

# *MARKETING OPORTUNISTA (AMBUSH MARKETING) E CONTRATO DE PATROCÍNIO DESPORTIVO. EM DESTAQUE, UM CASO NO FUTEBOL PORTUGUÊS*

*Por Lurdes Vargas*

## *SUMÁRIO:*

1. O patrocínio e o contrato de patrocínio. 2. O que é o *marketing oportunista (ambush marketing)*, como se manifesta e considerações éticas. 3. O fenómeno visto pelo direito. 4. Respostas ao *marketing oportunista* no direito português. 5. Um caso português: Sociedade Central de Cervejas vs. Unicer. 6. Nota final.

## **1. O patrocínio e o contrato de patrocínio**

O patrocínio é tema frequente de notícias na imprensa e de debate entre os especialistas de marketing & comunicação e académicos — notícias sobre mudanças de patrocinadores de clubes e estrelas do desporto, os elevados valores investidos pelos patrocinadores, os reflexos de escândalos desportivos nos contratos de patrocínio celebrados pelos protagonistas dos escândalos. E, fora do desporto, o patrocínio também se tornou visível e incontornável. Inúmeros festivais de verão recebem o nome das empresas suas patrocinadoras. Não há anúncio de concerto, de exposição, de qualquer evento cultural, grande ou pequeno, de alta cultura ou popular, que não contenha em rodapé uma lista mais ou menos extensa de patrocinadores. É o patrocínio enquanto realidade económica e social.

O patrocínio começa por ser uma ferramenta de marketing, um instrumento comunicacional: *patrocínio é uma estratégia comunicacional,*

*integrada no conjunto de estratégias utilizadas por uma organização na prossecução dos seus objectivos comerciais e/ou corporativos, explorando os direitos de associar uma organização, marca ou produto a outra organização, evento ou celebridade, envolvendo uma transacção comercial entre as partes*<sup>(1)</sup>.

O núcleo deste instrumento é uma *associação de imagens*, uma *associação directa entre uma organização, uma marca ou um produto com outra organização, evento ou celebridade*<sup>(2)</sup>.

O que é a associação de imagens?

Com a formalização da relação de patrocínio, o patrocinador adquire o direito de se apresentar nessa qualidade, de usar o título de patrocinador, seja este diferenciado — por ex. *patrocinador principal, relógio oficial, bebida oficial* — ou indiferenciado. Aparecer no material promocional do evento, clube, atleta ou artista sob a epígrafe *patrocinador* transporta de imediato o público ou os consumidores para uma associação básica — “X patrocina, ou seja, financia Y” — atribuindo significado(s) a essa relação, desde logo positivo(s).

Mas o processo e o efeito de associação de imagens no patrocínio são mais complexos do que isso. Trata-se de um mecanismo especial de associação, a *transferência de imagem*<sup>(3)</sup>.

No patrocínio, ocorre uma transferência de imagem do patrocinado para a imagem da marca patrocinadora quando um indivíduo, um consumidor, na sua memória, relaciona a informação sobre os atributos ou benefícios do patrocinado, ou as suas atitudes relativamente a esse patrocinado, com a marca patrocinadora.

Assim, quando constitui uma relação de patrocínio, o patrocinador procura que as associações positivas que os consumidores estabelecem com o patrocinado se liguem à sua própria marca<sup>(4)</sup>.

Esta transferência de imagem opera nas várias manifestações ou modalidades de patrocínio.

(1) FERRAND, ALAIN, TORRIGIANI, LUIGGINO, CAMPS I POVILL, ANDREU, *Routledge Handbook of Sports Sponsorship — Successful strategies*. Trad. PIERRE-FRANÇOIS LALONDE e ELIZABETH CHRISTOPHERSON. London/New York: Routledge, 2007, p. 47.

(2) *Routledge Handbook...*, p. 48.

(3) Uma apresentação das duas teorias explicativas do processo de transferência de imagem mais aplicadas relativamente ao patrocínio — *teoria da consistência cognitiva e teoria da aprendizagem associativa* — em GROSS, PHILIP, *Growing Brands Through Sponsorship. An Empirical Investigation of Brand Image Transfer in a Sponsorship Alliance*. Wiesbaden: Springer, 2015, pp. 93, ss.

(4) GWINNER, KEVIN, “Image Transfer in Global Sport Sponsorship — Theoretical support and boundary conditions”. In: AMIS, JOHN e CORNWELL, T. Bettina (Ed.), *Global Sport Sponsorship*. Oxford (UK), New York: Berg, 2005, p. 165.

Em particular, no *endorsement*, uma modalidade de patrocínio de pessoa singular célebre, parte-se do princípio de que os consumidores atribuem às celebridades determinados atributos, um significado, resultante da sua interpretação individual da imagem pública dessas celebridades. Depois, perante uma operação de *endorsement*, o consumidor transfere esse significado da celebridade para o produto (ou marca) patrocinadora. Finalmente, no consumo do produto, esse *significado* é transferido para o próprio consumidor<sup>(5)</sup>.

A transferência de imagem não é, no contexto do marketing, um mecanismo exclusivo do patrocínio. Também há transferência de imagem na publicidade clássica<sup>(6)</sup>.

Porém, no patrocínio a transferência de imagem é diferente. É diferente operativamente.

Diz-se que no patrocínio o *meio* é a *mensagem*: cada desporto, cada actividade cultural, cada causa, cada evento, cada atleta ou cada artista transmite determinados valores, uma personalidade que é transferida para o patrocinador, marca ou produto. Enquanto na publicidade clássica o anunciante controla o conteúdo da mensagem, a qual é autónoma relativamente ao meio de difusão, no patrocínio a imagem do patrocinado é a própria mensagem. Ou seja, o patrocinador normalmente *compra* uma *imagem já pronta* (excepto no caso de eventos especiais criados à medida das necessidades do patrocinador). Mais, estabelece-se uma autêntica relação simbiótica entre patrocinador e patrocinado/actividade patrocinada. O patrocinado tem um efeito reflexivo na marca patrocinadora, captado pelo receptor/público<sup>(7)</sup>.

A par, ou melhor, na origem do instrumento ou operação comunicacional patrocínio, temos o contrato de patrocínio.

Na verdade, poder-se-ia falar antes de contratos de patrocínio. Perante a variedade de operações comunicacionais de patrocínio, também o contrato se configura em estruturas muito diferentes.

Se nos situarmos no meio desportivo, no patrocínio das entidades colectivas desportivas, a prestação dessas entidades envolve normalmente um conjunto de condutas activas de divulgação da imagem e do nome do patrocinador (publicidade estática no estádio, nas camisolas, nas salas de

---

(5) GWINNER, KEVIN, "Image transfer...", p. 165.

(6) Sobre a transferência de imagem na publicidade clássica, MEENAGHAN, TONY, SHIPLEY, DAVID, "Media effect in commercial sponsorship". *European Journal of Marketing*, 33(3/4) (1999). pp. 328-347. In <www.wileyonlinelibrary.com>, pp. 331-332.

(7) MEENAGHAN, TONY, SHIPLEY, DAVID, "Media effect...", pp. 333-336; MASTERMAN, GUY, *Sponsorship: For a return on investment*. Oxford, UK/Burlington, USA: Butterworth-Heinemann, 2007, p. 35.

imprensa, nos produtos de merchandising do clube, etc.) que asseguram que fique clara a qualidade e o título de patrocinador oficial, tendo normalmente por contrapartida principal o pagamento em dinheiro, podendo esta prestação incluir uma parcela fixa e também parcelas variáveis em função dos resultados dos jogos ou da posição na classificação. É o patrocínio na sua versão estruturalmente mais clara: o patrocinado divulga, o patrocinador paga.

Já o patrocínio individual, de atletas, treinadores e outras pessoas singulares com protagonismo no meio desportivo apresenta outras configurações.

O patrocínio de atletas pode assumir a forma mais clássica, na qual o atleta se obriga a divulgar o nome e a imagem do patrocinador, tendo por contrapartida um pagamento em dinheiro. A divulgação do nome e da imagem do patrocinador — e da associação com o mesmo — pode ser concretizada em diversas formas, nomeadamente, na aposição do seu nome ou marca no equipamento (camisolas, outro vestuário, bonés, capacetes) e nos veículos de competição, na participação activa em eventos comerciais e/ou acções de marketing do patrocinador.

Mas, noutra variante, o patrocínio do atleta ou de outro protagonista desportivo singular é bastante diferente. O núcleo da contrapartida do patrocinado corresponde a uma licença de uso do seu nome e imagem e/ou da marca que o identifica a favor do patrocinador, para utilização em produtos, campanhas publicitárias e comerciais, decoração de estabelecimentos e outros meios promocionais. Nestes contratos, o patrocinado não tem conduta activa de promoção do patrocinador ou esta é muito reduzida. Formalizado o acordo, caberá ao patrocinador divulgar a associação entre o seu nome, a sua marca e os seus produtos e o nome, a imagem e, eventualmente, a marca do patrocinado. Ao atleta ou celebridade desportiva caberá colaborar, protagonizando ou participando em anúncios ou campanhas publicitárias, projectados e promovidos pelo patrocinador.

Tanto o patrocínio de entidades colectivas como o patrocínio de atletas, pode ainda assumir a variante contrato de patrocínio técnico, quando a prestação do patrocinador tem como componente principal o fornecimento de equipamentos e/ou serviços especialmente ligados à actividade do patrocinado.

O *naming* é outra variante do patrocínio de entidades colectivas desportivas. O acordo de *naming* apresenta uma estrutura bastante simples: em troca de uma prestação monetária do patrocinador, a sociedade desportiva ou o clube patrocinado obriga-se a alterar a denominação de um seu estádio ou arena, ou mesmo da sua equipa, que passará a corresponder ao nome do patrocinador ou de uma sua marca.

Não obstante esta enorme diversidade, trata-se de modalidades ou variantes de um mesmo tipo contratual. O contrato de patrocínio constitui um tipo social<sup>(8)</sup>.

Há um elemento finalístico-funcional comum a todos os contratos de patrocínio: a valorização de imagem do patrocinador por apropriação das qualidades positivas da imagem do patrocinado. É este elemento que determina a onerosidade e a correspectividade do contrato. É este elemento que modela a prestação característica ou o feixe característico de prestações do patrocinado de cada modelo de contrato. E é, finalmente, este elemento que exige, requer sempre uma ligação ao evento ou à actividade, pois é a ligação a um evento concreto ou a uma actividade que assegura a presença de qualidades diferenciadoras do patrocinado, aquelas que o patrocinador pretende juntar à sua imagem por associação.

Porém, trata-se de um tipo social sem correspondência num tipo legal. Não existe um regime legal especial do contrato de patrocínio.

A atipicidade legal gera naturais dúvidas sobre as soluções jurídicas a adoptar, embora talvez sirva bem a uma figura tão camaleónica como esta.

## **2. O que é o *marketing oportunista (ambush marketing)*, como se manifesta e considerações éticas<sup>(9)</sup>**

E eis que diante da tão fulgurante e próspera figura do patrocínio surge uma terrível ameaça. Uma ameaça à regular execução e produção de efeitos dos contratos de patrocínio. E não, não se trata do incumprimento das partes.

Trata-se de um conjunto de operações comunicacionais comumente designadas *ambush marketing*.

