade tradicional, não comparativa, comunica apenas os benefícios dos produtos ou serviços da marca anunciante, a publicidade comparativa oferece mais: comunica não só a qualidade dos produtos ou serviços anunciados como também a sua superioridade ou semelhança relativamente à concorrência.

Esta comparação pode ser explícita ou implícita. As comparações explícitas referem-se diretamente à marca, produto ou serviço comparado, através da menção do seu nome ou utilização de imagens do produto ou do seu estabelecimento. Por sua vez, as comparações implícitas assentam na referência indireta feita através de elementos que permitam ao consumidor identificar o concorrente alvo de comparação.

Este tipo de publicidade, aceite em Portugal com certas restrições³⁷, pode ter um impacto significativo na qualidade dos produtos ou serviços (causado pela necessidade de inovar, imposta pela concorrência) e no aumento das intenções de compra [Marcu Mihaela (2008)]³⁸. Verifica-se um crescimento dos índices de recordação associados à marca e à campanha publicitária e uma redução das dúvidas dos consumidores acerca de

³⁶ P. 237, *apud* Beser (2011).

³⁷ Vide 4.2 *infra*.

³⁸ P. 955.

certos produtos, marcas ou serviços comparados, uma vez que se resumem as razões que devem ser tidas em conta na tomada de decisão. Também se atinge, através da publicidade comparativa, um aumento da percepção por parte dos consumidores das características positivas associadas ao produto, marca ou serviço em causa, bem como um crescimento da confiança no anunciante.

Todas as marcas procuram diferenciar-se das suas concorrentes, mostrando que a sua oferta é única na satisfação das necessidades daqueles a quem se dirige. Neste sentido, torna-se imprescindível encontrar uma posição competitiva favorável na indústria em questão, para a qual o conhecimento e análise das forças³⁹ que nela se exercem se revela fundamental. Michael Porter (1985) dá-lhe o nome de estratégia competitiva, que se traduz na escolha de uma estratégia que permita às empresas criar valor para os seus clientes, ultrapassando os custos de produção. Esta situação traduz-se numa vantagem em relação aos seus concorrentes, ou seja, numa vantagem competitiva. De acordo com o autor, tem que ser feita uma escolha que se prende com o tipo de liderança que se quer, sendo as duas principais a liderança no custo e a diferenciação.

Para atingir a vantagem competitiva de liderança no custo, as empresas têm à sua disposição duas estratégias diferentes. Caso pretendam ser a oferta 'low cost' para um amplo ou vários segmentos de mercado, vão à partida ter que apostar em técnicas de redução dos custos de produção, por forma a conseguirem praticar preços inferiores aos da concorrência. Assim, os produtos que disponibilizam deverão apresentar geralmente características 'standard'. Se o objetivo for dirigir-se a segmentos de mercado muito específicos, excluindo os restantes, a escolha irá recair sobre a estratégia de enfoque. Devendo-se explorar as características e necessidades económicas desses segmentos, como por exemplo os estudantes, através de ofertas como os serviços de fotocópias com preços especiais.

³⁹ Michael Porter (1985) resume estas forças em cinco: 1) barreiras à entrada; 2) poder de negociação dos fornecedores; 3) ameaça dos produtos substitutos; 4) ameaça das novas entradas; 5) poder de negociação dos clientes, cuja conjugação resulta na análise da rivalidade existente no mercado em questão.

Quando o objetivo for a diferenciação, as estratégias mais adequadas são igualmente duas. Se a empresa procurar dirigir-se também a um amplo ou vários segmentos de mercado, devem-se identificar os atributos vistos pelo consumidor como essenciais, apostando nos mesmos. Revela-se então fundamental uma identificação e análise dos fatores críticos de sucesso⁴⁰, por forma levar a empresa a alinhar as suas diretrizes com estas variáveis. Dado o especial investimento que requer a especialização num certo atributo, importa reduzir os custos nas áreas que não afetem a sua diferenciação. Dessa forma, o preço *premium* cobrado pelos produtos comercializados excederá, à partida, estes custos avultados. Caso se pretenda uma vantagem com base na diferenciação, mas apenas para um determinado nicho de mercado, a empresa deve procurar responder a necessidades especiais (como as dos diabéticos, oferecendo, por exemplo, gelados sem açúcar), seguindo assim uma estratégia de enfoque. Enquanto que através das estratégias que se dirigem a segmentos de mercado amplos, a vantagem competitiva face aos concorrentes será geral, quando esteja em questão uma estratégia de enfoque, a posição de superioridade não será geral, mas apenas em relação ao nicho escolhido.

Eleita a estratégia a seguir e postas em prática as atividades que levarão a empresa a obter uma vantagem competitiva, importa investir num posicionamento claro. Dessa forma se permite que os consumidores se situem no universo das marcas, produtos e serviços disponíveis no mercado.

É com este intuito que se recorre à publicidade comparativa, para confrontar o produto que se quer dar a conhecer com os produtos concorrentes, mostrando a sua superioridade ou semelhança⁴¹. Assim, quer na diferenciação quer na liderança no custo, esta ferramenta revela-se extremamente útil para colocar os produtos ou serviços de uma

⁴⁰ ‘Áreas de atividade chave, cujos resultados favoráveis são absolutamente necessários para os gestores atingirem os seus objetivos’, Rockart (1978), citado em

http://www.portaldomarketing.com.br/Artigos/Fatores_Criticos_de_Sucesso.htm.

⁴¹ As marcas que se servem da publicidade comparativa com este intuito procuram promover um produto ‘mee-too’, ou seja, um produto que não apresenta inovação face ao seu concorrente. O seu objetivo pode ser tanto atacar a concorrência, como beneficiar da sua imagem positiva já estabelecida na mente dos consumidores e assim desenvolver a sua atividade [Lindon, Lendrevie, Lévy, Dionísio e Rodrigues (2009) p. 159].

marca ao lado dos melhores do mercado, ou, para colocá-los à frente dos seus concorrentes mais próximos.

3.1 Eficácia moderada

A publicidade comparativa é uma ferramenta com elevado potencial no combate pela notoriedade de uma marca no cenário competitivo dos mercados atuais. A sua relativa novidade e irreverência, em conjunto com a informação extra que apresenta, levam a crer numa elevada recetividade por parte dos consumidores. Contudo, de acordo com Schramm, [em Wind (1982)], por forma a conseguir uma comunicação eficiente, é imperativo que se tome como objetivo comum aos vários estágios da conceção da campanha, desde a criação da mensagem à sua veiculação, prender a atenção dos seus destinatários.

A publicidade comparativa pode então ser uma aliada das empresas. No entanto, existem certos fatores que devem ser tidos em conta e que podem ditar o sucesso ou o insucesso da campanha, dizendo respeito quer aos produtos comparados quer ao *target* a que se dirige a comparação. Ao longo dos anos foram realizados vários estudos com o objetivo de avaliar as circunstâncias em que este tipo de publicidade tem maior probabilidade de ser bem sucedida.

3.1.1 Diferentes tipos de processamento de informação

De acordo com Thompson e Hamilton (2006), existem dois tipos principais de processamento de informação: o processamento analítico e o processamento que recorre ao imaginário. No primeiro, a informação é processada recorrendo a elementos semânticos e racionais [Childers, Terry, Houston, e Heckler (1985)], orientando-se por dados [MacInnis e Price (1987)] e sendo a avaliação da qualidade total de um produto feita através de uma análise dos seus vários atributos [Sujan (1985)]. Esta hipótese

verifica-se quando compramos um detergente para a loiça e o avaliamos com base em características como o aroma, o efeito brilhante que deixa na loiça e o componente hidratante de mãos que possui. O segundo, por sua vez, caracteriza-se pelo recurso a experiências sensoriais alojadas na nossa memória, orientando-se por elementos não verbais [Childers, Terry, Houston, e Heckler (1985)]. É exemplo da utilização deste tipo de processamento a compra de um carro novo, situação em que avaliamos o produto imaginando os longos passeios pela costa do país que daremos, em descapotável, nas tardes de verão. Apesar de estes dois tipos de informação poderem coexistir, um deles irá sempre acabar por sobrepor-se ao outro [MacInnis e Price (1987)].

Thompson e Hamilton (2006) relacionam os tipos de processamento de informação com a eficácia da publicidade comparativa. Os autores afirmam que o tipo de publicidade que se utiliza para promover um produto deve ser coerente com o tipo de processamento utilizado pelos consumidores quando o avaliam.

Um estudo recente, elaborado por Karlo, Sivakumaran e Marathe (2013), utiliza como variáveis a percepção da intenção de manipulação, a atitude do consumidor perante a publicidade e as diferenças existentes entre marcas que são percebidas pelo consumidor. Os resultados mostram que o nível de percepção, por parte dos consumidores, do carácter manipulador da publicidade comparativa é elevado quando estes recorrem ao processamento analítico das informações. No entanto, a publicidade comparativa direta é tida como menos manipuladora que a publicidade comparativa indireta. Já sob o processamento de informação que recorre ao imaginário, as comparações diretas são percebidas como sendo altamente manipuladoras. Quanto à atitude perante a publicidade e as diferenças, percebidas pelos consumidores, entre produtos: sob o processamento analítico, as comparações diretas são tidas como mais eficazes, enquanto que, sob o processamento que recorre ao imaginário, o tipo de publicidade comparativa que se revela mais eficaz é a indireta.

Assim, do estudo resulta uma maior adequação das comparações diretas ao tipo de processamento analítico. Sendo este o principal método utilizado aquando da avaliação dos produtos utilitários (cuja compra por parte dos consumidores visa principalmente

responder a necessidades instrumentais), o tipo de publicidade comparativa que se considera mais indicado é o direto. Por sua vez, as comparações indiretas apresentam uma maior compatibilidade com o processamento de informação que recorre ao imaginário. Como tal, quando se avaliam produtos hedónicos (que cumprem essencialmente funções de ‘gratificação sensorial’) a escolha deve recair sobre a publicidade comparativa indireta.

