

O USO DO *LINK* PATROCINADO COMO PRÁTICA DE CONDUTA DESLEAL NO COMÉRCIO DA INTERNET

JULIANA ABRUSIO¹

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO. 2 A IMPORTÂNCIA DO COMÉRCIO. 3 ORIGEM E FUNCIONAMENTO DOS LINKS PATROCINADOS. 4 A CONCORRÊNCIA DESLEAL POR MEIO DOS LINKS PATROCINADOS. 5 DA TEORIA CLÁSSICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL ADVINDA POR CONCORRÊNCIA DESLEAL. 6 DA VIOLAÇÃO AO DIREITO DE MARCA. 7 DA PROTEÇÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.*

RESUMO: O artigo tem como objetivo abordar as práticas relacionadas ao uso do link patrocinado no Brasil tendo em vista as consequências na atividade do comércio eletrônico – como a captação indevida de clientela – com fundamento na legislação que abrange a concorrência desleal neste segmento no país e no exterior. O texto ainda se ampara na discussão sobre a violação ao direito de marca e nos direitos do consumidor diante desta conduta virtual.

PALAVRAS-CHAVE: Comércio eletrônico. *Links* patrocinados. Concorrência desleal.

THE USE OF THE SPONSORED *LINK* AS PRACTICE OF UNFAIR CONDUCT IN INTERNET TRADE

ABSTRACT: The article aims to address practices related to the use of the sponsored link in Brazil in view of the consequences in the activity of electronic commerce – such as improper customer acquisition – based on legislation that covers unfair competition in this segment in the country and abroad. The text is still supported by the discussion on the violation of trademark rights and consumer rights in the face of this virtual conduct.

KEYWORDS: E-commerce. Sponsored links. Unfair competition.

¹ Doutoranda em Direito pela PUC-SP. Mestre pela Universidade de Roma Tor Vergata, com título revalidado pela USP. Advogada e sócia da Opice Blum, Bruno, Abrusio e Vainzof Advogados Associados. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora convidada do Programa de Educação Continuada da Escola Politécnica da USP. E-mail: juliana@opiceblum.com.br.

INTRODUÇÃO

O comércio sempre acompanhou as relações humanas. Mais recentemente, com o advento das tecnologias da informação e da comunicação, desponta o comércio eletrônico, alargando as opções dos empresários de praticar a mercancia, bem como dos consumidores em adquirir produtos e serviços.

Verifica-se nesse novo sistema que a competitividade pelo domínio tecnológico é mais agressiva, o que exige mais do que nunca o cumprimento do princípio geral de dever de lealdade no meio empresarial. Nesse contexto, surgem os *links* patrocinados, como opção de serviço pago, oferecido pelos principais provedores de busca da internet, como o *Google*. Sua importância reside na intensa utilização dos buscadores pelos internautas e no relevante valor comercial ligado à ordem de aparição dos *links* listados nos resultados de buscas, devido à tendência dos internautas de acessarem as primeiras ocorrências apresentadas.

Ocorre que, mediante manobra ilícita do adquirente do serviço, os *links* patrocinados podem ser utilizados para captação indevida de clientela.

O presente artigo explica como este fenômeno pode ocorrer, além de apresentar diversos casos julgados pelos tribunais brasileiros e do direito comparado sobre o assunto. O trabalho aborda ainda a concorrência desleal, a violação da marca e a prática da publicidade enganosa.

Outrossim, o artigo diferencia a responsabilização legal segundo a teoria clássica da responsabilidade civil e a teoria da responsabilidade civil advinda da concorrência desleal.

2 A IMPORTÂNCIA DO COMÉRCIO

O comércio tem um papel essencial na fenomenologia jurídica. Como instrumento de aproximação e união dos povos², submete os seus participantes a normas determinantes para a sua própria existência e crescimento, e constitui fator que impulsiona a criação e a permanência de institutos jurídicos. A duplicata é um exemplo desse

² PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.473.

fenômeno, criada no Brasil, pelo Decreto n.16.041 de 1923³, para atender às demandas e características próprias do comércio brasileiro, intitulada por Tullio Ascarelli⁴ como “título príncipe do direito brasileiro”. Na antiguidade, por sua vez, vale lembrar a contribuição e o legado do *ius gentium* na formação do direito romano. Segundo Grosso, as relações de comércio entre romanos e estrangeiros, trazidas pela expansão de Roma, constituiu uma mola propulsora para o desenvolvimento do direito romano⁵. Séculos adiante, foi o renascimento comercial que marcou o início da baixa Idade Média, com a retomada das rotas comerciais de Gênova, Veneza e Champagne, gerando grandes transformações nas cidades europeias, sobretudo naquelas com maior dinamização da atividade comercial⁶, e que culminaria na formação dos Estados Modernos, com a definitiva transição da Idade Média para a Moderna.