A expressão *ambush marketing* foi pela primeira vez utilizada a propósito dos Jogos Olímpicos de Los Angeles de 1984. Nestes Jogos, a Fuji era patrocinadora oficial, pagando uma contrapartida elevada, mas a sua principal concorrente, a Kodak, patrocinou o programa de transmissão dos

---

(8) Sobre as várias modalidades de contrato de patrocínio e a tipicidade da figura, *vd.* o nosso: *Escândalos no Desporto e Perturbação do Contrato de Patrocínio: A desconformidade contextual da prestação*. Lisboa: AAFDL Editora, 2018, pp. 73, ss.

(9) Neste capítulo, permito-me acompanhar muito de perto, com algumas adaptações, aquilo que escrevi na minha intervenção no Colóquio *Ambush Marketing: Perspetivas de Marketing & Comunicação, Desporto e Direito* (Dezembro de 2018): “Legitimidade e ilegitimidade do *marketing oportunista* e os novos direitos de associação aos eventos desportivos” (no prelo).

jogos pela ABC Television e obteve o título de *filme oficial* da equipa de atletismo norte-americana, desviando assim a atenção do público do patrocinador oficial dos jogos. A Kodak foi então acusada de desenvolver uma prática de marketing de *emboscada*, ao desviar a atenção do público do verdadeiro patrocinador oficial dos jogos<sup>(10)</sup>.

Numa das primeiras definições conhecidas, *ambush marketing* é um *esforço planeado (campanha) de uma organização de se associar indirectamente a um evento, tendo em vista obter pelo menos parte do reconhecimento e benefícios que estão associados à condição de patrocinador oficial*<sup>(11)</sup>.

Dito de outro modo, no contexto de uma operação de patrocínio, trata-se *da prática através da qual uma outra empresa (que não o patrocinador oficial), normalmente um concorrente, se intromete na atenção do público, assim desviando a atenção da audiência para si e afastando-a do patrocinador*<sup>(12)</sup>.

Já com uma conotação negativa, diz-se que *ambush marketing* é *qualquer forma de comunicação ligada a um evento, que usa os seus sinais e símbolos característicos para enganar os espectadores, sugerindo que a marca é um patrocinador oficial, de modo a melhorar a imagem da marca do pseudo-patrocinador*<sup>(13)</sup>.

O fenómeno ocorre prioritariamente em eventos desportivos, sobretudo grandes eventos desportivos, embora também sucedam manifestações do fenómeno noutras áreas<sup>(14)</sup>.

A própria complexidade da estrutura de patrocínios dos eventos desportivos, muitas vezes organizados horizontal e verticalmente, cria um ambiente propício ao *ambush marketing*: numa multiplicidade de patrocinadores, naturalmente, a visibilidade de cada um tende a ficar diluída, deixando campo livre para os concorrentes comerciais lançarem as suas próprias operações promocionais<sup>(15)</sup>.

<sup>(10)</sup> MEENAGHAN, TONY, "Point of view: ambush marketing: immoral or imaginative practice?". *Journal of Advertising Research*. September-October, 1994, pp. 80-81.

<sup>(11)</sup> SANDLER, DENIS, SHANI, DAVID, "Olympic sponsorship vs. "ambush" marketing: Who gets the Gold?". *Journal of Advertising Research*. August-September, 1989, p. 11.

<sup>(12)</sup> MEENAGHAN, Tony, "Point of view...", p. 79.

<sup>(13)</sup> MAZODIER, Marc, QUESTER, Pascale, "Ambush marketing disclosure impact on attitudes toward the ambusher's brand". *Recherche et Applications en Marketing*, Vol. 25. n.º 2/2010, p. 52.

<sup>(14)</sup> Por exemplo, *marketing oportunista* ligado ao patrocínio social, MIZERSKI, DICK, MIZERSKI, KATHERINE, SADLER, ORIN, "A field experiment comparing the effectiveness of "ambusher" and cause related ad appeals for social marketing causes". *Journal of Nonprofit & Public Sector Marketing*, Vol. 9. n.º 4, pp. 25-45.

<sup>(15)</sup> Neste sentido, FARRELY, FRANCIS, QUESTER, PASCALE, GREYSER, STEPHEN, "Defending the Co-branding benefits of sponsorship B2B partnerships: the case of ambush marketing". *Journal of Advertising Research*. September, 2005, pp. 341-342.

Procurando na língua portuguesa uma expressão equivalente a *ambush marketing*, não adoptarei *marketing* ou *publicidade emboscada*. Além de *emboscada* ter à partida uma conotação negativa — o que gostaria de evitar —, em qualquer caso, a empresa que pretende associar-se ao evento ou à entidade patrocinada sem ser o seu patrocinador oficial, ou para lá dos limites do patrocínio que eventualmente detenha, não cria necessariamente uma *emboscada* ou *armadilha* para se livrar do patrocinador oficial. Na verdade, nalguns casos, essa empresa até se apoia na campanha do patrocinador oficial para construir a sua própria campanha. Proponho *marketing oportunista*, uma expressão ética e operacionalmente mais neutra.

Perante a variedade de oportunidades promocionais que um evento apresenta, são diversas as manifestações de *marketing oportunista*. Uma das primeiras tipologias conhecidas identifica cinco modalidades diferentes<sup>(16)</sup>:

### 1. *O patrocínio da transmissão do evento*

Aqui o *oportunista* (na expressão inglesa, o *ambusher*) patrocina a transmissão do evento, *roubando* naturalmente a atenção do público, visto que, na maioria dos eventos, a audiência dos meios de transmissão é muito superior à audiência *ao vivo*. Neste caso, o *oportunista* explora uma oportunidade promocional perfeitamente legítima.

### 2. *Patrocinar subcategorias dentro do evento e explorá-las agressivamente*

O *oportunista* patrocina um elemento menor do evento e explora esta associação através de um elevado investimento promocional. Pode referir-se um exemplo histórico: nos Jogos Olímpicos de 1988, as posições entre a Fuji e a Kodak inverteram-se. A Kodak era o patrocinador oficial dos jogos, mas a Fuji, enquanto patrocinadora da equipa norte-americana de natação, desviou uma boa parte da atenção para si.

### 3. *Adquirir tempo de publicidade entre a transmissão do evento*

Uma empresa que queira retirar protagonismo ao patrocinador do evento ou da sua transmissão pode apostar na publicidade que envolve os programas de transmissão do evento. Esta oportunidade *oportunista* pode

---

<sup>(16)</sup> MEENAGHAN, TONY, “Point of view...”, pp. 80, ss. Noutros artigos, o autor apresenta uma variante desta tipologia — MEENAGHAN, TONY, “Ambush marketing: a threat to corporate sponsorship”. *Sloan Management Review*. Fall, 1996, pp. 106, ss; MEENAGHAN, TONY, “Ambush marketing: corporate strategy and consumer reaction”. *Psychology & Marketing*, Vol. 15, n.º 4, July 1998, pp. 310, ss.

estar limitada pela amplitude do acordo celebrado entre o meio de transmissão e o patrocinador da transmissão do evento.

4. *Desenvolver actividades promocionais de grande dimensão, diversas do patrocínio, que coincidam com a ocorrência do evento*

Os concorrentes do patrocinador ou patrocinadores podem investir em campanhas publicitárias de grande dimensão e/ou outros instrumentos de promoção, lançados aquando do evento, assim desviando a atenção dos patrocinadores oficiais.

5. *Outras estratégias oportunistas*

Outras estratégias, normalmente bastante imaginativas, são usadas pelas empresas para sugerirem o seu envolvimento em eventos de grande projecção. Por exemplo: oferecer aos fãs de um evento viagens e bilhetes para assistirem ao evento; usar imagens que lembrem o evento, tais como estádios ou pistas de competição, equipamentos desportivos (bolas, raquetes, tacos, ...) como pano de fundo de anúncios; colocar publicidade estática junto aos locais de realização do evento, sobretudo quando é possível que essa publicidade possa ser captada nas reportagens televisivas que fazem a cobertura do evento; instalar zonas de hospitalidade/entretenimento dos fãs junto aos locais de realização do evento. Modernamente, as redes sociais são um campo especialmente fértil para novas estratégias, nomeadamente através do uso de *hashtags*<sup>(17)</sup>.

Pode dizer-se que não há limites para o *marketing oportunista*.

Entretanto outras tipologias surgiram<sup>(18)</sup>, acompanhando a evolução do fenómeno, a multiplicação das suas manifestações.

Mas será que todo o *marketing oportunista* é ilegítimo e, como tal, deve ser ilícito?

A própria expressão inglesa — *ambush marketing* — sugere uma avaliação negativa do fenómeno. E, de facto, em muitos estudos de espe-

---

(17) Sobre estes novos instrumentos de *marketing oportunista* na Web, vd. McKELVEY, STEPHEN, GRADY, JOHN — “# JoinTheConversation: The Evolving Legal Landscape of Using Hashtags in Sport”. *Journal of Legal Aspects of Sport*, n.º 27, 2017, pp. 90-105, *passim*.

(18) Veja-se, por exemplo, a sofisticada tipologia proposta por CHADWICK, SIMON, BURTON, NICHOLAS, “The evolving sophistication of ambush marketing: a typology of strategies”. *Thunderbird International Business Review*, Vol. 53, n.º 6, November-December 2011, pp. 715, ss. E uma recente nova tipologia, dos mesmos autores, BURTON, NICHOLAS, CHADWICK, SIMON, “Ambush Marketing Is Dead, Long Live Ambush Marketing: A Redefinition and Typology of an Increasingly Prevalent Phenomenon”. *Journal of Advertising Research*, September 2018, pp. 289, ss.



cialistas em marketing & comunicação relativos ao *marketing oportunista*, a avaliação geral é negativa, tomando o fenómeno como uma ameaça às operações de patrocínio e à própria viabilidade dos eventos, uma actividade parasita e desleal, e, ao mesmo tempo, uma perturbação do mecanismo comunicacional inerente ao patrocínio<sup>(19)</sup>.

Porém, os resultados dos vários estudos que visam avaliar o impacto das operações de *marketing oportunista* sobre as operações de patrocínio são discordantes. Permanece a dúvida se o *marketing oportunista* é, realmente, uma ameaça à eficácia do patrocínio.

Nalguns estudos apurou-se que os patrocinadores oficiais são capazes de obter dos consumidores níveis de reconhecimento/conhecimento significativamente mais elevados do que os obtidos pelos *oportunistas* (*ambushers*)<sup>(20)</sup>, noutros que as operações de *marketing oportunista*, embora possam mudar os atributos que os consumidores associam aos pseudo-patrocinadores, não influenciam as decisões dos consumidores<sup>(21)</sup>; pelo contrário, outros estudos concluíram que as operações de *marketing oportunista* realmente confundem os consumidores — os consumidores parecem incapazes de distinguir os patrocinadores oficiais dos *oportunistas*<sup>(22)</sup>, embora os indivíduos/consumidores sejam capazes de identificar melhor os patrocinadores das suas equipas, aquelas com quem estão emocionalmente envolvidos<sup>(23)</sup>; outros estudos concluíram que a prática de *marketing oportunista* apenas afecta o patrocínio quando este não é bem explorado, ou seja, quando o investimento dos patrocinadores no próprio patrocínio não é acompanhado de investimentos em publicidade e outras

---

(19) ASSIM, SANDLER, DENIS, SHANI, DAVID, “Olympic sponsorship...”, *passim* e especialmente p. 11: *O objectivo principal é confundir a mente do consumidor sobre a identidade do patrocinador e daí ganhar os benefícios associados a ser um patrocinador ou enfraquecer o impacto de um concorrente principal ser o patrocinador exclusivo de um evento.*

(20) *Ibidem*, p. 13.