3.1.2 Familiaridade das marcas e tipicidade dos atributos comparados

Pechmann e Ratneshwar (1991) revelam os efeitos moderadores da tipicidade⁴² do atributo alvo de comparação na publicidade comparativa. O seu estudo prevê, tanto as situações em que a marca anunciada é familiar, como aquelas em que não o é. Contudo, em ambos os casos a marca comparada é bem conhecida no mercado. Os autores mostram então que, apesar de a publicidade comparativa ser utilizada maioritariamente com o intuito de diferenciar duas ou mais marcas, também se observam efeitos de associação.

Quando uma marca não familiar afirma a sua superioridade face a uma outra conhecida no mercado com base em atributos típicos, os resultados são tanto de associação de ambas as marcas como de diferenciação. A associação verifica-se relativamente aos atributos não comparados; a imagem de qualidade desses mesmos atributos da marca comparada é então transposta para a marca anunciada. Por sua vez, a diferenciação vai-se verificar relativamente aos atributos comparados. Este efeito é coerente com a intenção da mensagem difundida, na medida em que os atributos da marca anunciada vão ser percebidos como superiores aos da marca comparada.

Contudo, no caso de comparações com base em atributos atípicos, os efeitos de associação e os de diferenciação tendem a ser atenuados. Pois os consumidores já esperavam que a marca comparada não se destacasse pelo atributo atípico referido.

⁴² A tipicidade do atributo comparado significa o seu reconhecimento, ou não, como atributo característico de um certo género de produtos. Por exemplo, na categoria dos gelados, um atributo típico seria o seu sabor a fruta, enquanto um atributo atípico seria a não adição de açúcar, por se destinar a diabéticos.

No caso de comparação entre uma marca familiar e outra conhecida no mercado, com base em atributos típicos, o resultado será de uma extrema eficácia relativamente ao ponto de diferenciação, e de uma eficácia mais moderada em termos de associação. Ao estar familiarizado com a marca anunciada, o consumidor tende a prestar mais atenção aos elementos que a diferenciem da marca comparada, não necessitando de outra marca para formar uma opinião positiva sobre a anunciante. Por sua vez, quando os atributos comparados são atípicos, verifica-se a confirmação da ideia de semelhança entre ambas, estendendo-se à marca anunciada os problemas relacionados com a marca comparada.

Assim, quando se pretende introduzir uma nova marca no mercado, ou destacar uma marca com quota de mercado reduzida, deve-se recorrer à publicidade comparativa com base numa característica típica do produto. Desta forma atinge-se a diferenciação da marca dominante face a essa mesma característica e beneficia-se das suas características tidas como positivas pelos consumidores. No entanto, quando a característica que diferencia o produto dos restantes é atípica, recorrer a esta ferramenta de marketing pode ser equivalente a recorrer à publicidade tradicional. Ainda assim, de acordo com Pechmann e Stewart (1990), a publicidade comparativa acaba sempre por atrair mais atenções e consequentemente conduzir a um aumento das intenções de compra

3.1.3 Quota de mercado das marcas

Pechmann e Stewart (1990) relacionam publicidade comparativa, quota de mercado, atenção, memória e intenções de compra.

De acordo com os autores quando se pretende comparar marcas com uma quota de mercado reduzida com marcas com quota de mercado elevada, a melhor forma de o fazer é através da publicidade comparativa direta. Desta forma, aumenta-se as intenções de compra e atrai-se uma maior atenção por parte dos consumidores, sem no entanto aumentar a perceção de ‘top of mind’ da marca comparada. Através desta modalidade de publicidade comparativa evitam-se também as dificuldades em identificar qual marca anunciada e qual a marca comparada que consubstanciam a ‘*confusion hypothesis*’

[Tannenbaum (1955)], dando lugar, por sua vez, à '*index hypothesis*' [Tannenbaum (1955)], que consiste no fato da notoriedade da marca comparada atrair as atenções dos consumidores.

Se a intenção for comparar marcas com quotas de mercado moderadas ou iguais, de acordo com Pechman e Stewart (1990), nem a publicidade comparativa direta nem a publicidade não comparativa são eficientes. Através do recurso à publicidade comparativa direta verifica-se a '*confusion hypothesis*' [Pechmann e Stewart (1991)], uma menor atenção por parte dos consumidores à campanha, e um aumento da percepção de 'top of mind' de ambas as marcas. Os anúncios não comparativos também se revelam de fraca eficiência, pois não comunicam nenhum tipo de superioridade da marca anunciada face ao universo dos produtos existentes. Considera-se, então, de acordo com Pechmann e Stewart (1991), ser de recorrer à publicidade comparativa indireta, devido à sua capacidade de aumentar as intenções de compra.

Já no que diz respeito às comparações entre marcas com quota de mercado elevada e marcas com quota de mercado reduzida, Pechmann e Stewart (1991) consideram ser a publicidade comparativa direta a mais eficiente. Este tipo de publicidade é mais persuasivo e tem maior capacidade de prender a atenção dos consumidores, possivelmente por se tratar de algo relativamente recente ('*novelty hypothesis*'). No entanto, os autores reconhecem que a marca comparada pode beneficiar indevidamente da imagem da anunciante, devendo, por isso e também pelo fato de a novidade deste tipo de publicidade ser cada vez menor, considerar a comparação direta como arriscada.

Assim, tendo em conta Pechmann e Stewart (1990), pode ser menos arriscado nestes casos recorrer à publicidade não comparativa. Nestas situações, verificar-se-ia um aumento das intenções de compra, enquanto que através de comparações diretas poderia não ser atingido um nível de atenção adicional, aumentando no entanto a percepção de 'top of mind' da marca comparada.

3.1.4 Imagem da marca, formato da publicidade e relevância dos atributos comparados

Yagci, Biswas e Dutta (2009) apresentam a imagem das marcas, a relevância dos atributos comparados e o formato da publicidade como fatores moderadores da eficácia da publicidade comparativa. Estes fatores podem, ou não, conduzir à credibilidade da publicidade e a um aumento das intenções de compra, o que se traduz numa atitude positiva face à marca. De acordo com os autores, a publicidade comparativa pode então ser utilizada não só para posicionar uma marca em relação às suas concorrentes ('Across-Brand-Comparison' - ABC), como também para diferenciar dois produtos de uma mesma marca ('Within-Brand-Comparison' - WBC). É exemplo da publicidade WBC o caso de uma empresa de telecomunicações lançar um novo modelo de telemóvel e pretender comunicar aos consumidores as suas vantagens relativamente ao modelo anterior.

Os autores defendem ainda que se deve ter em conta, não a quota de mercado das marcas como Pechmann e Stewart (1991) sugerem, mas a sua imagem. De acordo com Yagci, Biswas e Dutta (2009), a quota de mercado não só é uma realidade distante da maioria dos consumidores, como se apresenta de difícil interpretação. Nesta ordem de ideias, Aaker 1996 ⁴³ considera o seguinte: *'There can be measurement problems with market share. The product class and the competitor set need to be defined, and sometimes this is difficult. Should store brands be included? What about brands at a different price point? Is the relevant competitor set compact cars, non-luxury cars, import cars, or all cars? Should Miller Lite be compared to all beers, all premium beers, or all light beers? Further, the relevant competitor set can change, creating interpretation problems'*. Deste modo, não apresentando dificuldades maiores, a imagem da marca é então o critério tido em conta pelos autores, revelando o nível de qualidade ou superioridade da marca percebido pelos consumidores, e ainda o nível de consideração que estes têm pela marca, se confiam na mesma e se a respeitam.

Considerando ainda a relevância dos atributos comparados em relação à qualidade do produto, os autores chegaram à conclusão de que, em geral, a publicidade comparativa entre marcas diferentes (ABC) é percebida pela generalidade dos consumidores como

⁴³ P. 116.

uma tática utilizada com objetivos persuasivos. Já a publicidade comparativa entre produtos da mesma marca (WBC) é tida por estes como uma forma legítima de apresentar as características inovadoras do produto mais recente.

Contudo, no que se refere à sua relação com a imagem da marca e a relevância dos atributos comparados, os autores concluem que, quando se pretende diferenciar os produtos com base em atributos com relevância para a sua qualidade, se a marca tiver uma imagem fraca perante os consumidores, a publicidade ABC tende a ser menos eficaz que a WBC, levando a uma menor credibilidade da campanha. Quando a imagem da marca for forte, a credibilidade transmitida pelas comparações WBC será maior que a transmitida pelas ABC. Já nos casos em que a diferenciação recaia sobre atributos irrelevantes para a qualidade do produto, a publicidade ABC será sempre menos eficiente do que a WBC, independentemente da imagem da marca anunciante.

Posto isto, recomenda-se que as marcas que beneficiem de uma imagem forte perante os consumidores recorram à ABC, quando pretendam comunicar atributos com relevância para a qualidade do produto. Quando, no entanto, as marcas possuam uma imagem fraca perante os consumidores, não retirarão proveitos do uso da publicidade ABC. Nestes casos, deve-se recorrer à publicidade comparativa apenas quando o seu intuito for distinguir um produto em relação a outro produto próprio, ou seja WBC.

3.1.5 Diferenças culturais

As normas e valores que caracterizam uma determinada cultura fazem com que ela se diferencie das restantes, moldando os comportamentos daqueles que a integram e afetando as suas respostas perante os vários tipos de publicidade (comparativa direta, comparativa indireta e não comparativa).