Com a consagração da internet, o comércio invadiu a grande rede, alargando as opções tanto dos empresários de praticarem a mercancia, como dos consumidores em adquirirem produtos e serviços. A internet revolucionou a forma tradicional de produção.

Segundo Senise Lisboa,

enquanto a Revolução Industrial objetivava o desenvolvimento da produção de bens tangíveis ou corpóreos, coube à revolução da informação a finalidade de desenvolver as tecnologias de produção, por meio do acúmulo do conhecimento e da facilitação de seu acesso a todas as pessoas⁷.

O sociólogo Manuel Castells vai ao ponto ao ponderar que na sociedade contemporânea, o “sistema social, no qual a fonte da produtividade e da competitividade econômica, bem como do poder político, cultural e militar, reside, essencialmente, no controle e processamento da informação”⁸.

Em consequência desse novo sistema social, novo poder foi criado, o poder tecnológico. Não à toa, constata-se que a competitividade pelo domínio tecnológico é agressiva. As companhias que alcançam domínio tecnológico terão maior vantagem

³ Atualmente, a duplicata está disciplinada pela Lei n. 5.474, de 18 de julho de 1968, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n. 436, de 27 de janeiro de 1969.

⁴ ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p.143.

⁵ GROSSO, Giuseppe. *Lezioni di storia del diritto romano*. Torino: G. Gppichelli, 1965, p.268; 466.

⁶ BAGNOLI, Vicente; BARBOSA, Susana Mesquita; OLIVEIRA, Cristina Godoy. *História do Direito*. São Paulo: Campus Elsevier, 2009, p.62.

⁷ LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informação. In: PAESANI, Liliana Minardi. *O direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007, p.118.

⁸ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. v.1. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

frente ao mercado e seus clientes. E, nessa corrida pela liderança de mercado, alguns agentes econômicos desviam-se das regras da concorrência leal, estabelecidas pelo ordenamento jurídico, e salutares para a dinâmica do mercado. Daí se reclamar, mais do que nunca, pelo dever de lealdade no sistema econômico de mercado no qual ocorrem as relações de concorrência, isto porque a “confiança como valor fundamental não se encerra em uma estrutura de negócio (é valor do sistema, não do acordo apenas), mas proporciona a adoção do princípio da proteção da confiança entre os negociantes”⁹.

3 ORIGEM E FUNCIONAMENTO DOS *LINKS* PATROCINADOS

Existem várias manobras consideradas ilícitas e que se enquadram como concorrência desleal. Porém, neste artigo, abordaremos especificamente o uso indevido dos *links* patrocinados, disponibilizados pelos principais buscadores, como o Google, para o qual o serviço é denominado *Google AdWords*.

A ferramenta funciona assim: o interessado cadastra, mediante pagamento, junto ao provedor de busca, uma ou mais palavras-chave, a fim de melhor posicionar o seu *site* no resultado de indexação da busca. A oferta também é conhecida como “anúncios patrocinados”, pois dizem respeito a uma contratação de publicidade.

Esse modelo de negócio surgiu em 1998, nos Estados Unidos da América, com o portal GoTo.com. Três anos depois, a empresa Google adquiriu os direitos sobre a ferramenta. Hoje, é utilizada por todos os sites de buscas.

A importância desse tipo de publicidade destaca-se pela intensa utilização dos buscadores pelos internautas. Quanto maior a audiência de um veículo, maior valor e disputa haverá em torno dos espaços publicitários disponíveis. A quantidade de buscas processadas pela Google, provedor mais utilizado atualmente na internet para esta finalidade, atinge a marca de 40 mil pesquisas por segundo, o que significa mais de 3,5 bilhões de pesquisas diariamente e 1,2 trilhões de pesquisas por ano¹⁰.

É indiscutível que a ordem de aparição na qual os *links* são listados tem relevante valor comercial devido à tendência dos usuários acessarem as primeiras ocorrências

⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Tecnologia, confiança e sociedade: por um novo solidarismo*. In: PAESANI, Liliansa Minardi. *O direito na sociedade da informação II*. São Paulo: Atlas, 2009, p.51-65.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.internetlivestats.com/google-search-statistics>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

apresentadas, especialmente pela comodidade de procurar pelos primeiros itens indexados¹¹. Justamente por esse motivo, muitos provedores, mediante pagamento, oferecem uma posição estratégica, para resultados de busca por determinado termo previamente cadastrado pelo anunciante junto ao site. Segundo Oikawa, “na medida em que cada vez mais internautas utilizam buscadores para localizar empresas e realizar pesquisas de preços, estar presente na primeira página de ocorrências pode significar a diferença”¹².