(21) HOEK, JANET, “Ring Ring: visual pun or passing off? An examination of theoretical and research issues arising from ambush marketing”. *Asia-Australia Marketing Journal*, Vol. 5, n.º 1, 1997. pp. 33-43, *passim*.

(22) McDANIEL, STEPHEN, KINNEY, LANCE, “Ambush marketing revisited: an experimental study of perceived sponsorship effects on brand awareness, attitude toward the brand and purchase intention”. *Journal of Promotion Management*, Vol. 3(1/2) 1996, pp. 141-167, *passim*; SHANI, DAVID, SANDLER, DENIS, “Ambush marketing: is confusion to blame for the flickering of the flame?”. *Psychology & Marketing*, Vol. 15, n.º 4, July 1998, pp. 367, ss; CARRILLAT, FRANÇOIS, COLBERT, FRANÇOIS, FEIGNÉ, MATTHIEU, “Weapons of mass intrusion: the leveraging of ambush marketing strategies”. *European Journal of Marketing*, Vol. 48, n.º 12, 2014, *passim*.

(23) MEENAGHAN, TONY, “Ambush marketing: corporate...”, pp. 313, ss. Em sentido contrário, considerando que mesmo os consumidores muito envolvidos têm muitas hipóteses de confundir *oportunistas* e patrocinadores, FARRELY, FRANCIS, QUESTER, PASCALE, GREYSER, STEPHEN, “Defending the Co-branding...”, p. 340.

práticas promocionais (operações de *alavancagem*)<sup>(24)</sup>; e, finalmente, há quem sustente que a própria complexidade da estrutura de alguns patrocínios de eventos — onde atletas, equipas, o evento, eventos dentro do evento e vários elementos do programa de transmissão televisiva são patrocinados por empresas diferentes — está na origem da confusão que se gera na percepção dos consumidores quanto à identidade dos patrocinadores oficiais<sup>(25)</sup>.

A uma avaliação da eficácia do *marketing oportunista* sucede naturalmente uma discussão ético-pragmática: É o *marketing oportunista* censurável? Quem tem culpa da sua ocorrência?

Do ponto de vista ético, ou ético-prático, também não há um consenso sobre o *marketing oportunista*. Ou seja, mesmo partindo do princípio que ele é nocivo para as operações de patrocínio e para os eventos, não é consensual que se trate de uma prática ilegítima.

Do ponto de vista dos patrocinadores e dos patrocinados, o *marketing oportunista* é visto como ilegítimo: ele constitui uma ameaça para o valor do investimento que realizaram. Do ponto de vista dos *oportunistas* ou *pseudo-patrocinadores*, a prática é vista como normal do ponto de vista comercial e até integrada no dever que têm para com os seus accionistas de conduzir os negócios lucrativamente e aproveitar todas as oportunidades de negócio<sup>(26)</sup>. Havendo mesmo quem sustente que um evento maior pertence a todos e todos têm o direito de dele usufruir<sup>(27)</sup>.

Do ponto de vista dos especialistas, a posição clássica é censurar o *marketing oportunista*. Acima de tudo, a prática atenta contra a veracidade das comunicações negociais e publicidade<sup>(28)</sup>.

Mas, cada vez mais, surgem vozes discordantes que apontam para a responsabilidade dos promotores ou organizadores dos eventos, que verda-

<sup>(24)</sup> MEENAGHAN, TONY, “Ambush marketing: a threat...”, pp. 107-108.

<sup>(25)</sup> FRANCIS, QUESTER, PASCALE, GREYSER, STEPHEN, “Defending the Co-branding...”, p. 341; SHANI, DAVID, SANDLER, DENIS, “Ambush marketing: is confusion...”, pp. 372, ss.

<sup>(26)</sup> MEENAGHAN, TONY, “Ambush marketing: a threat...”, pp. 108-110.

<sup>(27)</sup> Assim, justificando a omnipresença da Nike em associação aos Jogos Olímpicos de 1992 em Barcelona — onde a empresa organizou conferências de imprensa com os atletas que patrocinava e colocou publicidade em murais de grande dimensão em edifícios da cidade com os membros da equipa norte-americana de basquetebol — que ofuscou os patrocinadores oficiais dos Jogos, um gestor da Nike, Mark Plikenton, afirmou: *Nós sentimos que num evento desportivo maior nós temos o direito de entrar e passar a nossa mensagem, desde que não estejamos a interferir com a organização oficial* — CROW, DEAN, HOEK, JANET, “Ambush marketing: a critical review and some practical advice”. *Marketing Bulletin*, 14, 2003, artigo 1. Online: <<http://marketing-bulletin.massey.ac.nz>>, p. 7 (do PDF online).

<sup>(28)</sup> PAYNE, MICHAEL, “Ambush Marketing: the undeserved advantage”. *Psychology & Marketing*, Vol. 15, n.º 4, July 1998, pp. 325, ss.

deiramente provocam as práticas de *marketing oportunista*, e para o cinismo dos interesses que sustentam a ilegitimidade destas práticas<sup>(29)</sup>.

Assim, chama-se a atenção para a exploração excessiva a que muitos eventos são sujeitos, da qual os Jogos Olímpicos são um exemplo paradigmático.

Na ânsia de obter mais e mais recursos financeiros, os promotores ou organizadores de muitos eventos permitem um elevadíssimo nível de saturação comercial-promocional do evento, enchendo o evento e zonas envolventes de anúncios. Naturalmente, os concorrentes dos patrocinadores oficiais sentem-se impelidos a reagir e justificados<sup>(30)</sup>. A situação agrava-se quando os promotores ou organizadores dos eventos não desenvolvem qualquer esforço em promover a informação do público e dos consumidores quanto ao papel e aos direitos dos patrocinadores oficiais<sup>(31)</sup>.

Sucedede também que fora dos contratos do patrocínio de um mega-evento ficam muitas vezes empresas que em muito contribuíram activamente para que o evento fosse possível: os patrocinadores dos participantes no evento e as empresas locais que patrocinaram organizações e instalações locais e que em muito contribuíram para a atribuição da organização do mega-evento ao seu país ou à sua cidade<sup>(32)</sup>.

Por outro lado, constata-se que entidades como o Comité Olímpico Internacional e a UEFA procuram maximizar a exploração comercial-promocional dos respectivos eventos pressionando as cidades candidatas ao seu acolhimento a adoptar legislação que verdadeiramente expande o âmbito do *marketing oportunista* enquanto actividade ilegítima, nomeadamente: emitindo uma extensa lista de nomes cujo o uso deverá ficar vedado aos não patrocinadores, durante os eventos e num período imediatamente anterior, quando, afinal, muitos desses nomes não parecem estar ligados directamente aos eventos, antes muitas vezes constituindo denominações da cidade e/ou alusões ao próprio desporto em geral; proibindo ou limitando a afixa-

---

(29) Uma crítica à estratégia do Comité Olímpico Internacional de impor aos estados hospedeiros a aprovação de legislação de combate ao marketing oportunista — SCASSA, TERESA, “Legal guarantees for olympic legacy”. *Entertainment & Sports Law Journal*, Vol. 9, n.º 1, 2011. Online: <<http://www.entsportslawjournal.com/articles/10.16997/eslj.28/>>, *passim*.

(30) SHANI, DAVID, SANDLER, DENIS, “Ambush marketing: is confusion...”, pp. 372-373.

(31) *Ibidem*, p. 373.

(32) PEARSON, GEOFF, “Dirty Trix at Euro 2008: Brand protection, ambush marketing and intellectual property theft at the European Football Championships”. *Entertainment & Sports Law Journal*, Vol. 10, n.º 1, 2008. Online: <<http://www.entsportslawjournal.com/articles/10.16997/eslj.21/>>, pp. 7 e 9 do PDF online; SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association: clamping down on references to that big event with all the athletes in a couple of years”, *Journal of Sport Management*, Vol. 25, 2011, pp. 365-366, 368.

ção de anúncios e a realização de campanhas publicitárias dentro da cidade que acolhe o evento em áreas fora dos recintos desportivos/áreas de competição, numa manifesta apropriação da cidade pelo evento.

Perante tal legislação, pode legitimamente questionar-se quem é verdadeiramente o *oportunistista*: se o não patrocinador que procura usufruir do ambiente favorável ao desporto, do entusiasmo dos fãs para criar novas oportunidades promocionais; se as entidades organizadoras que pretendem canalizar toda a energia do fenómeno olímpico e da cidade que o acolhe para os negócios milionários exclusivos que celebram com grandes multinacionais<sup>(33)</sup>.

E, mostrando como os papéis se baralham, são referidos casos em que o promotor ou organizador do evento se transformou no *oportunistista*. Por exemplo, quando o organizador de um evento internacional, a UEFA, lançou uma colecção de camisolas com as cores das equipas nacionais em competição, usando a respectiva bandeira nacional como símbolo e inserindo a marca do evento, o Euro 2008, na manga da camisola. Essas camisolas foram comercializadas na cidade que acolheu o evento, em lojas, quiosques e mesmo em zonas de fãs nos próprios estádios, a preços bastante inferiores às réplicas das camisolas oficiais das equipas em competição, comercializadas pelas respectivas federações nacionais, muitas vezes nos mesmos locais<sup>(34)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> Discutindo e pondo em causa a legitimidade e eficácia de legislação desta natureza aprovada por imposição do COI, GRADY, JOHN, MCKELVEY, STEPHEN, BERNTHAL, MATTHEW, “From Beijing 2008 to London 2012: Examining event-specific Olympic legislation vis-à-vis the rights and interests of stakeholders”, *Journal of Sponsorship*, Vol. 3, n.º 2, February 2010, pp. 144, ss, *passim*; JOHN, MCKELVEY, “From the Front Lines to the Halls of Academia: Charting Ambush Marketing Discourse”, *Sport & Entertainment Review*, 2017, n. 3, p. 57. Esta crítica também pode vir de onde menos se espera. A ESA, European Sponsorship Association, pronunciou-se no sentido de: *não deve ser permitido que legislação anti-marketing oportunista abafe o “dividendo” financeiro gerado em toda a economia, especialmente quando o estado hospedeiro teve de realizar investimentos especiais para acolher o evento* — SUTHERDEN, ANDY, “Laying the law down on ambush marketing”. *Journal of Sponsorship*, Vol. 4, n.º 4, September 2011, p. 313. Na mesma linha, outras instituições internacionais emitiram resoluções recomendando que a legislação especial anti-marketing oportunista assegure um equilíbrio entre os interesses de todas as partes, nomeadamente, os dos promotores/organizadores e patrocinadores do evento, por um lado, e os de empresas locais, outros titulares de marcas e público, por outro. Assim, Resolução Q210, de 14 de Outubro de 2009, da AIIPI, Associação Internacional para a Protecção da Propriedade Intelectual: <[http://aippi.pt/ficheiros\\_artigos/Q210%20\(2009\).pdf](http://aippi.pt/ficheiros_artigos/Q210%20(2009).pdf)>; Resolução de 10 de Novembro de 2010 da INTA, Associação Internacional das Marcas — Comité de Patrocínio. <<http://www.inta.org/Advocacy/Pages/AmbushMarketingLegislation.aspx>>. Um comentário a estas resoluções em PARDO AMÉZQUITA, DIEGO — “Ambush marketing vs. official sponsorship: is the international I.P. and unfair competition regime a good referee?”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 21, Enero-Junio 2016, pp. 19-21.

<sup>(34)</sup> PEARSON, GEOFF, “Dirty Trix at Euro 2008...”, pp. 7-9 do PDF online.