De acordo com Triandis (1989), as culturas podem ser divididas em dois grandes grupos: individualistas e coletivistas. Os membros dos primeiros colocam o acento tónico no 'Eu', nas conquistas pessoais. Comparam-se com os restantes mas apenas para se diferenciarem e construírem uma identidade própria [Gurhand-Canli e Maheswaran

(2000)], e dão bastante importância à clareza das comunicações [Kim (1994)]. Já os membros dos segundos, inserem-se desde jovens em grupos com um sentido de coesão muito forte [Choi e Miracle (2004)] e, por essa razão, colocam os objetivos coletivos acima dos seus objetivos pessoais. Não pretendem, então, destacar-se face aos demais [Gurhand-Canli e Maheswaran (2000)].

No entanto, uma determinada cultura não tem necessariamente que ser homogênea, podendo os seus membros apresentar características que os distinguem uns dos outros. Assim, algumas pessoas, independentemente da sua cultura, norteiam-se nas suas interações com as restantes, por valores de independência (virados para si próprios) enquanto outras se guiam por valores de interdependência (sensibilidade relativamente aos pensamentos e emoções alheios) [Markus e Kitayama (1991)]. Sendo, ainda assim, os valores de independência associados às culturas individualistas, enquanto os valores de interdependência são associados às culturas coletivistas [Gudykunst, Matsumoto, Ting-Toomy, Nishida, Kim e Heyman (1996)]; [Kim e Hong (1996)]; [Singelis e Sharkey (1995)].

Choi e Miracle (2004) afirmam que a publicidade comparativa tende a ser mais indicada a comunicar com grupos de pessoas que se guiam por valores de independência, uma vez que a vão perceber como mais informativa, clara e focada [Wilkie e Farris (1975)]. No entanto, Jeon e Beatty (2002) verificaram que na Coreia, onde impera a cultura coletivista, este tipo de publicidade também pode surtir efeito, desde que sob a forma de comparações diretas. Este fato deve-se ao seu caráter de novidade. Já nos Estados Unidos da América, exemplo de cultura individualista, o efeito de novidade torna as comparações indiretas mais eficientes.

Concluem Choi e Miracle (2004) que as especificidades culturais prevalecem sobre os valores de independência ou interdependência que guiam cada indivíduo relativamente à sua receptividade à publicidade comparativa. Daqui se extrai que se deve analisar o padrão comportamental associado a um tipo de cultura em específico antes de enveredar por este caminho publicitário. No entanto, no que diz respeito à publicidade comparativa indireta e à publicidade não comparativa, o papel mediador dos valores norteadores sobrepõe-se à

influência cultural, sendo os valores de independência os que guiam aqueles que recebem as comparações indiretas de forma mais positiva.

A maior parte dos estudos referidos tem por base um exemplo de cada cultura, alargando os resultados para os restantes países com culturas semelhantes. Choi e Miracle (2004) chamam à atenção para o facto de, no seio de certas culturas, à partida não recetivas a certo tipo de publicidade comparativa, poderem existir pessoas que, consideradas em grupos mais reduzidos, possuam características favoráveis à sua utilização. A Coreia é o exemplo utilizado, na medida em que, apesar de representar o coletivismo no estudo em questão, tem no seu seio elementos individualistas, para os quais uma campanha comparativa indireta pode surtir efeito.

4. Constrangimentos legais à publicidade comparativa

Por constrangimentos legais entende-se limites, de carácter jurídico, que se impõem a uma determinada realidade, moldando-a por forma a adequá-la ao ordenamento em questão. No contexto da comunicação de marketing, mais concretamente no que à publicidade diz respeito, várias regras balizam a atuação dos profissionais do setor. A publicidade comparativa foi um dos temas que mereceu especial atenção do legislador e possui conformação legal no Cód.Pub.

4.1. Breve contextualização histórica

A inclusão da publicidade comparativa no panorama da legislação publicitária remonta ao anterior Cód.Pub, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 421/80, de 30 de setembro. Contudo, apenas a partir da década de 90, com o impulso dado pelo direito comunitário, se presta efetivamente atenção a esta temática, dada a importância conferida até então ao

CPI e a conotação negativa que impedia sobre esta técnica no domínio da concorrência desleal.

Atualmente, vigora entre nós o Cód.Pub, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro. Este Código começou por prever a publicidade comparativa como sendo proibida enquanto utilizasse comparações que não se apoiassem em características essenciais, afins e objetivamente demonstráveis dos bens ou serviços, ou que os contrapusessem com bens ou serviços não similares ou desconhecidos. O ónus da prova era atribuído ao anunciante.

Em 1997, foi aprovada a Diretiva n.º 97/55/CE, de 6 de outubro, que veio alterar a Diretiva n.º 84/450/CEE, de 10 de setembro, referente à publicidade enganosa. Com esta alteração passou-se a prever o regime referente à publicidade comparativa através do artigo 3-A e modificou-se o título do diploma, que passou então a fazer-lhe referência. No seu seguimento, foi aprovado em Portugal o Decreto-Lei n.º 275/98, de 9 de setembro, que transpôs para o ordenamento jurídico nacional o regime normativo em questão, apenas se mantendo a regra relativa ao ónus da prova. Como refere Oliveira Ascensão (2002)⁴⁴, o princípio deixa então de ser o da proibição, com a sugestão implícita da sua admissão, para se passar a admitir o seu uso, seguindo-se a apresentação dos seus condicionalismos.

Assistiu-se ainda, em 2006, à aprovação pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da Diretiva n.º 2006/114, de 12 de dezembro, que codifica a Diretiva n.º 84/450 CEE, de 10 de setembro, e as alterações que sofreu posteriormente. Assim, é encorajado, a nível comunitário, o uso deste tipo de publicidade, tido como estímulo à ‘concorrência entre fornecedores de bens e serviços no interesse dos consumidores’⁴⁵ e como ‘meio legítimo de informar os consumidores das vantagens que lhes estão associadas’⁴⁶. A utilização da marca, da designação comercial ou de qualquer outra marca distintiva de outrem não é, então, de acordo com a própria diretiva, considerada infração ao direito exclusivo do seu titular.

⁴⁴ P. 493.

⁴⁵ Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho – considerando (6).

⁴⁶ Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho – considerando (8).

4.2 Situação atual

Atualmente, a publicidade comparativa encontra-se regulada no art. 16.º do Cód.Pub. Considera-se, no seu n.º1, publicidade comparativa aquela que, de forma implícita ou explícita, identificar um concorrente, ou os bens ou serviços por este oferecidos. Daqui resulta caberem no conceito legal, quer as comparações diretas quer as indiretas que se referem a um concorrente específico. Pelo que não se considera, para efeitos do presente artigo, a publicidade superlativa, ou seja, como observa Durigan (2007)⁴⁷, tendo em conta esta definição, exige-se a menção a um concorrente, não se aceitando a simples comparação com o género de produto ou serviço ou com todo o segmento de mercado em questão⁴⁸.

Como condicionalismos, impõem-se: a veracidade das suas afirmações⁴⁹, a equivalência de funções ou objetivos dos produtos e serviços comparados⁵⁰ e a objetividade e possibilidade de comprovação dos critérios de comparação⁵¹. Verifica-se, ainda, a necessidade de não promover confusão no mercado⁵² e a desacreditação ou depreciação de um concorrente, seus produtos, serviços e elementos identificativos⁵³. Deve-se referir, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação⁵⁴. E não deve conduzir ao aproveitamento indevido do renome do concorrente comparado, nem da sua designação comercial ou outros sinais distintivos, ou sua denominação de origem⁵⁵. Proíbe-se ainda a apresentação do produto ou serviço como sendo imitação ou reprodução do produto ou serviço cuja marca ou

⁴⁷ P. 101.

⁴⁸ Como se verifica em afirmações como: ‘O melhor gelado de todos’; ‘o supermercado com preços mais competitivos’.

⁴⁹ Art. 16.º, n.º2, al a).

⁵⁰ Art. 16.º, n.º2, al b).

⁵¹ Art. 16.º, n.º2, al c).

⁵² Art. 16.º, n.º2, al d).

⁵³ Art. 16.º, n.º2, al e).

⁵⁴ Art. 16.º, n.º2, al f).

⁵⁵ Art. 16.º, n.º2, al g).

designação comercial seja alvo de proteção⁵⁶. Os números 3 e 4 referem-se a ofertas especiais e o número 5 ao ónus da prova.

Relativamente às consequências do incumprimento do seu regime legal, vigorou em tempos, por força do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, uma norma (art. 40.º) que criminalizava a publicidade comparativa enganosa ou depreciativa. No entanto, esta norma veio a ser expressamente revogada pelo Decreto-Lei n.º 6/95, de 17 de janeiro. Assim, atualmente, ao incumprimento do regime jurídico da publicidade comparativa pode corresponder o pagamento de uma coima, pela infração contraordenacional prevista na al a) do n.º1 do art. 34.º do Cód.Pub. Os valores da coima situam-se entre os 1.745,80 euros e 3.741 euros e reverterem para a entidade autuante, para o Instituto do Consumidor e para o Estado⁵⁷. Os agentes, que respondem solidariamente, encontram-se identificados no art. 36.º. Pode ainda haver lugar ao pagamento de uma indemnização, nos termos gerais da responsabilidade civil⁵⁸, por lesão dos direitos de terceiros.

Os responsáveis pelo cumprimento da obrigação de indemnizar são os agentes referidos no art. 30.º, cuja responsabilidade é também solidária. Deve-se ter ainda em conta a exceção prevista no n.º2.

Podem igualmente ser aplicadas sanções acessórias, nos termos do art. 35.º, bem como medidas cautelares, de suspensão, cassação ou proibição da publicidade. De acordo com o preceituado no art. 41.º, estas medidas cautelares são ordenadas pela Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade, sem ser necessária a verificação de culpa ou da prova de perda ou de um prejuízo real. No entanto, exige-se a audição do anunciante, do titular ou do concessionário do suporte publicitário, sempre que a mesma se revele possível.

4.3 Publicidade comparativa e concorrência desleal

⁵⁶ Art. 16.º, n.º2, al h).