Também esta alternância de posições *patrocinado-oportunista-patrocinado* permite sustentar a neutralidade ética do fenómeno *marketing oportunista*.

O debate ético-pragmático está longe de estar encerrado. E este debate projectar-se-á na leitura jurídica do fenómeno.

Assim, perante a vastidão de manifestações de *marketing oportunista* e perante a discussão sobre a legitimidade dessas manifestações, totalmente em aberto, adiro a uma definição de *marketing oportunista* abrangente e despida de juízos éticos e de licitude:

*Marketing oportunista é uma forma de marketing associativo, utilizada por uma organização para lucrar com a divulgação, atenção, goodwill e outros benefícios que resultem da associação a um evento ou entidade, sem que tal organização tenha um vínculo oficial ou directo com esse evento ou entidade*<sup>(35)</sup>.

### 3. O fenómeno visto pelo direito

A extensão, variedade e contornos pouco definidos do fenómeno *marketing oportunista* obsta a um enquadramento jurídico unitário e consensual das suas manifestações.

Há quem divida as práticas de *marketing oportunista* em dois grupos<sup>(36)</sup>:

*Marketing oportunista directo*. Práticas vulgarmente consideradas de *pirataria*, aquelas que claramente consistem numa violação dos direitos de propriedade industrial de um evento ou de uma entidade patrocinada: por exemplo, o uso não autorizado de marcas registadas e a falsa afirmação da condição de patrocinador ou fornecedor oficial do evento.

*Marketing oportunista indirecto*. Outras actividades, um grande grupo, sem unidade de características, caracterizado pela negativa: todas

---

<sup>(35)</sup> BURTON, NICHOLAS, CHADWICK, SIMON, “Ambush marketing in sport: an analysis of sponsorship protection means and counter-ambush measures”, *Journal of Sponsorship*, Vol. 2, n.º 4, September 2009, p. 305. Novas definições vão surgindo, procurando integrar a diversidade do fenómeno e considerá-lo com neutralidade ética. Por exemplo, BURTON, NICHOLAS, CHADWICK, SIMON, “Ambush Marketing Is Dead...”, p. 289.

<sup>(36)</sup> BERGER-WALLISER, GERLINDE, *et al.*, “Bavarian blondes don’t need a visa: a comparative law analysis of ambush marketing”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 21, n.º 1, Winter 2012, p. 34. O mesmo critério de distinção já adoptado por TOWNLEY, STEPHEN, HARRINGTON, DAN, COUCHMAN, NICHOLAS, “The legal and practical prevention of ambush marketing in sports”, *Psychology & Marketing*, Vol. 15, n.º 4, July 1998, pp. 335-336.

as outras actividades oportunistas cujo enquadramento jurídico é polémico ou não evidente.

Quanto a este último grupo, procura-se enquadramento e soluções ainda no âmbito dos regimes das marcas, da concorrência desleal, da publicidade e das práticas comerciais desleais.

Em muitas jurisdições, as práticas comerciais que levam os consumidores a pensar, erroneamente, que os bens e serviços comercializados por uma pessoa ou organização são bens ou serviços de outra entidade (estes últimos comercializados com uma marca protegida) são proibidas e sancionadas<sup>(37)</sup>.

Neste âmbito, na União Europeia, destaque-se, desde logo, o disposto no art. 5.º (1) da Directiva 89/104/CEE, *primeira directiva de marcas*<sup>(38)</sup>, replicado na Directiva n.º 2008/95/CE, *segunda directiva de marcas*<sup>(39/40)</sup>:

**1.** *A marca registada confere ao seu titular um direito exclusivo. O titular fica habilitado a proibir que um terceiro, sem o seu consentimento, faça uso na vida comercial:*

- a) [...]
- b) *De um sinal relativamente ao qual, devido à sua identidade ou semelhança com a marca e devido à identidade ou semelhança dos produtos ou serviços a que a marca e o sinal se destinam, exista um risco de confusão, no espírito do público; o risco de confusão compreende o risco de associação entre o sinal e a marca.*

A disposição encontra-se transposta para a legislação dos vários estados-membros, consagrando-se a marca como instrumento de protecção da origem dos bens ou serviços. Ou seja, protege-se os titulares de marca protegida quanto às acções dos seus concorrentes que pretendam aproveitar-se do estatuto ou da reputação dessa marca, criando no público confusão quanto à origem dos seus produtos.

Porém, serão eventualmente poucas as operações de *marketing oportunista* que infrinjam tal regra. Raramente tais operações fazem uso da

<sup>(37)</sup> SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, pp. 356-357.

<sup>(38)</sup> Directiva n.º 89/104/CEE, do Conselho, de 21-12-1988, JO-L 40/1, de 11 de Fevereiro de 1989.

<sup>(39)</sup> Directiva n.º 2008/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22-10-2008. JO-L 299/25, de 8 de Novembro de 2008 (versão codificada).

<sup>(40)</sup> O artigo 10.º (2) (b) da *terceira directiva de marcas* — Directiva (UE) n.º 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16-12-2015. JO-L 336/1, de 23 de Dezembro de 2015 — tem um conteúdo equivalente.

marca dos concorrentes ou do evento ou criam qualquer confusão de associação da origem dos seus bens com uma marca concorrente<sup>(41)</sup>.

Na maioria dos países ocidentais, existe legislação que sanciona em geral a publicidade enganosa, ou seja, a publicidade que contenha representações falsas ou enganosas<sup>(42)</sup>.

Num cruzamento entre protecção do mercado e da concorrência e protecção do consumidor, a Directiva n.º 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio, *directiva relativa a práticas comerciais desleais*, contém uma disposição que oferece uma protecção bastante alargada contra algumas práticas de *marketing oportunista*.

Nos termos do art. 6.º da directiva, sobre as *acções enganosas*:

1. *É considerada enganosa uma prática comercial se contiver informações falsas, sendo inverídicas ou que por qualquer forma, incluindo a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor médio, mesmo que a informação seja factualmente correcta, em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduza ou seja susceptível de conduzir o consumidor médio a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo:*

[...]

c) *O alcance dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como qualquer afirmação ou símbolo fazendo crer que o profissional ou o produto beneficiam de um patrocínio ou apoio directos ou indirectos;*

Na prática, serão muito raras (se não inexistentes) campanhas de *marketing oportunista* que contenham informação expressa e falsa quanto à existência de uma relação de patrocínio. Sucede que o n.º 1 do art. 6.º da directiva expande bastante a protecção contra práticas *oportunistas*, compreendendo, além de declarações falsas, qualquer informação que induza ou apenas seja susceptível de induzir em erro que o *oportunista* é um patrocinador oficial. Aqui já se parecem encaixar muitas operações de *marketing oportunista*.

É claro que ainda ficarão fora do âmbito da disposição muitas práticas de *marketing oportunista*: aquelas que não procuram causar a impres-

---

(41) SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, p. 357; BERGER-WALLISER, GERLINDE, *et al.*, “Bavarian blondes...”, p. 29.

(42) SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, p. 357.



são de que o oportunista é um patrocinador oficial, mas *apenas* procuram aproveitar a *imagem positiva do evento*<sup>(43)</sup>.

No âmbito da concorrência desleal, em alguns países outras representações falsas ou enganosas, tais como, por exemplo, a representação, falsa ou enganosa, de que os bens ou serviços têm um patrocínio, aprovação ou recomendação, constituem a prática proibida e sancionada<sup>(44)</sup>.

Nos países anglo-saxónicos, *passing off* e *appropriation of goodwill* oferecem uma possível moldura para enquadrar outros casos de *marketing oportunista*<sup>(45)</sup>.

O *passing off*, também conhecido como *misappropriation*, é um instituto do *common law* que oferece protecção contra a prática de apresentar ou representar os bens, serviços ou investimentos comerciais de uma entidade como ligados a outra entidade quando este vínculo não existe<sup>(46)</sup>.

Tal como toda a protecção baseada em concorrência desleal, o *passing off* é um meio de combate pouco eficaz pela dificuldade dos requisitos e eventuais custos processuais elevados. Sobretudo, é difícil encaixar uma operação de *marketing oportunista* nos seus pressupostos. No *passing off*, ao autor cabe provar que uma acção do réu efectivamente confundiu os consumidores e lhes causou a representação falsa de que os bens ou serviços do réu são bens ou serviços do autor, daí resultando ou podendo resultar danos. Ou seja, a confusão que é sancionada é uma confusão quanto à origem dos bens ou serviços<sup>(47)</sup>. Ora, como já se disse, normalmente, uma empresa que pretende obter um ganho promocional associado a um certo evento não tenta sugerir que os seus bens ou serviços são do seu concorrente, o patrocinador oficial, ou do promotor ou organizador do evento<sup>(48)</sup>.

Perante a incerteza ou ineficácia da protecção de propriedade industrial e concorrência desleal e dos regimes da publicidade ou das acções promocionais enganosas, cada vez mais, por exigência das entidades pro-

(43) Assim, referindo-se à aplicação do artigo 5 (1) da lei alemã contra a concorrência desleal — *Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb-UWG* — que transpõe esta disposição da directiva, BERGER-WALLISER, Gerlinde, *et al.*, “Bavarian blondes...”, p. 32.

(44) SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, p. 357.

(45) TOWNLEY, STEPHEN, HARRINGTON, DAN, COUCHMAN, NICHOLAS, “The legal and practical...”, pp. 338-339.

(46) BURTON, NICHOLAS, CHADWICK, SIMON, “Ambush marketing in sport...”, pp. 311-312.

(47) BURTON, NICHOLAS, CHADWICK, SIMON, “Ambush marketing in sport...”, p. 311; ELIS, DANA, SCASSA, TERESA, SÉGUIN, BENOIT, “Framing ambush marketing as a legal issue: an olympic perspective”. *Sport Management Review*, Vol. 14, 2011, p. 300; SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, p. 357.

(48) ELIS, DANA, SCASSA, TERESA, SÉGUIN, BENOIT, “Framing ambush marketing...”, p. 300; SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, p. 357.



motoras dos eventos internacionais — os mais importantes, COI, FIFA e UEFA —, os países organizadores dos eventos têm vindo a aprovar legislação especial restritiva das actividades promocionais que, de qualquer modo, se associem ou podem associar ao evento<sup>(49)</sup>.

Alguna dessa legislação instituiu um novo e *sui generis* direito de propriedade industrial, o *direito de associação ao evento*. A titularidade desse direito é reservada ao promotor e/ou ao organizador do evento. Só este poderá autorizar que outras entidades ou pessoas singulares se apresentem, de qualquer modo, como associadas ao evento. A violação deste direito de associação é sancionada de vários modos, nomeadamente, enquanto ilícito penal ou contra-ordenacional. Mais, em vários casos, a legislação dessa natureza estabelece um indício de violação do direito de associação em caso de uso combinado de um conjunto de palavras supostamente alusivas ao evento, que não se resume às designações oficiais do evento, compreendendo, por vezes, referências bastante genéricas ao desporto, ao movimento olímpico, a uma modalidade desportiva, ao local e/ou data de realização do evento, ou mesmo aos nomes dos metais das medalhas<sup>(50)</sup>. Académicos, outros especialistas e os próprios tribunais, de várias jurisdições, discutem a legitimidade e constitucionalidade de tais medidas, para além da sua razoabilidade e imparcialidade<sup>(51/52)</sup>.

---

(49) Vários exemplos em SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, pp. 358, ss. A autora inclui os exemplos dos *Trade Practices Act 1976* e *Merchandise Marks Amendment Act 2002*, ambos sul-africanos, e o *Major Events Management Act 2007*, neozelandês, todos com a particularidade de terem por objecto a protecção de qualquer evento ou de qualquer evento maior, ao contrário da maior parte da legislação especial anti-marketing oportunista que tem por objecto um evento particular.

(50) Por exemplo, nos termos do *London Olympics Bill (2006)*, que instituiu um direito de associação quanto aos Jogos Olímpicos de 2012, o uso da expressão *gold at the games* constituía indício de violação do direito de associação aos Jogos — cf. ALEXANDRAKIS, VAGELIS, “The fight against ambush marketing and London 2012: how has this phenomenon dealt with by the UK legislation and what’s the role of the EU legislation?” *International Sports Law Review Pandektis*, Vol. 8, n.ºs 1-2, 2009, p. 161; SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, p. 360.

(51) Sobre a polémica que se desenvolveu à volta do *London Olympics Bill 2005* e *London Olympic Games and Paralympic Games Act 2006* e a hipotética violação da liberdade de expressão e do princípio da proporcionalidade — ALEXANDRAKIS, VAGELIS, “The fight against...”, pp. 161-165. Idêntica discussão à volta do canadiano *Olympic and Paralympic Games Act 2007*, em ELIS, DANA, SCASSA, TERESA, SÉGUIN, BENOIT, “Framing ambush marketing...”, pp. 303-304. Uma discussão desenvolvida de âmbito geral sobre a legitimidade da legislação especial aprovada por imposição do COI, em GRADY, JOHN, MCKELVEY, STEPHEN, BERNTHAL, MATTHEW, “From Beijing 2008 to London 2012...”, *passim*.

(52) Uma avaliação mais geral da compatibilidade da legislação especial anti-marketing oportunista com alguns princípios constitucionais, nomeadamente o princípio praticamente universal da liberdade de expressão em SCASSA, TERESA, “Ambush marketing and the right of association...”, pp. 366-367; PARDO AMÉZQUITA, DIEGO, “Ambush marketing...”, pp. 18, ss. A discussão alargada ao contexto do direito português, no nosso “Legitimidade e ilegitimidade do marketing oportunista...”, *passim*.

Seja como for, toda a protecção legal contra o *marketing oportunista* tem sempre uma eficácia limitada. A imaginação dos profissionais de marketing andará sempre à frente das medidas repressivas admissíveis<sup>(53)</sup>.

#### **4. Respostas ao *marketing oportunista* no direito português**

O direito português não é insensível ao fenómeno *marketing oportunista*. Nele se encontram normas e institutos não específicos do combate ao *marketing oportunista*, mas capazes de abranger estas práticas. Alguns dos quais correspondem à transposição da legislação comunitária de marcas e de publicidade já citada, pelo que têm paralelo noutros países da União Europeia.

##### ***Regime dos direitos de personalidade e imagem***

Certas acções oportunistas poderão usufruir da tutela dos direitos ao nome e imagem, embora talvez seja a mais remota base de protecção contra o *marketing oportunista*.

Qualquer acção publicitária que use o nome e/ou imagem de uma pessoa ou organização sem autorização para tal, poderá ser travada pelo legítimo titular desse direito, nos termos dos arts. 72.º e 79.º do CC.

Esta protecção servirá, por exemplo, para travar campanhas publicitárias que contenham a imagem de um atleta ou de um conjunto de atletas de uma equipa ou selecção nacional, sem autorização que permita esse uso (art. 79.º, 1 CC); ou para impedir qualquer referência ao nome de uma celebridade desportiva numa campanha publicitária sem a sua autorização (art. 72.º, 1 CC).

Estas disposições, concebidas para tutela dos direitos de personalidade da pessoa individual, tutelarão também o nome e a imagem corporativa de pessoas colectivas, tais como clubes e as SAD.

Actualmente, é entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência que as pessoas colectivas também são titulares de direitos de personalidade. A capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos necessários ou convenientes para a prossecução dos seus fins, excepto aqueles que sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular

---

(53) BERGER-WALLISER, GERLINDE, *et al.*, “Bavarian blondes...”, p. 34.

(art. 160.º CC), ou seja, os direitos compatíveis com a sua natureza (art. 12.º, 2 CRP). Ora, na sociedade actual, é bem visível a importância da imagem comercial e institucional das pessoas colectivas, em geral. A existência de contratos promocionais e, particularmente, de contratos de patrocínio constitui a absoluta evidência desse facto. O direito à imagem comercial e institucional, que inclui o direito ao nome e imagem institucional, é um direito essencial à prossecução dos fins de qualquer pessoa colectiva.

Assim, o uso não autorizado do nome de um clube ou de uma sociedade desportiva, assim como da sua imagem corporativa, em publicidade ou campanhas publicitárias nas quais o *oportunist*a pretende associar a sua imagem à dessa pessoa colectiva constituirá uma violação de direitos de personalidade (art. 72.º, 1 CC).

É evidente que estes serão dos casos mais raros de *marketing oportunist*a. Raramente, o *oportunist*a vai tão longe.

### ***Regime da concorrência desleal***

Algumas práticas de *marketing oportunist*a podem ser combatidas com recurso ao regime da concorrência desleal do código da propriedade industrial (CPI).

Assim, em primeiro lugar: *Constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica, nomeadamente: (...) As invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios* (art. 311.º, 1, c) do CPI).

Aqui poderiam caber os casos de campanhas publicitárias ou outros instrumentos promocionais em que uma empresa invoca ou refere o nome, logótipo, marca ou imagem pessoal ou corporativa de um atleta, clube ou sociedade desportiva sem autorização dos mesmos.

A questão de fundo é se a referência a nome, sinais distintivos ou imagem pessoal ou corporativa de quem não exerce a mesma actividade pode ser considerado, ainda assim, um acto de concorrência desleal, na medida em que a concorrência desleal é um estado relacional, pressupõe uma relação de concorrência no mercado, um sujeito activo e um sujeito passivo, um agente e um concorrente afectado pelo acto<sup>(54)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> Assim, na maioria da doutrina, nomeadamente: COUTO GONÇALVES, LUÍS, *Manual de Direito Industrial*, 8.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, pp. 392-395; OLAVO, CARLOS, *Propriedade Industrial*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, pp. 260-261; PATRÍCIO PAUL, JORGE, “Concorrência desleal e direito do

Há que questionar se os atletas, clubes ou SAD são concorrentes do *oportunista* que invocou ou fez referência ao seu nome, imagem ou sinais distintivos.

A doutrina maioritária entende que a relação de concorrência pressupõe que os intervenientes têm afinidade de produtos ou de actividades<sup>(55)</sup> ou pelo menos se inserem no mesmo mercado<sup>(56)</sup>. E os intervenientes pertencem ao mesmo mercado quando se dirigem ao mesmo tipo de clientela.

Poderia sustentar-se que os atletas, os clubes, as SAD, ainda que exercendo principalmente uma actividade desportiva, desenvolvem instrumentalmente uma actividade económica de exploração da sua imagem, nomeadamente contratando patrocínios com empresas, e que, portanto, o aproveitamento não autorizado da sua imagem por terceiros constituiu um acto de concorrência que os afecta.

Porém, na *actividade de exploração da imagem* das entidades com protagonismo desportivo, essas entidades com protagonismo desportivo e aqueles que estão interessados em usar essa imagem na promoção da sua própria imagem e/ou dos seus produtos não têm a mesma *clientela*, mesmo num sentido amplo. Pois a clientela das entidades com protagonismo desportivo são precisamente os interessados no uso da imagem daquelas (sejam os autorizados para o efeito, os patrocinadores, sejam os não autorizados, os não-patrocinadores), e a clientela dos patrocinadores, assim como dos *oportunistas*, são os potenciais consumidores dos seus produtos e serviços.

Ou seja, na actividade de exploração da imagem das entidades com protagonismo desportivo, estas e os interessados no uso dessa imagem, incluindo os não autorizados para o efeito, têm entre si uma relação de clientela e não de concorrência.

Menos tortuoso será enquadrar as práticas de *marketing oportunista* como actos de concorrência para com os patrocinadores oficiais, aqueles que estão autorizados a usar o nome, sinais distintivos ou imagem de um

---

Consumidor”, *ROA*, Ano 65, Vol. I (Junho 2005), n.º 2, al. a), in <www.oa.pt>; SOUSA E SILVA, PEDRO, *Direito Industrial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 324, ss.; CAMPINOS, ANTÓNIO, COUTO GONÇALVES, LUÍS (coord.), *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015. Anotação ao art.º 317.º, pp. 499, 503. Contra, sustentando a superação do *modelo corporativo* de tutela da lealdade da concorrência e a sua substituição por um *modelo social* ou *integrado*, deixando o acto de concorrência desleal de depender da existência de uma relação de concorrência, exigindo apenas que haja uma intervenção no mercado, AMORIM, ANA, *A Tutela da Lealdade nas Relações de Mercado — A Propósito do Ilícito Publicitário*. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 23-83, 354, ss.

<sup>(55)</sup> SOUSA E SILVA, PEDRO, *Direito Industrial*, p. 325.

<sup>(56)</sup> COUTO GONÇALVES, LUÍS, *Manual...*, pp. 393; OLAVO, CARLOS, *Propriedade Industrial*, pp. 261-262; PATRÍCIO PAÚL, JORGE, “Concorrência desleal...”, n.º 2, al. a); CAMPINOS, ANTÓNIO, COUTO GONÇALVES, LUÍS (coord.), *Código da Propriedade Industrial Anotado*, anotação ao art. 317.º, pp. 502-503.

atleta, equipa, clube ou sociedade desportiva. No que respeita à invocação do nome, imagem ou sinais distintivos de entidades desportivas, entre os *oportunistas* e os patrocinadores oficiais existe uma verdadeira relação de concorrência, ainda que as actividades económicas a que uns e outros se dediquem sejam diferentes, na medida em que têm a mesma clientela, em sentido amplo, efectiva ou potencial.

O n.º 1 do art. 311.º ainda impõe que o acto de concorrência seja *contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica*.

A invocação não autorizada do nome, imagem ou sinais distintivos de entidades desportivas, insinuando a qualidade de patrocinador, parece naturalmente um acto contrário aos usos da actividade publicitária. Além disso, será claramente contrário às normas de um código de conduta que rege a actividade publicitária, o *Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e outras formas de Comunicação Comercial* — *vd.* adiante o que se dirá sobre *soft law* e as regras deste código que proscrevem algumas acções de *marketing oportunista*.

Tais manifestações de *marketing oportunista* podem assim enquadrar-se na previsão do art. 311.º, 1, c) do CPI.

Trata-se de práticas de concorrência desleal que constituem um ilícito contra-ordenacional, punível com coima nos termos do art. 330.º CPI, tendo os patrocinadores oficiais, assim como quaisquer interessados — onde se incluem os patrocinados —, legitimidade para promover o procedimento mediante queixa.

Sem prejuízo do procedimento contra-ordenacional, os verdadeiros patrocinadores podem ainda intentar uma acção judicial inibitória, com vista a obter a cessação da prática de concorrência desleal e obter uma indemnização pelos danos causados pela prática.

### ***Regime da publicidade e comunicação comercial enganosa***

O regime geral da publicidade contém mecanismos de defesa contra práticas ditas de publicidade falsa e enganosa que podem abranger algumas modalidades de *marketing oportunista*.

Nos termos do n.º 1 do art. 10.º do Código da Publicidade (CP), *a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos*.