⁵⁷ Art. 39.º, n.º4, al a), b) e c).

⁵⁸ Art. 483.º e seg. CC.

Por concorrência desleal entendem-se ‘os atos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica’⁵⁹.

A publicidade constitui, de acordo com Moitinho de Almeida (1974)⁶⁰, ‘um dos instrumentos mais utilizados para a prática de atos de concorrência desleal’, podendo ser ‘um meio de denigração do concorrente, gerando o descrédito sobre a respetiva organização empresarial, sobre a qualidade dos produtos ou eficiência dos serviços’. A publicidade comparativa está intimamente ligada a tal denigração, uma vez que, na sua maioria, as hipóteses de concorrência desleal previstas no art. 317.º do CPI se aproximam dos casos de publicidade comparativa ilícita. Razão pela qual se tem assistido a um problema de delimitação de fronteiras, característico deste instituto, como já referia Bigotte Chorão (1995)⁶¹.

No entanto, o problema é apenas aparente. A publicidade comparativa não conduz automaticamente às situações tipificadas nas alíneas do n.º1 do art. 317.º, apenas se verificando tal coincidência nos casos de comparações ilícitas. Nessas situações, a consequência não será a respetiva ao ilícito contraordenacional, previsto no art. 331.º do CPI, mas o regime⁶² do Cód.Pub.

Sendo a publicidade comparativa aceite expressamente através do Cód.Pub, apesar de a problemática patente nos casos de comparações ilícitas que lesem os direitos de concorrentes ser realmente de concorrência desleal, esse fato ‘não tem nenhuma consequência sobre a demarcação do regime’, estando ‘o tipo taxativo do art.16º do Código da Publicidade (...) completamente fora da disciplina da concorrência desleal.’ [Oliveira Ascensão (2002)]⁶³. Pelo que, verificando-se situações de publicidade comparativa ilícita, mesmo que esta não vá de encontro às ‘normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica’, tal situação⁶⁴ não deixa de ser regulada pelo Cód.Pub.

⁵⁹ Art. 316.º, n.º1, CPI.

⁶⁰ P. 62 e 63.

⁶¹ P. 713.

⁶² Vide, supra, 4.2.

⁶³ P. 495.

⁶⁴ Como seria o caso, por exemplo, de uma comparação entre bens ou serviços que não respondam às

Coloca-se também a questão relativa ao uso dos sinais distintivos dos concorrentes no âmbito da publicidade comparativa como possível agressão às boas práticas de concorrência. De acordo com o Júri de Ética do ICAP, não se deve recorrer ao CPI apesar de uma situação de publicidade comparativa poder gerar situações de concorrência desleal, pois este tipo de publicidade tem um regime próprio, que aceita o uso não autorizado do logótipo da marca comparada⁶⁵.

Conclui-se, assim, que a publicidade comparativa pode dar lugar a situações de concorrência desleal; contudo, o regime aplicável será sempre o patente no Cód.Pub, que afasta a aplicação do CPI.

4.4 A autorregulação publicitária

Instituto de autorregulação publicitária é *‘um sistema criado pela própria indústria e de adesão voluntária por parte dos seus profissionais - anunciantes, agências e meios -, que tem como objetivo último assegurar rápida e eficazmente a observância na comunicação publicitária, enquanto disciplina concebida com elevado sentido de responsabilidade social e observadora das regras da leal concorrência, dos princípios da legalidade, decência, honestidade e veracidade.’*⁶⁶

Em Portugal, este sistema de autorregulação publicitária surgiu em 1991, em função de uma necessidade do mercado. Anunciantes, agências e meios (na altura representados por entidades como a APAN⁶⁷, AIND⁶⁸, AMD⁶⁹, APAP⁷⁰, INTERVOZ e, numa outra

mesmas necessidades (não causando tal publicidade confusão no mercado entre as empresas, estabelecimentos, produtos ou serviços comparados).

⁶⁵ Processo: PT Comunicações, S.A. vs. Onitecom – Infocomunicações, S.A. de 11 de maio de 2001 – www.icap.pt.

⁶⁶ http://www.icap.pt/icapv2/icap_site/mod1.php?AG4JPQ51=ADEtela9Xr1&AHAJJg5i=ADcJYwtela9Xr1tela9Xr1&AG8JOg5uVj0BdgFo=AHMJJwtela9Xr1tela9Xr1.

⁶⁷ Associação Portuguesa de Anunciantes.

⁶⁸ Associação Portuguesa de Imprensa.

⁶⁹ Associação de Marketing Direto.

⁷⁰ Associação Portuguesa das Empresas de Publicidade Comunicação e Marketing.

fase, SIC⁷¹ e TVI⁷²) juntaram-se, por iniciativa própria, e deram início a uma entidade sem fins lucrativos, que viria a ser convertida no ICAP.

Este instituto tem um papel preponderante na defesa da ética e dos princípios deontológicos no seio da comunicação publicitária, promovendo assim a credibilidade das obras publicitárias e a liberdade de expressão. Atualmente, o ICAP desempenha funções de exame da publicidade e sua suspensão. Contribui para a elaboração e aperfeiçoamento da lei e promove o entendimento e cooperação com vista a eliminar conflitos. Presta informações, emite pareceres, elabora e implementa códigos de conduta, tais como: o Código de Conduta em Matéria de Publicidade⁷³, o Código de Práticas Leais sobre Publicidade Ambiental, os Regulamentos do Júri de Ética⁷⁴, do Gabinete Técnico Jurídico e da Mediação, e o Código de Autorregulação em Matéria de Comunicação Comercial e de Alimentos e Bebidas dirigida e Crianças.

Relativamente às entidades abrangidas pela competência do ICAP, todos aqueles que: sejam seus associados⁷⁵; que apesar de não serem sócios da mesma sejam membros de associações e outras entidades suas filiadas; bem como quaisquer outras entidades que submetam questões à apreciação do J.E, estão obrigados a acatar as suas decisões.

5. Direito comparado

⁷¹ Sociedade Independente de Comunicação.

⁷² Televisão Independente.

⁷³ Que contém regras sobre o bom uso das ferramentas publicitárias, e, como tal, sobre publicidade comparativa no seu art. 15.º, cujo conteúdo praticamente reproduz o texto legal já referido.

⁷⁴ O Júri de Ética delibera extrajudicialmente sobre casos que lhe sejam submetidos, podendo decidir como pena aplicável aos infratores a advertência, a censura simples, a censura com publicidade, a suspensão dos direitos e regalias dos associados até 6 meses, ou expulsão. As suas deliberações são compiladas e distribuídas pelos interessados, por forma a servir de guias de boas práticas publicitárias. O Júri de Ética elabora, ainda, em conjunto com o Gabinete Técnico Jurídico, os pareceres requeridos junto do ICAP.

⁷⁵ Anunciantes dos vários sectores económicos e/ou suas associações representativas, a generalidade dos meios e dos veículos utilizado para a divulgação da mensagem de comunicação comercial.

5.1 Estados Unidos da América

Nos EUA, a promoção do bem estar dos consumidores e de uma economia livre e competitiva ditam a postura governamental no seio do mundo dos negócios⁷⁶. De acordo com Coelho (2003)⁷⁷, ‘a cultura norte americana defende a total liberdade de expressão e acredita que os prejuízos que porventura decorram da utilização da marca alheia numa publicidade comparativa são compensados pelos benefícios trazidos aos consumidores’.

A matéria publicitária é alvo de dois diplomas principais: o *Federal Trade Commission Act* e o *Trademark (Lanham) Act*⁷⁸. Este último proíbe falsas designações de origem e descrições falsas ou enganosas dos factos. As entidades competentes para dar resposta às queixas respeitantes à publicidade comparativa são a *Federal Trade Commission*⁷⁹ (FTC) e a *National Advertising Division of the Council of Better Business Bureaus, Inc.*⁸⁰ (NAD).

O recurso à publicidade comparativa é bastante recorrente, podendo este facto ser explicado pelo encorajamento, dado em 1979 pela FTC. Através da emissão de um parecer⁸¹, esta entidade determinou que a autorregulamentação da indústria publicitária não deveria restringir o uso desta ferramenta, quando o seu conteúdo fosse verdadeiro. Declarou ainda que a publicidade comparativa poderia ser benéfica para os consumidores, agências, meios de comunicação e entidades de autorregulamentação. E promoveu a utilização do nome do concorrente, ou referências claras ao mesmo. Quando veículo de informações verdadeiras, a publicidade comparativa, de acordo com a FTC, é uma fonte importante de informações dos consumidores, encorajando também melhorias e inovações nos produtos e podendo conduzir à redução dos preços.

⁷⁶ <http://www.legalserviceindia.com/article/1182-Comparative-Advertising-laws.html>.

⁷⁷ *Apud* Durigan (2007), p. 162 .

⁷⁸ A seção 43(a) aplica-se aos casos de publicidade comparativa.

⁷⁹ Entidade independente (no sentido em que apesar de integrar constitucionalmente o poder executivo, o poder do presidente sobre esta entidade é limitado) do governo dos EUA, que garante a proteção do consumidor e a prevenção das práticas empresariais anti competitivas.

⁸⁰ Unidade integrante do conselho de autorregulação de publicidade.

⁸¹ ‘Statement of Policy Regarding Comparative Advertising’, Federal Trade Commission Washington D.CM 20580, august 13, 1979.

A NAD considera igualmente a publicidade comparativa de grande utilidade, entendendo no entanto, diferentemente da FTC⁸², que esta se deve pautar por um nível elevado de escrutínio, por forma a garantir a sua veracidade e precisão.

5.2 Reino Unido

A publicidade comparativa é também utilizada de forma recorrente no Reino Unido. Antes da aprovação da Diretiva n.º 97/55/CE, de 6 de outubro, já era permitida pelo *Trade Mark Act (TMA) 1994*, especialmente nas suas seções 10(6) e 11(2). Ao ser aprovada a Diretiva, o governo implementou-a através das *Control of Misleading Advertising (Amendment) Regulations 2000*.