Sempre que uma empresa se apresente como patrocinador de uma determinada organização, pessoa singular ou evento e não o seja, ela está a infringir directamente o princípio da veracidade da publicidade, aplicando-se-lhe as sanções previstas no CP nos arts. 34.º, ss.

Como se disse, estes casos são raros. Raramente, uma empresa lança uma campanha apresentando-se como patrocinadora quando o não é.

Mais comumente, o *oportunista* incluirá nas suas acções publicitárias referências mais ou menos veladas a uma organização ou um evento, as quais criarão, ou poderão criar, no público, nos consumidores a convicção de que o *oportunista* é um patrocinador oficial.

Também estas acções podem ser consideradas atentatórias do princípio da veracidade, enquanto *publicidade enganosa*.

O art. 11.º, 1 do CP, remete para o regime das práticas comerciais desleais do DL n.º 57/2008, de 26-03, condenando a publicidade enganosa.

Nos termos deste diploma, constitui publicidade enganosa aquela que *contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente correctas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo* (art. 7.º, 1 do DL n.º 57/2008, de 26-03). E, entre os elementos enumerados, consta: (...) *utilização de qualquer afirmação ou símbolo indicativos de que o profissional, o bem ou o serviço beneficiam, directa ou indirectamente, de patrocínio ou de apoio* [al. c)].

Aqui se poderão enquadrar os anúncios e campanhas publicitárias nos quais o anunciante, recorrendo a imagens alusivas ou a slogans, cria, ou pode criar, no público ou consumidores, a convicção de ser o patrocinador de uma determinada organização, pessoa, evento, marca, bem ou serviço, quando não o é.

Tais acções consubstanciam a prática de uma contra-ordenação, sancionada com coima, e podem determinar a aplicação de sanções acessórias correspondentes à suspensão, cessação ou proibição da publicidade, incluindo medidas cautelares (arts. 34.º, ss., do CP).

Note-se, porém, que, em matéria de publicidade enganosa, o código da publicidade aplica-se exclusivamente às campanhas dirigidas a não consumidores, ou seja, profissionais (art. 43.º do CP).

Tratando-se de acções de *marketing oportunista* dirigidas a consumidores (publicidade, campanhas de RP, etc.), aplica-se directamente o DL n.º 57/2008, de 26-03, nomeadamente o já referido art. 7.º, com o regime contra-ordenacional constante dos seus arts. 19.º, ss. E, sem prejuízo do recurso aos meios administrativos, qualquer pessoa com interesse legítimo em opor-se às práticas de *marketing oportunista* — incluindo os concorrentes e os alegados patrocinados —, pode também intentar uma acção ini-

bitória nos termos da *lei de defesa do consumidor* (Lei n.º 24/96, de 31-07) (art. 16.º do DL n.º 57/2008, de 26-03).

O art. 15.º do DL n.º 57/2008 trata da responsabilidade civil emergente de uma prática comercial desleal, referindo-se ao consumidor lesado e remetendo para o regime geral da responsabilidade extracontratual. Sucede que o verdadeiro lesado das práticas de *marketing oportunista* enquadradas na alínea *c*) do n.º 1, do art. 7.º não deverá ser um consumidor, mas antes um concorrente, verdadeiro patrocinador oficial. Porém, este também é visado no âmbito de protecção da alínea *c*) do n.º 1, do art. 7.º, pelo que, preenchidos os requisitos do art. 483.º CC, também poderá ser ressarcido pelos danos que lhe forem causados.

Quanto à pessoa singular ou colectiva relativamente à qual a comunicação do *profissional-oportunista* invoca um patrocínio (o suposto patrocinado), parece que ela, ainda que lesada pela comunicação comercial enganosa, não pode ser ressarcida com fundamento na violação do disposto no art. 7.º do DL n.º 57/2008, na medida em que os seus interesses estão fora do âmbito de protecção desta norma.

Actualmente, a Direcção-Geral do Consumidor é a entidade administrativa competente para decidir e aplicar as coimas e sanções acessórias em matéria de publicidade, tanto por aplicação do código da publicidade, como por aplicação do DL n.º 57/2008, de 23-03 (art. 39.º do CP e art. 40.º, 3, g) do DL n.º 126-C/2011, de 29-12; arts. 19.º, 3 e 21.º, 5 e 7 do DL n.º 57/2008).

Finalmente, uma nota sobre a articulação entre o regime do DL n.º 57/2008 e o regime da concorrência desleal do CPI.

Como atrás se referiu, algumas acções de *marketing oportunista* podem ser enquadradas no art. 311.º do CPI. Pode então suceder que a mesma prática tenha enquadramento simultâneo nesse dispositivo e no art. 7.º do DL n.º 57/2008, de 23-03, em concurso de normas.

Se assim suceder, a mesma prática não poderá ser sancionada em ambos os correspondentes processos contra-ordenacionais, o que se traduziria numa violação do princípio *non bis in idem*. Considerando existir um concurso real de normas, visto que cada feixe de normas tutela interesses diferentes, o concorrente prejudicado terá de optar por promover um dos dois processos<sup>(57)</sup>.

---

(57) Aparentemente neste sentido no que respeita às relações entre os regimes da concorrência desleal e das práticas comerciais desleais, SOUSA E SILVA, PEDRO, *Direito Industrial*, pp. 320-321.



### ***Soft law: o Código de Conduta da ARP (ex-ICAP)***

Além dos instrumentos legais enunciados, no combate ao *marketing oportunista* há que contar com o *soft-law*, concretamente, com instrumentos de auto-regulação, tais como os códigos de conduta e os respectivos mecanismos de decisão/aplicação.

Estes instrumentos podem ser particularmente eficazes. Aliás, mais eficazes do que os instrumentos legislativos, aplicados judicial ou administrativamente, visto que beneficiam de uma maior rapidez de decisão e aplicação e de uma eficácia persuasiva superior. O que é fulcral, tratando-se de campanhas publicitárias e de outras acções de marketing, as quais, por natureza, são efémeras.

Em Portugal, a ARP — Auto Regulação Publicitária, entidade sem fins lucrativos, anteriormente denominada ICAP — Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial, implementa um sistema da auto-regulação, em defesa das boas práticas na actividade publicitária. O sistema alicerça-se em códigos de conduta, o principal, o *Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária em Matéria de Publicidade e outras formas de Comunicação Comercial* (doravante, abreviadamente, CC/ARP)<sup>(58)</sup>.

O código tem por objecto toda a *comunicação comercial* (art. 1.º), a qual abrange a *Publicidade bem como outras técnicas, tais como promoções, patrocínios e marketing directo e deve ser interpretada de forma lata de modo a poder designar toda a comunicação produzida directamente, por ou em representação de um operador de mercado, que pretenda essencialmente promover Produtos ou influenciar o comportamento dos Consumidores* (art. 2.º, b CC/ARP).

O CC/ARP é aplicado pelo Júri de Ética e pela Comissão de Apelo da ARP, sendo as suas decisões obrigatórias para sócios da ARP, membros associados de associações filiadas na ARP e outras entidades que, não sendo membros, submetam questões à sua apreciação (art. 30.º, 3 CC/ARP).

Do CC/ARP resulta um conjunto de princípios e normas dos quais se pode extrair uma protecção contra várias manifestações de *marketing oportunista*.

Assim, desde logo, constitui um princípio fundamental que *toda a Comunicação Comercial deve ser legal, decente, honesta e verdadeira* (art. 4.º, 1).

---

(58) <[https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Cod.-Conduta\\_ARP.pdf](https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Cod.-Conduta_ARP.pdf)>.



A comunicação comercial *deve ser verdadeira e não enganosa* (art. 9.º, 1) e *deve proscrever qualquer declaração, alegação ou tratamento auditivo ou visual que seja de natureza a, directa ou indirectamente, mediante omissões, ambiguidades ou exageros, induzir, ou ser susceptível de induzir, em erro o Consumidor, designadamente no que respeita a: (...) reconhecimento ou homologação oficial, recompensas, tais como a atribuição de medalhas, prémios, diplomas e distinções de natureza similar* [art. 9.º, 2, f)].

Além desta norma, outras com um maior grau de concretização podem ser invocadas contra práticas de *marketing oportunista*.

*A Comunicação Comercial não deve representar uma pessoa nem a ela se referir, independentemente de esta se encontrar no exercício de actividades públicas ou privadas, sem a sua prévia autorização* (art. 18.º, 1). *E a Comunicação Comercial não deve, salvo prévia autorização, descrever ou referir-se aos bens pessoais de quaisquer pessoas de modo a insinuar a ideia de que, pela pessoa ou Entidade em questão, foi feita uma recomendação do Produto* (n.º 2 do mesmo artigo).

Assim, enquanto no n.º 1 do artigo se podem enquadrar os casos mais simples de *marketing oportunista*, ou seja, os casos em que o *oportunista* usa o nome, fotografia ou outros elementos alusivos à imagem de uma pessoa célebre (singular ou colectiva) sem a sua autorização nas suas campanhas promocionais, no n.º 2 enquadram-se casos menos simples, embora mais comuns, de *marketing oportunista*: as campanhas publicitárias e outras actividades promocionais nas quais o anunciante ou promovido se refere de algum modo a uma pessoa ou entidade, insinuando que esta apoia os seus produtos.

Este segundo grupo de casos de *marketing oportunista* também pode ser enquadrado no artigo seguinte do CC/ARP:

*A Comunicação Comercial não deve, em caso algum, retirar indevidamente proveito da reputação ligada ao nome, marcas ou a qualquer outro elemento de propriedade intelectual relativo a uma outra Entidade, pessoa ou instituição, nem tirar proveito da notoriedade obtida por outras campanhas de marketing, sem ter obtido a sua prévia autorização* (art. 19.º, 2 CC/ARP).

Mais adiante, encontramos outra norma que, dirigindo-se especificamente ao patrocínio, enquadra um vasto conjunto de operações de *marketing oportunista*: trata-se do art. B2 do CC/ARP, respeitante ao *Embuste do Objecto de Patrocínio*: *Nenhuma parte deve procurar dar a entender que patrocina um qualquer acontecimento ou a transmissão ou comunicação do mesmo nos Meios, seja ele patrocinado ou não, se não for, de facto, Patrocinador de um bem ou dessa transmissão ou comunicação*.

Nos arts. 19.º, 2 e B2 enquadram-se as modalidades mais complexas, mas também mais frequentes de *marketing oportunista*, os casos de *marketing oportunista indirecto*.

Este conjunto de normas deixa claro que o combate ou dissuasão das práticas de *marketing oportunista* é um objectivo central do código de conduta da ARP.

Perante a inobservância das normas do CC/ARP, os órgãos competentes da ARP decidem sobre a legalidade e correcção da conduta infractora, sem prejuízo da eventual responsabilidade civil (art. 27.º CC/ARP).

## 5. Um caso português: Sociedade Central de Cervejas vs. Unicer

O patrocínio da Federação Portuguesa de Futebol e de eventos organizados sob os seus auspícios tem sido pano de fundo de um interessante combate publicitário, comercial e jurídico entre a SCC — Sociedade Central de Cervejas, SA e a Unicer — Bebidas, SA.

O combate jurídico tem ocorrido fora dos tribunais, recorrendo à regulação do ICAP (actual ARP).

Uma decisão da Comissão de Apelo e duas decisões do Júri de Ética Publicitária (JEP) do ICAP ilustram este combate.