Com a Diretiva n.º 2006/114, de 12 de dezembro, foram também aprovadas as *The Business Protection from Misleading Marketing Regulations 2008*⁸³. Do seu conteúdo destacam-se os requisitos a ter em conta para a publicidade comparativa ser legal, tendo estes sido incorporados nos códigos de autorregulamentação publicitária. A sua observância na atividade publicitária é obrigatória e cabe ao *Office of Fair Trading* em conjunto com a autoridade local de *Trading Standards Services* bem como à *Advertising Standards Authority* um papel preponderante na garantia do seu cumprimento.

Em fevereiro de 2013, o *Committee of Advertising Practice* e o *Broadcast Committee of Advertising Practice* modificaram as regras 3.35 e 3.39 dos *UK Advertising Codes* por forma a reduzir as exigências relativas à comparação de preços no domínio da publicidade comparativa. Se, antes, as comparações tinham que ter por base produtos idênticos, ou substancialmente equivalentes, agora, indo ao encontro da Diretiva n.º 2006/114, de 12 de dezembro, os produtos têm apenas que responder às mesmas necessidades ou prosseguir os mesmos objetivos.

⁸² Que afirmou no seu parecer avaliar a publicidade comparativa de acordo com os mesmos padrões que utiliza na avaliação da publicidade tradicional, sem caber aos profissionais do setor um elevado nível de necessidade de fundamentação das afirmações comparativas.

⁸³ 'BPRs'.

5.3 Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro não existe norma que permita ou proíba a publicidade comparativa. Assim, na falta de legislação específica, quando se suscitam questões relacionadas com este tipo de publicidade, recorre-se ao Direito das Marcas (Direito da Propriedade Industrial), ao Direito Autoral (Direitos de Autor) e ao Direito de Concorrência.

No entanto, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), *‘organização não-governamental, responsável pelo autocontrole do mercado publicitário’* [Beser (2010)]⁸⁴ inclui esta temática no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP). O art. 32.º, seção 7, aceita, expressamente a utilização da publicidade comparativa quando cumpra o objetivo principal de esclarecimento do consumidor. Impõe-se a necessidade de as mensagens comparativas serem claras, concretas e precisas, pois só assim auxiliam o consumidor a tomar uma decisão de forma consciente. Estabelecem-se ainda outros requisitos para a sua utilização, tais como: a equivalência dos produtos comparados, a objetividade na comparação e a não promoção de confusão entre o produto anunciado e o comparado. Proíbe-se igualmente a condução a situações de concorrência desleal e a denigração do produto ou marca da empresa comparada.

Apesar de não ser lei, o CBARP é considerado uma importante fonte de direito subsidiário (art. 16.º CBARP) na medida em que expressa os usos e costumes do mercado publicitário e, de acordo com o art. 4.º da *Lei de introdução às normas do direito Brasileiro* (Decreto-Lei n.º 4.657/42, alterado pela Lei n.º 12.376, de 2010) *‘quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, costumes e os princípios gerais de direito’*.

Também a Resolução 126/96 do Mercosul autoriza a publicidade comparativa (no III item). São impostos alguns requisitos, tais como a veracidade das afirmações e a possibilidade de comprovação das comparações. A informação dos consumidores deve

⁸⁴ P. 20.

ser o principal objetivo quando se utiliza a publicidade comparativa; contudo, esta não pode originar situações de concorrência desleal ou desprestígio da imagem dos produtos, serviços ou marcas alheias. No entanto, esta norma, bem como as restantes normas criadas no seio do Mercosul, apenas entram em vigor após a sua entrada em vigor internamente em todos os seus países membros⁸⁵.

5.4 República Popular da China

Na República Popular da China também não existe legislação específica sobre a publicidade comparativa. Recorre-se, então, a dois outros instrumentos legais para resolver os litígios que se colocam a respeito desta matéria: a *Lei da Publicidade da República Popular da China* (LPRPC) e a *Lei Contra as Práticas de Concorrência Desleal* (LCPCD).

No domínio da LPRPC, devem ter-se em conta três princípios: o princípio da legalidade, o princípio da objetividade e o princípio da justiça. Através do art. 12.º são proibidos comentários depreciativos acerca dos produtos ou serviços dos concorrentes no domínio publicitário. O art. 21.º, proíbe a concorrência desleal. A LCPCD estipula, no art. 9.º, a proibição da publicidade falsa e enganosa e reforça esta proibição no art. 14.º, quando a publicidade tiver por intuito denegrir o concorrente. No art. 20.º prevê-se a responsabilidade daquele que violar a lei e causar danos a outrem.

Apesar de proibida a publicidade enganosa, não existe na legislação chinesa nenhuma norma que permita aferir quando um anúncio é ou não enganoso. Nestes casos, recorre-se ao critério do consumidor médio.

Devido à falta de legislação concreta sobre publicidade comparativa na República Popular da China, verifica-se um recurso menos frequente à mesma, em comparação com outros países. A incerteza relativa às consequências associadas a esta ferramenta traduz-se então numa inibição da sua utilização.

⁸⁵ Atualmente os membros do Mercosul são o Brasil, a Argentina, o Uruguai e a Venezuela. A Bolívia encontra-se na fase inicial de adesão, e o Paraguai foi suspenso.

6. Aplicação prática da lei – casos exemplificativos

Várias são as entidades que procuram apresentar os benefícios dos seus produtos e serviços aos consumidores, contrapondo-os aos da concorrência. Através de uma análise das deliberações do Júri de Ética do ICAP (J.E), verifica-se que desde o ano de 2000⁸⁶ têm vindo a ser suscitadas, de forma bastante frequente, questões relacionadas com o uso da publicidade comparativa. Paralelamente a situações de suscetíveis violações das alíneas a) a h), do art. 16.º n.º2, do Cód.Pub, que encontra correspondência no art. 15.º n.º 2 do CCICAP, observa-se a existência de casos que se prendem com a amplitude do conceito de publicidade comparativa, cuja referência no presente trabalho se afigura ser essencial.

Ao comparar os produtos ou serviços de uma marca com os produtos ou serviços oferecidos por um concorrente, seja de forma implícita ou de forma explícita, a comunicação publicitária fica sujeita ao regime legal da publicidade comparativa. A questão que se levanta neste domínio, em vários casos submetidos à apreciação do J.E⁸⁷, prende-se com o facto de, em certas campanhas publicitárias, o anunciante se comparar com o universo dos concorrentes como um todo, afirmando *‘4G no iPhone5 só na Optimus’*⁸⁸, ou *‘Certos protetores transpiráveis deixam que a tua pele respire, como este tecido. Mas trespasam, como este tecido’*⁸⁹. Não havendo à partida uma referência explícita ou implícita inequívoca a um determinado competidor. No entanto, nem sempre este tipo de afirmações demonstra ser inocente; por vezes, as marcas recorrem a esta técnica superlativa, por considerarem que dessa forma o seu material publicitário não cai no âmbito de aplicação do art. 16.º do Cód.Pub e do art. 15.º do CCICAP. Mas, como ser

⁸⁶ Ano em que o ICAP teve autorização para começar a publicar as deliberações do Júri de Ética, segundo informação do próprio ICAP.

⁸⁷ ‘O JE é o órgão responsável pelo sistema de resolução de litígios e, a par do GTJ - Gabinete Técnico Jurídico - , dos pareceres interpostos junto do ICAP.’ – www.icap.pt.

⁸⁸ Processo n.º 2J/2013 – Vodafone – Comunicações, S.A. vs. Optimus Telecomunicações.

⁸⁹ Processo Johnson & Johnson vs. Ausónia Arbora, de 7 de setembro de 2001.

verá, nem sempre tem sido este o entendimento do J.E aquando da resolução dos litígios que lhe são submetidos.

No Processo n.º 2J/2013 – Vodafone – Comunicações, S.A. vs Optimus Telecomunicações, de 1 de março⁹⁰, a requerida afirmava a superioridade do seu serviço através da expressão ‘4G no iPhone5 só na Optimus’. O J.E considerou que, no caso, se tratava efetivamente de publicidade comparativa implícita genérica, na medida em que, apesar de se recorrer a uma comparação superlativa⁹¹, mais concretamente uma ‘publicidade de tom exclusivo’⁹², a estrutura do mercado em questão (devido à sua exiguidade) permitia ao consumidor médio⁹³ identificar a totalidade dos seus atuantes. Por essa razão, a Vodafone era facilmente identificada como alvo da comparação. Também no processo n.º 14J/1012 Vodafone – Comunicações, S.A. vs. TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A., de 17 de outubro⁹⁴, e no processo n.º 4J/2012 Vodafone – Comunicações, S.A. vs. PT Comunicações, S.A., de 29 de março⁹⁵ (entre outros), se levantou esta questão. No primeiro, afirmava-se (por exemplo) ‘A Banda Larga TMN continua a liderar, chega a todo o lado’ e, no segundo, ‘A verdadeira fibra é MEO’, tendo em ambos os casos a solução sido concordante com a anterior.

Contudo, também existem situações em que por forma a atacar um concorrente, as empresas alegam que determinadas campanhas publicitárias fazem uso desta ferramenta, quando na realidade isso não se verifica.

⁹⁰Ver:http://www.icap.pt/icapv2/icap_site/deliberacao_detalhe.php?AG4JPQ51=ADotela9Xr1&AHAJJg5i=&AGoJNwtela9Xr1tela9Xr1=ADcJZw4z&AGIJPO5v=ADEJYw4xVmktela9Xr1.

⁹¹ Vide, supra, 4.2.

⁹² De acordo com o J.E: ‘aquela através da qual “o anunciante pretende excluir da posição que ocupa os restantes concorrentes (...) alcançando uma posição superior à dos seus rivais” (vd. Carlos Lema Devesa in “La Publicidad de Tono Excluyente”, Editorial Moncorvo, 1980), limitando-se “a realçar a sua posição de proeminência sem fazer nenhuma referência directa aos seus concorrentes” (vd. Anxo Tato Plazain “La Publicidad Comparativa”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1996, p.50).

⁹³ Conceito recorrente no âmbito do direito comunitário e postulado no CCICAP, arts. 2.º, al b) e 3.º, n.º 2, 3 e 5.

⁹⁴Ver:http://www.icap.pt/icapv2/icap_site/deliberacao_detalhe.php?AG4JPQ51=ADotela9Xr1&AHAJJg5i=&AGoJNwtela9Xr1tela9Xr1=ADcJYA41&AGIJPO5v=ADEJYw4xVmgtela9Xr1.

⁹⁵Ver:http://www.icap.pt/icapv2/icap_site/deliberacao_detalhe.php?AG4JPQ51=ADotela9Xr1&AHAJJg5i=&AGoJNwtela9Xr1tela9Xr1=ADcJYQ41&AGIJPO5v=ADEJYw4xVmgtela9Xr1.

É o caso do processo Johnson & Johnson vs. Ausónia Arbora, de 7 de setembro de 2001⁹⁶, no qual a requerida afirma que ‘*Certos protetores transpiráveis deixam que a tua pele respire, como este tecido. Mas trespassam, como este tecido*’ e a requerente alega tratar-se de uma comparação. Para tal, afirma que a expressão ‘*Certos protetores transpiráveis*’ coloca lado a lado o produto anunciado, *EVAX Salvaslip*, e os protetores transpiráveis *respirare* da marca por si comercializada, *Carefree*. A sua alegação baseia-se, quer na proximidade das quotas de mercado das marcas⁹⁷, quer no facto de a característica essencial anunciada só existir nos produtos das marcas referidas, não havendo qualquer outra que a satisfaça. No entanto, a requerida alegou e provou a existência de outros *players* a comercializar e a publicitar produtos com a característica enunciada. E, apesar de as quotas de mercado de ambas as marcas serem próximas (dados que o J.E aceita com reserva), indicando a sua superioridade face às restantes, o J.E considerou não se estar perante uma situação em que um consumidor médio identifique necessariamente o produto da marca requerente e mais nenhum outro. Pelo que o regime da publicidade comparativa não seria aplicável à campanha em questão.

Como esta, outras marcas procuraram qualificar como publicidade comparativa a publicidade efetuada pelos seus concorrentes. Aconteceu no Processo Johnson’s Wax de Portugal – Produtos Químicos, LDA. vs. Sara Lee – HouseHold and Body Care Portugal – Produtos de Consumo, LDA., de 18 de julho de 2001⁹⁸, no qual se promove o produto ‘Dum Dum Max’, e no Processo FIMA/VG vs. Procter&Gamble Portugal, de 6 de março de 2001⁹⁹, relativo a um anúncio ao produto ‘Sunny Delight’.

Cumpra ainda referir a inclusão no conceito de publicidade comparativa da comparação entre géneros alimentares, sem que seja feita qualquer alusão a marcas

⁹⁶Ver:http://www.icap.pt/icapv2/icap_site/deliberacao_detalhe.php?AG4JPQ51=ADotela9Xr1&AHJJg5i=&AGoJNwtela9Xr1tela9Xr1=ADsJYQtela9Xr1tela9Xr1&AGIJPQ5v=ADEJYw4wVmstela9Xr1.

⁹⁷ ‘39,2% para o Evax Salvaslip e 35,5% para o Carefree protectores diários, conforme dados A.C. Nielsen juntos pela J&J’.

⁹⁸Ver:http://www.icap.pt/icapv2/icap_site/deliberacao_detalhe.php?AG4JPQ51=ADotela9Xr1&AHJJg5i=&AGoJNwtela9Xr1tela9Xr1=ADQJagtela9Xr1tela9Xr1&AGIJPQ5v=ADEJYw4wVmstela9Xr1.

⁹⁹Ver:http://www.icap.pt/icapv2/icap_site/deliberacao_detalhe.php?AG4JPQ51=ADotela9Xr1&AHJJg5i=&AGoJNwtela9Xr1tela9Xr1=ADsJZwtela9Xr1tela9Xr1&AGIJPQ5v=ADEJYw4wVmstela9Xr1.

específicas. É o caso do Processo n.º 18J/2010, de 8 de setembro¹⁰⁰, Associação Nacional dos Industriais de Refrigerantes e Sumos de Frutos vs. Federação Nacional das Cooperativas de Produtores de Leite. A campanha em questão tinha por objetivo promover um maior consumo de leite junto das camadas da população mais jovens. A requerente alegou tratar-se de publicidade comparativa. O anúncio televisivo apresentava um pacote identificado com as expressões ‘refrigerante’ e ‘0% de leite’, e era acompanhado por referências em voz-off à incapacidade de o consumo de determinados produtos alimentares substituir o consumo de leite. De acordo com a sua argumentação, verificava-se uma comparação ‘*despropositada, abusiva e não pertinente entre o leite e os refrigerantes*’. O J.E entendeu tratar-se efetivamente de uma prática de publicidade comparativa explícita e ilícita entre as categorias de produtos ‘leite’ e ‘refrigerantes’, perceptíveis ao consumidor médio.

Conclusões

Tendo em conta a necessidade que se impõe no seio das sociedades de reger os aspetos da vida quotidiana que possam impedir a convivência em harmonia com aqueles que nos rodeiam, surgem, associadas às mais diversas atividades económicas, limites de carácter legal.

Pretendeu o presente trabalho estudar um exemplo dessas imposições jurídicas, que apesar de limitarem a atividade do marketing, permitem que os seus profissionais antevejam com segurança as consequências das suas decisões. Escolheu-se então uma temática que se insere na sua vertente comunicacional, a publicidade comparativa, abordada de forma a permitir a sua compreensão por parte quer de profissionais de direito quer do marketing, recorrendo a uma contextualização no domínio de ambas as realidades.

¹⁰⁰ Ver: http://www.icap.pt/icapv2/icap_site/deliberacao_detalhe.php?AG4JPQ51=ADotela9Xr1&AHAJJg5i=&AGoJNwtela9Xr1tela9Xr1=ADAJag4x&AGIJPQ5v=ADEJYw4xVmotela9Xr1.

Vários são os ordenamentos jurídicos que preveem esta ferramenta. Nos Estados Unidos da América¹⁰¹ foi inclusivamente incentivada a sua utilização pela *Federal Trade Commission*, que avalia a sua licitude, de forma equivalente às situações de publicidade tradicional. Já outros ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, o da República Popular da China¹⁰², não preverem a publicidade comparativa nos seus textos legais. Recorre-se, então, a outros instrumentos jurídicos como a *Lei da Publicidade da República Popular da China (LPRP)* e a *Lei Contra as Práticas de Concorrência Desleal (LCPCD)* para dar resposta às questões que se suscitam neste âmbito. No entanto, a falta de lei relativa a este tipo publicitário leva a uma inibição da sua utilização.

Portugal encontra-se assim, tal como acontece em outros países da União Europeia, a meio caminho entre estas duas realidades. Prevê-se a sua aceitabilidade através do Cód.Pub, que estipula expressamente as circunstâncias em que é admitida e estabelece as consequências da sua ilicitude, quando se trate de publicidade comparativa ilícita.

Apesar do incentivo que o direito comunitário tem procurado dar à sua utilização, tal postura não tem sido seguida pelos nossos governantes. Estes transpuseram para o ordenamento jurídico nacional as regras que a esta matéria dizem respeito, sem no entanto enfatizarem os benefícios já conhecidos provenientes do seu uso.

Apesar disso, o mercado tem-se estimulado a si próprio. São já algumas as empresas que recorrem à publicidade comparativa para promover as suas marcas, produtos ou serviços. Por vezes, as empresas interpretam a lei da forma que mais lhes convém, procurando beneficiar das vantagens da comparação, sem no entanto estarem adstritas ao seu regime. Esta situação verifica-se por exemplo com a interpretação restritiva que tem sido feita ao conceito legal¹⁰³ de publicidade comparativa. Por essa razão, cumpre, quer ao Estado, através da possibilidade de interposição de ações judiciais, quer à entidade de autorregulação publicitária, o ICAP, através de um sistema de resolução de litígios e de

¹⁰¹ Vide, supra, 5.1.

¹⁰² Vide, supra, 5.4.

¹⁰³ Vide , supra, 4.2 e 6.

emissão de pareceres, garantir o cumprimento da lei. Desta forma se combatem algumas das desvantagens associadas a este tipo de publicidade. Principalmente as referentes à possibilidade de veiculação de mensagens falsas, enganadoras, ou geradoras de confusão na mente dos consumidores, que deturpam o seu processo de decisão de compra e podem denegrir a imagem do concorrente, ou beneficiar indevidamente desta.

Considera-se que, apesar de estar associada a certos inconvenientes, a publicidade comparativa se consubstancia em importantes benefícios. No que diz respeito aos consumidores, fornece-se informação extra ao serem colocadas lado a lado as características das marcas, produtos ou serviços anunciados e as das marcas, produtos ou serviços alvo da comparação, o que permite uma escolha baseada num maior conhecimento. Relativamente às empresas, ao comunicar de forma clara a sua vantagem competitiva face à concorrência, facilita-se o seu posicionamento na mente dos consumidores. O que pode conduzir a um crescimento dos índices de recordação, das intenções de compra e da confiança no anunciante.