Em 4-08-2008, a Comissão de Apelo do ICAP, confirmou uma decisão do JEP, deliberando que a campanha Unicer/*Força Portugal* não violou o disposto no art. 9.º CC/ICAP<sup>(59)</sup>.

A SCC apresentara queixa contra a Unicer, alegando que na campanha publicitária da Unicer relativa à marca *Super Bock*, apresentada na televisão e em múpis, sobre um fundo cor bordeaux, foram apostos o símbolo e marca da anunciante *Cerveja Super Bock sem Álcool* e foi utilizado o *claim Força Portugal*; e no site *superbock.pt* surgiram palavras e frases alusivas às posições obtidas pela Seleção Nacional em grandes competições internacionais e características associadas à vitória. A campanha *Força Portugal* foi desenvolvida durante a fase final do Euro 2008 e, segundo a SCC, o teor, o contexto temporal e o tom da campanha eram susceptíveis de gerar confusão e equívoco sobre a qualidade da marca

---

<sup>(59)</sup> Cf. Decisão da Comissão de Apelo, de 4-08-2008. SCC — Soc. Central de Cervejas e Bebidas vs. Unicer Bebidas. Proc. n.º 5J/2008.

patrocinadora oficial, de diminuição e desmerecimento da campanha da própria SCC relativa à marca *Sagres*.

Segundo a SCC, tal campanha constituiu *um tipo de contra-publicidade*, uma prática de *ambush marketing*, uma *prática proibida*, pois rompeu *os limites das práticas concorrenciais* e contrariou *os usos honestos*, sendo *enganosa e de tal modo equívoca que é susceptível de gerar a desconfiança generalizada na publicidade*. Assim, a campanha constituiu uma prática comercial enganosa nos termos do disposto no art. 7.º, 2, al. c) do DL 57/2008 de 23-03, infracção aos arts. 10.º e 11.º do Código da Publicidade e desconforme aos arts. 9.º e 16.º do CC/ICAP.

A Unicer contra-alegou, sustentando, em resumo, que a campanha *Força Portugal* não desmereceu a marca de *Cerveja Sagres*, não utilizou indevidamente a qualidade de patrocinador oficial da selecção, nem criou um equívoco nos consumidores quanto aos produtos e marcas em questão. A publicidade à *Super Bock* não utilizou, *em momento algum, qualquer imagem, individual ou colectiva, dos jogadores da Selecção, da marca Sagres, dos símbolos da Selecção, das bolas da Selecção ou de qualquer outra imagem relacionada com a Selecção e, muito menos, sugere qualquer relação de patrocínio*.

Na sua deliberação, a Comissão de Apelo salientou que o dito *ambush marketing* ou *publicidade emboscada* coloca difíceis problemas de delimitação. Tais práticas podem ser ilícitas com dois fundamentos diversos. Havendo *confusão ou engano quanto ao patrocínio*, trata-se de deslealdade publicitária. Não ocorrendo tal confusão ou engano, *deveremos considerar outra fronteira: a da associação parasitária a um tema de publicidade reservado aos concorrentes*. Este último aspecto cabe também no art. 9.º do CC/ICAP.

Perante a campanha Unicer/*Força Portugal*, a Comissão de Apelo afastou a hipótese de ilicitude por confusão ou engano, colocando a hipótese de associação parasitária.

Porém, tudo visto, a Comissão de Apelo entendeu que não foi provado que a campanha da Unicer sofreu um *empastelamento de sentido*, uma *colagem ao acontecimento patrocinado pela concorrente SCC*, que assim parasitasse a *diligência contratual, a criatividade e o marketing alheio*. Ficou por provar a ocorrência desse *empastelamento* e que *os consumidores foram atingidos por uma publicidade que os induziu em erro quanto ao patrocinador oficial da Selecção Nacional de Futebol*. Com tais fundamentos, concluiu que a campanha da *Super Bock* em causa não violou o disposto no art. 9.º do CC/ICAP, mantendo a decisão do JEP.

Saliente-se ainda um aspecto particularmente curioso desta decisão. Avaliando possíveis enquadramentos jurídicos do caso, a Comissão de Apelo questionou se do DL n.º 86/2004, de 16-04<sup>(60)</sup> — diploma cujos efeitos se encontravam esgotados à data dos factos objecto da decisão — emerge um princípio geral de proibição de associação a eventos patrocinados. Porém, a Comissão acabou por não responder a esta interessante questão.

Em 2015, foi instaurado um novo processo junto do ICAP, agora por iniciativa da Unicer contra a SCC<sup>(61)</sup>.

A Unicer apresentou uma queixa junto do ICAP/JEP contra a SCC, por uso da expressão “A Cerveja Oficial do Futebol” uma campanha publicitária referente à marca *Sagres*, por violação dos arts. 4.º, 9.º e 12.º do CC/ICAP e arts. 10.º, 11.º, 1 e 2, c) do Código da Publicidade.

Em resumo, a Unicer alegou que identificar a cerveja *Sagres* como “A Cerveja Oficial do Futebol” de forma ostensiva *constancia uma publicidade ilícita, falsa e enganosa, com violação das normas que constanciam os princípios da honestidade e da veracidade da publicidade (...), fazendo crer ao consumidor a existência de um reconhecimento “oficial” relativo à marca Sagres que não lhe foi concedido por qualquer instância, organismo ou entidade oficial (...)*.

A requerida SCC contra-alegou que, em Portugal, o futebol é oficialmente representado pela Federação Portuguesa de Futebol e o futebol profissional é representado pela Liga Portuguesa de Futebol Profissional, *entidades que celebraram contratos de patrocínio com a SCC, relativamente à sua marca “Sagres” no âmbito dos quais concederam-lhe o direito ao uso exclusivo para o mercado cervejeiro da expressão “A Cerveja Oficial” das selecções, competições e/ou torneios de futebol que organizam; por outro lado, a Sagres é a marca mais espontaneamente associada em Portugal a este tipo de desporto, pelo que a campanha em causa não deforma a realidade dos factos ou altera a percepção dos consumidores portugueses quanto ao papel desempenhado pela Cerveja Sagres no futebol.*

Considerados os factos e o enquadramento ético-publicitário (diria antes ético-jurídico), o JEP decidiu que *a Requerida, surgindo associada a*

---

<sup>(60)</sup> Sobre este diploma, *vd.* o nosso “Legitimidade e ilegitimidade do *ambush marketing*...” (no prelo).

<sup>(61)</sup> Decisão do Júri de Ética. Unicer Bebidas vs. SCC — Soc. Central de Cervejas e Bebidas. Proc. 7J/2015. Disponível online: <<https://auto-regulacaopublicitaria.pt/7j-2015-unicer-vs-sociedade-central-cervejas/>>.

*muitos eventos desportivos, não detém um direito exclusivo sobre a modalidade desportiva, mostrando-se que a campanha publicitária com a alegação “Sagres — a cerveja oficial do futebol” viola o princípio da veracidade previsto no art. 10.º do Código da Publicidade, bem como os arts. 4.º e 9.º do Código de Conduta do ICAP, ordenando a cessação imediata da campanha.*

Em 2016, a SCC apresentou nova queixa contra a Unicer, perante o agora denominado Júri de Ética (JE) do ICAP, desta feita relativa à comunicação comercial da marca *Carlsberg* nos suportes de internet e imprensa escrita, com o slogan *Provavelmente a melhor equipa do mundo*, por violação dos arts. 4.º, 5.º, 27.º, A-1, B-II, al. e) e B2, todos do CC/ICAP, art. 317.º do CPI e arts. 4.º, 7.º, 1, c) do DL 57/2008, de 26-03<sup>(62)</sup>.

Em causa estava uma campanha onde se integravam diversos *claims* inseridos na imprensa escrita, internet, incluindo a rede *facebook*, contendo palavras de incentivo a Portugal, aludindo à sua posição no Euro 2016; a imagem de um potencial adepto da Selecção Nacional de Futebol com um cachecol verde e encarnado com escudo da bandeira portuguesa e uma garrafa de cerveja *Carlsberg*, imagem essa associada ao lema *Provavelmente a melhor equipa do mundo*, ao símbolo oficial do *UEFA Euro 2016 França* e ao *disclaimer Official Beer*.

A SCC alegou, em resumo, que, não obstante a *Carlsberg* ser um parceiro global do Euro 2016, não era um patrocinador oficial da Selecção Nacional de Futebol, ao contrário do que a campanha quer dar a entender ao consumidor médio, e que a expressão *Provavelmente a melhor equipa do mundo*, acompanhada das cores da Selecção, do cachecol da Selecção, do símbolo da competição e da referência *Official Beer*, criou uma associação clara, mas ilícita da *Carlsberg/Unicer* à Selecção Nacional de Futebol e à sua participação no Euro 2016; constituindo um exemplo de *uma estratégia de marketing e publicidade de “emboscada” ou parasitária, nos termos da qual a UNICER procura buscar uma vantagem comercial ilícita, à custa da imagem das Selecções Nacionais sem ter adquirido os respectivos direitos de patrocínio e em violação evidente e clara dos direitos dos legítimos patrocinadores, designadamente a SCC (...).*

A Unicer contra-alegou, em resumo, que as expressões ou imagens da sua campanha não podiam ser interditas, uma vez tratar-se de *expressões e formas de apoio utilizadas por qualquer apoiante da Selecção*

---

<sup>(62)</sup> Decisão do Júri de Ética. SCC — Soc. Central de Cervejas e Bebidas vs. Unicer Bebidas. Proc. 8J/2016. Disponível online: <<https://auto-regulacaopublicitaria.pt/8j-2016-scc-sociedade-central-cervejas-s-vs-unicer-bebidas-portugal-sgps-s/>>.

*Nacional de Futebol (...); nas suas campanhas não se associou, nem se colou à Selecção Nacional, enquanto patrocinadora oficial do EURO 2016, apenas terá utilizado elementos ou símbolos de cariz nacional, elementos esses que são insusceptíveis de apropriação e, conseqüentemente, insusceptíveis de configurarem sinais distintivos de concorrentes geradores de confusão no consumidor médio (...).*

O JEP decidiu com o seguinte enquadramento ético-legal.

A SCC invocou a sua titularidade de extensos direitos sobre a Selecção Nacional de Futebol, sem os concretizar e provar, o que lhe cabia, pois não se trata de facto público e notório. Ainda assim, o JEP aceitou esses factos, por serem do domínio público e aceites pela requerida.

*Símbolos nacionais, tais como a bandeira nacional, o escudo ou as suas cores, bem como outras designações genéricas referentes a Portugal, não são passíveis de apropriação privativa e exclusiva dos patrocinadores de eventos internacionais de excepcional interesse público, devendo ser considerados per se insusceptíveis de configurar sinais distintivos de concorrentes ou geradores de confusão junto do consumidor médio.*

Quanto ao *claim* relativo à imagem da Selecção Nacional de Futebol, embora o direito à imagem seja irrenunciável e inalienável, não são de considerar-se interditas as limitações ao exercício desse direito de personalidade, nomeadamente a cedência a terceiros, por futebolistas, do direito à exploração comercial da sua imagem de desportistas profissionais.

O JEP considerou que o uso da *imagem da Selecção Nacional de Futebol ou de qualquer jogador da mesma (com ou sem qualidade fotográfica e independentemente do conhecimento os exactos contornos dos direitos adquiridos pela SCC)* sem autorização prévia foi desconforme com o disposto nos arts. 79.º, 1 e 2 do Código Civil e 7.º, 2, e) do Código da Publicidade.