No entanto, estes benefícios são, como referido, apenas potenciais. Para ser bem sucedida, a publicidade comparativa deve ter em conta determinados fatores, tais como: os atributos alvo de comparação, a imagem que os consumidores têm da marca, o formato da publicidade, o tipo de produto, as quotas de mercado das marcas, a cultura a que se dirige a comparação e os valores individuais que guiam os destinatários da mensagem.

Quando se pretendam comunicar atributos que sejam tipicamente associados às marcas mais conhecidas ou características de uma certa categoria [Pechmann e Ratneshwar (1991)], a publicidade comparativa é a mais adequada para introduzir uma nova marca no mercado, ou destacar uma marca com quota de mercado reduzida. Quando a comunicação recair sobre atributos atípicos, a publicidade tradicional [Pechmann e Stewart (1990)] conduzirá a uma menor atenção dos consumidores à campanha, não se verificando aumento nas intenções de compra, devendo-se por isso, recorrer também nestes casos à publicidade comparativa.

Sendo forte a imagem da marca que pretende comunicar, a escolha deve recair sobre

publicidade comparativa entre marcas diferentes ('Across-Brand-Comparisons' - ABC) quando se pretendam destacar atributos com relevância na qualidade. Se, por sua vez, os atributos a destacar forem irrelevantes para a qualidade da marca, produto, ou serviço, recomenda-se o uso da publicidade comparativa entre produtos da mesma marca ('Within-Brand-Comparisons' - WBC). No caso de a marca ter uma imagem fraca perante os consumidores, seja o atributo a destacar relevante ou irrelevante para a qualidade, apenas se retirará proveito do uso da WBC.

Quanto à escolha entre a utilização das comparações diretas ou indiretas, aconselha-se o uso da primeira: quando o produto a comunicar seja utilitário, uma vez que o tipo de processamento de informação utilizado no momento da sua aquisição é sobretudo o analítico; quando se pretenda comparar marcas com uma quota de mercado reduzida com marcas com quota de mercado elevada; e quando se pretenda dirigir a comunicação a um tipo de cultura coletivista, devido à novidade desta forma comparativa.

Por sua vez, a publicidade comparativa indireta adequa-se: à promoção de produtos hedónicos, sendo a sua avaliação feita, essencialmente, através do processamento de informação que recorre a experiências sensoriais alojadas na nossa memória; à comparação de marcas com quota de mercado moderada ou com quotas de mercado semelhantes; e à comunicação que se dirija a pessoas que se guiam por valores individuais de independência.

O presente trabalho procurou: fornecer indicações sobre as circunstâncias que propiciam uma maior recetividade da publicidade comparativa; apresentar os agentes que participam nas várias fases do processo da atividade publicitária e a forma como estes se relacionam entre si; referir as fontes de direito diretamente aplicáveis à matéria e os seus princípios norteadores; e clarificar a lei que a disciplina, desmistificando-se a sua relação com o CPI nas situações que consubstanciem concorrência desleal. Cumpre, agora, àqueles cuja decisão de utilizar este tipo de publicidade compete, verificar se a mensagem que pretendem comunicar aos consumidores beneficiará deste formato.

No que se refere à intensidade com que os constrangimentos jurídicos impostos à

publicidade comparativa demarcam a sua utilização, verifica-se uma limitação na medida do necessário. É inclusivamente permitido o tipo de comparação com maior potencial para lesar os concorrentes, a publicidade comparativa direta. Acredita-se, indo ao encontro da opinião de Ricardo Monteiro (vice presidente global e CEO na Península Ibérica e América Latina da Havas World Wild Portugal¹⁰⁴), que existe, no entanto, um estigma cultural associado a este tipo de publicidade. Considera-se que este facto se deve a um fraco conhecimento da lei por parte das empresas, o que as leva a evitar campanhas com esta natureza por temerem as suas consequências jurídicas. Este instrumento do marketing tende então a ser considerado como automaticamente lesivo de direitos dos concorrentes (alvo da comparação) e potencialmente lesivo dos direitos dos consumidores (seus destinatários).

Na realidade, a publicidade comparativa não gera necessariamente situações lesivas. É com o intuito de evitar este tipo de agressões que vigoram no nosso ordenamento jurídico os limites de carácter legal que lhe são aplicáveis, que em nada impedem construções criativas por parte daqueles que se dedicam a esta atividade. É então possível criar campanhas com resultados verdadeiramente eficazes e conformes com a lei.

Posto isto, considera-se que, a publicidade comparativa, beneficiaria de um incentivo quer do Estado, quer da entidade de autorregulação publicitária, à sua utilização. Desta forma, aumentar-se-ia a confiança por parte das empresas na publicidade comparativa e contribuir-se-ia para afastar um certo pudor patente em Portugal que, de acordo com Ricardo Monteiro, ‘foge da comparação’¹⁰⁵.

Cumpr agora aferir se a conjuntura nacional e internacional se apresenta, ou não, propícia ao uso da publicidade comparativa. A evolução legislativa do regime da publicidade comparativa, a nível comunitário, apresenta-se favorável a uma crescente harmonização entre os vários países. O regime jurídico desta ferramenta publicitária é mais limitativo nos países da União Europeia em relação, por exemplo, aos Estados Unidos da América (uma das mais importantes potências económicas). Acredita-se numa

¹⁰⁴ <http://visao.sapo.pt/supermercados-em-guerra=f523088>.

¹⁰⁵ <http://visao.sapo.pt/supermercados-em-guerra=f523088>.

evolução no sentido de uma aceitação cada vez maior por parte de países que ainda não preveem a publicidade comparativa, crendo-se que estes venham seguir os passos dos restantes (na medida em que já se colocam questões relativas a esta matéria no seio da sua atividade publicitária). E tem-se observado uma aplicação clara da lei em Portugal, o que resulta da simplicidade e facilidade de interpretação da lei.

Assim sendo, considera-se a conjuntura internacional e nacional cada vez mais propícia às campanhas de publicidade comparativa. No contexto da globalização que se vive atualmente deve-se incentivar as empresas a fazer uso deste tipo de publicidade, que se traduz em várias consequências positivas. A nível económico, contribuirá por exemplo para: o fomento da concorrência, a criação de postos de trabalho, uma maior circulação monetária, o financiamento dos meios de comunicação e para a adaptação da procura à oferta disponível no mercado.

Através da presente dissertação pretendeu-se mostrar a utilidade da publicidade comparativa enquanto ferramenta de marketing e clarificar os seus constrangimentos jurídicos. Acredita-se na sua eficácia, quando devidamente ponderada, e incentiva-se a sua utilização no seio das empresas que pretendam comunicar a sua marca, produtos ou serviços aos consumidores.

Referências Bibliográficas

AAKER, David A.

- *Measuring Brand Equity Across Products and Markets*, in California Management Review, vol. 38, n.º 3, primavera de 1996

ALMEIDA, J. C. Moitinho de

- *Publicidade Enganosa*, Lisboa, Arcádia, 1974

ASCENSÃO, José de Oliveira

- *Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 2002

BARIGOZZI, Francesca / PEREZ, Martin

- *Comparative Advertising and Competition Policy*, Working Paper n.º 19/2004, International University in Germany, agosto de 2004

BESER, Fernanda Varella

- *Publicidade Comparativa e o Direito do Consumidor à Informação*, Tese de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2011, disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/17450/17450.PDF>

CAETANO, Joaquim / RASQUILHA, Luís

- *Gestão da Comunicação*, 4ª Edição, Quimera Editora, Lda., 2009,

CASTRO, João Pinto e

- *Comunicação de Marketing*, 2ª Edição, Lisboa, Edições Sílabo, 2007
- *Marketing ombro a ombro, estratégias eficazes na era do consumidor activo, conectado e poderoso*, Texto Editores, Lda., maio de 2011

CHAVES, Rui Moreira

- *Código da Publicidade Anotado*, 2.ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2005

30

- *Regime Jurídico da Publicidade*, Coimbra, Livraria Almedina, 2005

CHILDERS / TERRY/ HOUSTON, Michael / HECKLER, Susan

- *Measurement of Individual Differences in Visual versus Verbal Information Processing*, in *Journal of Consumer Research*, n.º 21, setembro de 1985, pp. 125-134

CHOI, Yung Kyun / MIRACLE, Gordon E.

- *The effectiveness of Comparative Advertising in Korea and the United States: A Cross-Cultural and Individual-Level Analysis*, in *Journal of Advertising*, vol. 33, 4.ª Edição, 2004, pp. 75-87

CHORÃO, Luís Bigotte

- *Notas sobre o Âmbito da Concorrência Desleal*, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 55-III, Lisboa, dezembro de 1995, pp. 713 a 755

COELHO, Daniele Maria Teixeira

- *A Publicidade Comparativa e seu Tratamento Legal*, in *Revista Forense*, São Paulo, v. 354, 2003

CRUZ, Rita Barbosa da

- *A Publicidade – em especial dos Contratos de Publicidade*, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, 2002, pp.1299 a 1391

DURIGAN, Paulo Luiz

- *Publicidade Comparativa: Informação persuasiva e Concorrência*, Tese de mestrado das Faculdades Integradas Curitiba, fevereiro de 2007, disponível em <http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/PauloLuizDurigan.pdf>.

ETGAR, Michael / GOODWIN, Stephen A

- *Planning for Comparative Advertising Requires Special Attention*, in *Journal of Advertising*, vol. 8, 1.ª Edição, Janeiro de 1979

FERNANDES, Luís Carvalho

- *Teoria Geral do Direito Civil*, Tomo I, 4.ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007

GUDYKUNST, William B / MATSUMOTO, Yuko / TING-TOOMY, Stella / NISHIDA, Tsukasa / KIM, K. / HEYMAN, S

- *The Influence of Cultural Individualism-Collectivism, Self- Construals, and Individual Values on Communication Styles Across Cultures*, in *Human Communication Research*, n.º 22 (4), 1996, pp. 510-543

GÜRHAN-CANLI, Zeynep / MAHESWARAN, Durairaj

- *Comparative Advertising In the Global Marketplace: The Effects of Cultural Orientation on Communication*, Working Paper n.º 328, University of Michigan, agosto de 2000

JEON, Jung Ok / BEATTY, Sharon E.