E, perante as várias alegações publicitárias ou *claims* objecto da denúncia, entendeu existir a *susceptibilidade do consumidor médio confundir a qualidade ou estatuto do anunciante, considerando a Carlsberg como Patrocinadora Oficial da Selecção Nacional de Futebol, para além (ou em vez de) Patrocinadora Oficial do Euro 2016. “Provavelmente” ou “probably” é a expressão que faz parte da assinatura da marca Carlsberg.* Assim, o uso de *“Provavelmente a melhor equipa do mundo”, em que a Selecção Nacional de Futebol é colocada, através do grau mais elevado de integração da marca, o slogan,* constituiu um artifício gramatical que visa um *determinado significado semântico da propriedade de terceiros,* tratando-se de publicidade enganosa, desconforme com o princípio da veracidade e da livre e leal concorrência em matéria de publicidade.



*A publicidade da UNICER, entendida no seu todo, e divulgada através dos suportes imprensa escrita e Internet, é susceptível de transmitir ao consumidor médio a ideia de que o anunciante é Patrocinador Oficial da Selecção Nacional de Futebol, existindo uma associação parasitária a uma forma de publicidade reservada a terceiros (a SCC), desconforme ao disposto no art. B2 do CC/ICAP.*

Concluiu o JEP que a publicidade da Unicer em causa violou o disposto nos arts. 4.º, 1 e 2, 5.º, 9.º, 1 e 2, B2 e B8, 1 e 2 do CC/ICAP, 10.º e 11.º do Código da Publicidade (o último com a redacção introduzida pelo DL 57/2008, de 26-03), devendo a sua divulgação cessar imediatamente e não ser reposta enquanto se mantivessem os ilícitos apurados.

Que dizer deste combate ético-jurídico entre a SCC e a Unicer?

Em primeiro lugar, o combate é um exemplo da clássica alternância de posições: *oportunist*a — patrocinador oficial — *oportunist*a. Ambas as empresas, SCC e Unicer, usam práticas de aproveitamento ou oportunismo relativamente ao futebol e à Selecção Nacional de Futebol, sejam elas lícitas ou ilícitas.

Depois, e sobretudo, as três decisões ilustram bem as ténues fronteiras entre práticas de *marketing oportunista* lícitas e ilícitas.

Na primeira decisão analisada, a Comissão de Apelo do ICAP considerou lícito o uso do slogan *Força Portugal*, associado aos símbolos nacionais, durante o Euro 2008, em primeiro lugar, por não envolver confusão ou engano dos consumidores; em segundo lugar, por não se tratar de associação parasitária a um tema reservado ao verdadeiro patrocinador. A Comissão teve este entendimento, não obstante da campanha na internet constarem ainda frases alusivas às posições alcançadas pela Selecção em grandes competições internacionais.

Já na última decisão analisada, relativa à campanha da Unicer no Euro 2016, o JEP entendeu que o uso da expressão *Provavelmente a melhor equipa do mundo*, conjugado com a imagem de um potencial adepto da Selecção, com um cachecol verde e encarnado, os símbolos da bandeira portuguesa, uma garrafa de *Carlsberg* e o símbolo *EURO 2016 France* constituía publicidade susceptível de induzir em erro o consumidor médio.

Ora, bem vistas as coisas, as duas campanhas não eram muito diferentes, nem, provavelmente, seriam muito diferentes as ideias que eram susceptíveis de transmitir quanto a ser a Unicer o patrocinador da Selecção.

Esta eventual contradição exprime a primeira dificuldade do/s regime/s da *comunicação comercial enganosa*, enquanto modalidade de *prática comercial enganosa*: a dificuldade em preencher os conceitos indeterminados que constroem os respectivos tipos normativos.

Que critérios deverão ser adoptados pelo tribunal, pela autoridade administrativa competente em matéria contra-ordenacional, pelos órgãos da ARP (anteriormente ICAP) e pelo intérprete para concretizar *induzza ou seja susceptível de induzir em erro o consumidor em relação a (...) o bem ou o serviço beneficiam, directa ou indirectamente, de patrocínio ou de apoio (...)* (art. 7.º, 1, c) do DL n.º 57/2008, de 23-03), o elemento subjectivo da prática comercial enganosa? — A mesma questão coloca-se na interpretação do art. 9.º, 2, f) do CC/ARP na sua redacção actual (correspondente ao art. 14.º, 1, f) do CC/ICAP de 1991).

Em primeiro lugar, o consumidor considerado como referência ou critério do engano ou susceptibilidade de engano é o *consumidor médio*.

O art. 6.º, 1 da Directiva n.º 2005/29/CE refere-se ao consumidor médio na definição de prática comercial enganosa e, no seu considerando (18), define o consumidor médio como aquele *normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta os factores de ordem social, cultural e linguística, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça*. Trata-se, portanto, não da média dos consumidores, mas, sim, de um *consumidor ideal típico*<sup>(63)</sup>, sintónico com o actual modelo liberal de tutela dos consumidores<sup>(64)</sup>. E, mais adiante, no mesmo considerando (18), adverte-se: *O critério do consumidor médio não é estatístico. Os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reacção típica do consumidor médio num determinado caso*.

Depois, quanto ao requisito *induzir ou ser susceptível de induzir em erro*, há que ter em conta que este elemento da noção de *acção comercial enganosa* não é uma novidade do DL n.º 57/2008 e da Directiva n.º 2005/29/CE. Esse elemento alicerçou instrumentos anteriores em matéria de publicidade enganosa.

A directiva relativa à publicidade enganosa, Directiva 84/450/CEE, do Conselho, de 10-09-1984, introduziu a seguinte noção de publicidade enga-

---

(63) SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE, “A transposição da directiva sobre práticas comerciais desleais (Directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março”. In AAVV — *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I., Coimbra: Almeida, 2011, p. 575.

(64) AZEVEDO DE AMORIM, ANA CLARA, “Comunicação comercial e direitos dos consumidores: desafios da sociedade da informação”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 01 (Junho, 2015), p. 170; com uma mais desenvolvida apreciação crítica deste modelo neoliberal de consumidor médio, AZEVEDO DE AMORIM, ANA CLARA — “Publicidade enganosa e consumidor médio: estudo sobre o exagero publicitário”, *Percursos & Ideias. Cadernos de Solicitadoria*, n.º 7, 2.ª Série. (2016). pp. 7-8. Disponível online: <<https://www.iscet.pt/pt-pt/percursos-ideias>>.



nosa no seu considerando (2): *Publicidade enganosa: a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que afecta e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude do seu carácter enganador ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente.*

O art. 11.º, 1 do Código da Publicidade de 1990 recebeu aquela noção, considerando publicidade enganosa aquela que: (...) *induza ou seja susceptível de induzir em erro os seus destinatários ou possa prejudicar um concorrente*(65).

No labor jurisprudencial do Tribunal de Justiça Europeu e na doutrina em matéria de publicidade enganosa, encontramos critérios para concretizar o elemento *induzir ou ser susceptível de induzir o consumidor em erro.*

A existência de uma acção enganosa não exige um engano efectivo do destinatário médio da comunicação comercial, basta-se com a sua *possibilidade*. Mas, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não basta *a mera susceptibilidade de indução em erro, exigindo um risco suficientemente grave e sério de engano do destinatário*(66).

No apuramento desse risco, impõe-se uma análise do acto de comunicação comercial no seu conjunto, conforme ao *princípio da integridade ou indivisibilidade: uma análise qualitativa da impressão global criada pelo anúncio* ou por outra forma de comunicação comercial junto do consumidor médio, *afastando uma abordagem separada de cada uma das suas partes integrantes*(67).

No caso de uma campanha de *marketing oportunista*, impõe-se uma análise da campanha no seu conjunto, compreendendo todos os seus elementos (anúncios publicitários, conteúdos dos sites da empresa, etc.) e uma análise do efeito produzido pela interacção entre esses vários elementos (por exemplo, o efeito de anúncios publicitários televisivos com uso de símbolos nacionais, conjugados com a inserção na página da empresa na internet e nas redes sociais de informação sobre as posições alcançadas por uma selecção nacional numa determinada competição).

---

(65) Redacção original do artigo.

(66) MORAIS DE CARVALHO, MARIA MIGUEL, “O conceito de publicidade enganosa”. *In Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 688. Neste sentido, vejam-se: Acórdão do TJ, de 2-02-1994. P.º C-315/92. Caso *Clinic*. *In Colectânea de Jurisprudência*, 1994, pp. I-330, ss; acórdão do TJ, de 4-04-2000. P.º C-465/98. Caso *Naturetin*. *In Colectânea de Jurisprudência*, 2000, pp. I-2321, ss; acórdão do TJ, de 13-01-2000. P.º C-220/98, Caso *Estée Lauder*. *In Colectânea de Jurisprudência*, 1994, pp. I-135, ss.

(67) AZEVEDO DE AMORIM, ANA CLARA, “Comunicação comercial...”, p. 172; AZEVEDO DE AMORIM, ANA CLARA, “Publicidade enganosa e consumidor médio...”, pp. 5-6.

Haverá ainda que interpretar e concretizar o segundo elemento do ilícito *prática comercial enganosa: conduz ou é susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo* (art. 7.º, corpo do n.º 1 *in fine* do DL n.º 57/2008, de 23-03). Trata-se da chamada cláusula de relevância.

Como concretizar este elemento?

Esta referência à distorção do comportamento económico do consumidor deve ser entendida em sentido amplo.

Não é necessário que o engano ou susceptibilidade de engano determine uma decisão de adquirir ou não adquirir. Para efeitos deste regime, *decisão de transacção é a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir* (art. 2.º, *k*) da Directiva n.º 2005/29/CE).

Basta um efeito de atracção, basta que a prática comercial possa *captar a atenção dos destinatários, suscitando um interesse pelo produto ou serviço*<sup>(68)</sup>.

Num caso de *marketing oportunista*, para que a comunicação comercial em causa, anúncio ou outro modo de comunicação comercial susceptível de induzir em engano o consumidor médio quanto à condição de patrocinador do anunciante e dos seus produtos, seja ilícita, basta que se trate de uma acção comunicacionalmente eficaz, ou seja, capaz de captar a atenção dos destinatários.

Estes são alguns critérios a considerar na interpretação dos regimes legal e auto-regulatório da comunicação comercial enganosa, enquanto instrumentos de reacção às práticas de *marketing oportunista*, ajudando na construção de uma jurisprudência uniforme nesta matéria.

## 6. Nota final

O combate ao *marketing oportunista* é nebuloso, cheio de incertezas quanto aos instrumentos adequados ao seu enquadramento, quanto à interpretação e concretização desses instrumentos na decisão dos casos concretos. Parte da incerteza regulatória reflecte as dúvidas que o próprio

---

(68) AZEVEDO DE AMORIM, ANA CLARA — “Comunicação comercial...”, p. 172.

regime das práticas comerciais desleais suscita em geral e que urge trabalhar e clarificar.

De qualquer modo, não é desejável, não pode haver uma unidade de tratamento jurídico das variadas formas de *marketing oportunista*. Uma são sem dúvida abusivas e ilícitas, outras são lícitas e eticamente aceitáveis e outras, muitas, são intrinsecamente duvidosas.

Em Portugal, em vez de mais legislação ou de melhor legislação sobre a matéria, falta um estudo aprofundado da figura comunicacional e um debate ético-jurídico sobre as suas manifestações. Neste âmbito, tal como noutros em matéria de publicidade e comunicação, a reflexão interdisciplinar é o caminho. As propostas dos juristas devem dialogar com as propostas do marketing & comunicação.