- *Comparative Advertising Effectiveness in Different National Cultures*, in *Journal of Business Research*, vol. 55, 2002, pp. 907-913

JOSÉ, Pedro Quartin Graça Simão

- *A Publicidade e a Lei*, Lisboa, Veja, 1995

KALRO, Arti D. / SIVAKUMARAN, Bharadhwaj / MARATHE, Rahul R.

- *Direct or indirect comparative ads: The moderating role of information processing modes*, in *Journal of Consumer Behavior*, vol. 12, 2013, pp. 133-147

KIM, Choong-Ryul / HONG, Jae Wook

- *The Role of Consumer Involvement in Comparative Advertising Effectiveness*, in *Kuang Ko Yun Koo*, n.º 31, verão de 1996, pp. 35-58

KIM, Min-Sun

- *Cross-Cultural Comparisons of the Perceived Importance of Conversational Constraints*, in *Human Communication Research*, n.º 21, 1994, pp. 128-151

KOTLER, Philip

- *Marketing para o Século XXI*, 6.ª Edição, Editorial Presença, 2010
- *Marketing Management*, Edição Milenium, Pearson Custom Publishing, 2002

Li, Celia Y

- *Playing with fire: The risks and rewards of comparative advertising in China*, Kangzin Partners PC, in *World Trademark Review*, dezembro/janeiro 2010

LINDON, Denis / LENDREVIE, Jacques / LÉVY, Julien / DIONÍSIO, Pedro /

RODRIGUES, Joaquim Vicente e

- 30 ◦ *Mercator XXI, Teoria e Prática do Marketing*, 12ª Edição, Publicações Dom Quixote, Janeiro de 2009

LOUREIRO, João M.

- *Direito da Publicidade*, Lisboa, Casa Viva Editora LDA., Abril de 1981
- *Direito do Marketing e da Publicidade*, Lisboa, Semanário, 1985
- *Regime Jurídico da Publicidade e da Atividade Publicitária*, in *Publicidade e Comunicação*, Lisboa, Texto Editora, 1991
- *Marketing e Comunicação – Instrumentos Jurídicos*, Texto Editora, 1994
- *O Conceito Jurídico de Publicidade*, in *Lei Magazine*, nº2, Junho de 1995

MACINNIS, Deborah / PRICE, Linda

- *The Role of Imagery in Information Processing: Review and Extensions*, in *Journal of Consumer Research*, nº13, março de 1987, pp. 473-491

MARKUS, Hazel Rose / KITAYAMMA, Shinobu

- *Culture and the Self: Implications for Cognition, Emotion, and Motivation*, in *Psychological Review*, n.º 98, pp. 224-253

MIHAELA, Marcu

- *Comparative Advertising*, in *The Annals of the University of Oradea, Séries de Ciencia Económica*, Vol. 17, 4.^a Edição, 2008, disponível em: <http://steconomice.uoradea.ro/anale/volume/2008/v4-management-marketing/172.pdf>

MONTEIRO, Ana Cristina / CAETANO, Joaquim /MARQUES, Humberto /LOURENÇO, João

- *Fundamentos de Comunicação*, 2^a Edição, Edições Sílabo, Lisboa, 2008

PECHMANN, Cornelia / RATNESHWAR, S.

- *The use of comparative advertising for brand positioning: Association versus differentiation*, in *Journal of Consumer Research*, Vol. 18, n.º 2, The University of Chicago Press, setembro de 1991, pp. 145-160

PECHMANN, Cornelia / STEWART, David W.

- *The Effects of Comparative Advertising on Attention, Memory, and Purchase Intentions*, in *Journal of Consumer Research*, setembro de 1990, pp. 180-191.
- *How direct comparative ads and market share affect brand choice*, in *Journal of Advertising Research*, vol. 31(6), dezembro de 1991, pp. 47-55

PEREIRA, Marco António Marcondes

- *A Ilícitude da Publicidade Comparativa*, Tese de Doutoramento da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.
- *Concorrência Desleal por meio da Publicidade*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001

PORTER, Michael

- *Competitive Advantage, Creating and Sustaining Superior Performance*, Nova Iorque, The Free Press, 1985

RASQUILHA, Luís

- *Gestão de Marketing*, Escolar Editora, Lisboa, 2010
- *Publicidade: Fundamentos, Estratégias, Processos Criativos, Planeamento de Meios e Outras Técnicas de Comunicação*, 2ª Edição, Gestãoplus Edições, Agosto de 2011

SINGELIS, Theodore M / SHARKEY, William E.

- *Culture, Self-Construal, and Embarrassability*, in *Journal of Cross-Cultural Psychology*, n.º26 (6), 1995, pp. 622-644

SOUSA, Luísa Lopes de

- *Do Contrato de Publicidade*, Lisboa, Rei dos Livros, 2000

SUJAN, Mita

- *Consumer Knowledge: Effects of Evaluation Strategies Mediating Consumer Judgments*, in *Journal of Consumer Research*, n.º 12, junho de 1985, pp. 31-45

TANNENBAUM, Percy H.

- *The Indexing Process in Communication*, in *Public Opinion Quarterly* vol. 19, 3.^a Edição, 1955, pp. 292-302

THOMPSON, Debora Viana / HAMILTON, Rebecca W

- *The effects of Information Processing Mode on Consumer's Responses to Comparative Advertising*, in *Journal of Consumer Research*, vol. 32, Março de 2006

TRIANDIS, Harry C.

- 30 ◦ *The Self and Social Behavior in Differing Cultural Contexts*, in *Psychological Review*, n.º 96, julho de 1989, pp. 506-520

VILLAFRANCO, John E.

- *The Law of Comparative Advertising in the United States*, in IP Litigator, vol. 16, n.º 1, janeiro/fevereiro de 2010

WILKIE, William L / FARRIS, Paul W.

- *Comparison Advertising: Problems and Potential*, in Journal of Marketing, n.º 39 (4), 1975, pp. 7-15

WIND, Yoram

- *Product Policy: Concepts, Methods and Strategy*, Massachusetts, Addison-Wesley Publishing Company, 1982

YAGCI, Mehmet I. / BISWAS Abhijit / DUTTA, Sujay

- *Effects of comparative advertising format on consumer responses: The moderating effects of brand image and attribute relevance*, in Journal of Business Research, vol. 62, (8) Elsevier, agosto de 2009

Sites consultados

- <http://abmeseduca.com/?p=2038>
- <http://diario.vlex.pt/vid/decreto-lei-setembro-33201034>
- http://en.wikipedia.org/wiki/Comparative_advertising
- <http://en.wikipedia.org/wiki/Marketing>
- <http://marketing.about.com/cs/advertising/a/marketvsad.htm>
- <http://pt.scribd.com/doc/36289388/Social-and-Economic-Impacts-of-Advertising>
- <http://pt.shvoong.com/business-management/entrepreneurship/1932497-conceitos-vantagem-competitiva-sua-aplicacao>
- http://pt.wikipedia.org/wiki/Publicidade#Marketing_e_a_Publicidade
- <http://visao.sapo.pt/supermercados-em-guerra=f523088>
- <http://www.apan.pt/>
- <http://www.comms-dealer.com/case-study/comparative-advertising-and-law>

- http://www.icap.pt/icapv2/icap_site/index.php
- <http://www.investopedia.com/terms/c/comparative-advertising.asp#axzz2LeA8PUV8>
- <http://www.legislation.gov.uk/>
- <http://www.meiosepublicidade.pt/2010/10/icap-suspende-campanha-do-meo-dos-gato-fedorento/>
- <http://www.meiosepublicidade.pt/2012/04/icap-manda-pt-retirar-publicidade-da-meo-fibra-apos-queixa-da-optimus/>
- <http://www.picozzimorigi.cn/main/reports.php?id=125>
- http://www.pmlink.pt/article/pmlink_public/EC/0,1655,1005_5058-3_41102--View_429,00.html
- <http://www.portal-gestao.com/gestao/marketing/item/2628-qual-%C3%A9-o-papel-da-publicidade-no-marketing>
- <http://www.sigmaquadrado.com/glossario/marketingvendas/termos/publicidadecomparativa.html>
- <http://www.swanturton.com/ebulletins/archive/CTSLegalrestrict.aspx#.Uas9E0Ccc8o>
- <http://www.whitecase.com/Publications/Detail.aspx?publication=585#.UatKi0Ccc8o>
- http://www.icap.pt/icapv2/icap_site/mod1.php?AG4JPQ51=ADIJawtela9Xr1tela9Xr1&AHAJJg5i=ADIJZQ4z&AG8JOg5uVj0BdgFo=AHMJJwtela9Xr1tela9Xr1
- http://en.wikipedia.org/wiki/Top-of-mind_awareness
- <http://www.antoniovalente.com/sitebuildercontent/sitebuilderfiles/articlemf40.pdf>
- <http://www.pcmanias.com/o-video-publicitario-da-samsung-que-nao-deveremos-ver/>

- http://www.portaldomarketing.com.br/Artigos/Fatores_Criticos_de_Sucesso.htm

Anexo

Marketing Mix			
Produto	Preço	Ponto de Venda	Promoção
Variedades do produto	Tabela de preços	Canais de venda	Promoção de vendas
Qualidade	Descontos	Cobertura	Publicidade
Conceção	Prêmios	Coleções	Força de vendas
Caraterísticas	Prazo de pagamento	Locais	Relações Públicas
Nome da marca	Condições de crédito	Inventário	Marketing direto
Embalagem		Transporte	Merchandising
Tamanhos			Patrocínios
Serviços			Mecenato
Garantias			Feiras
Devoluções			Eventos

Figura 1