4 A CONCORRÊNCIA DESLEAL POR MEIO DOS *LINKS* PATROCINADOS

Ocorre que, por vezes, os serviços de *links* patrocinados têm sido utilizados, pelos adquirentes do serviço, para captação indevida de clientela. Para tanto, é efetuado o cadastro de expressão pertencente a terceiro como se fosse sua. Esse tipo de utilização indevida dos *links* patrocinados implica em concorrência desleal.

Em 7 de abril de 2009, foi julgado um caso pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro envolvendo o portal Americanas.com e a Microsoft, como réis, por prática de concorrência desleal, em razão do uso de palavras-chave de concorrentes em *links* patrocinados, com o intuito de desvio de clientela.

O acórdão de relatoria do Desembargador Mário Assis Gonçalves, nos autos da Apelação n. 0147301-07.2004.8.19.0001¹³, condenou ambas as réis, reconhecendo a

¹¹ ABRUSIO, Juliana; FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. Reflexões sobre as relações de consumo na sociedade da informação. In: (Orgs). CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Cláusia Pompeu Torezan; FREITAS, Aline da Silva. *Código de Defesa do Consumidor – 20 anos*. São Paulo: LTr., 2010.

¹² OIKAWA, Alysson Hautsch. *Considerações acerca da possibilidade de concorrência desleal nos links patrocinados em serviços de busca na internet*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6412>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

¹³ CIVIL. PROCESSO CIVIL. COMERCIAL. CONSTITUCIONAL. INTERNET. SÍTIOS DE BUSCA. MARKETING. PROVEDORA DE ACESSO E EMPRESA COMERCIAL PODEROSAS. MULTINACIONAIS. EMPRESA NACIONAL DE PORTE SIGNIFICATIVAMENTE INFERIOR. PUBLICIDADE. ABUSO DE DIREITO. CONCORRÊNCIA DESLEAL. DESVIO DE CLIENTELA. A Internet passou a preencher e ocupar um importante espaço na vida das pessoas. Pouco falta para que não se a encare, mais, como um “mundo virtual”, mas real, tantas as implicações e ressonâncias na vida moderna. A autora é uma sociedade empresária especializada em comércio eletrônico, detentora de loja exclusivamente virtual que disponibiliza produtos para crianças e adolescentes, tais como brinquedos, livros, DVD, jogos eletrônicos, etc. A segunda ré, de muito maior porte, comercializa os mesmos produtos, dentre uma enorme gama de outros artigos. A primeira ré, empresa multinacional, das mais poderosas do planeta, tem, dentre outras atividades industriais e científicas na área da informática, um sítio de buscas para assinantes e clientes. Contrato celebrado entre as réis que insere no âmbito da publicidade da segunda ré, o domínio da autora, fazendo com que os clientes e usuários em geral cheguem aos mesmos produtos e ao próprio domínio da autora através apenas do domínio da primeira ré, concorrente específica daquela. Embora o domínio da autora faça alusão à figura do “Saci Pererê”, do folclore nacional, tornando-a

prática evidente de marketing abusiva, por terem celebrado contrato entre si, tendo como objeto “anúncio patrocinado”, utilizando domínio pertencente à autora dessa ação, fazendo com que os clientes e usuários em geral chegassem aos mesmos produtos e ao próprio domínio da autora por meio apenas do domínio da primeira ré, concorrente específica da autora. Assim, a vinculação do domínio da autora ao site da multinacional que com ela concorre, certamente, angaria a clientela já potencialmente da autora, de menor porte, causando maiores dificuldades no enfrentamento desigual. O Tribunal reconheceu, portanto, o inegável desvio de clientela. Nas palavras do Relator:

[...] constitui concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial e comercial. A livre concorrência consubstancia um princípio geral da atividade econômica, constitucionalmente assegurado.¹⁴

Não há dúvidas de que em termos de concorrência desleal deve-se observar os princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 no tocante à ordem econômica, cabendo destacar a livre concorrência, a defesa do consumidor (art. 170, IV e V) e a repressão ao abuso do poder econômico e à concorrência desleal (art. 173, §4º).

É sabido que a Carta de 1988 consagra a economia social de mercado¹⁵. A Constituição aponta como princípio da Ordem Econômica a livre concorrência, o que nenhuma outra havia feito, em reflexo do neoliberalismo. Portanto, como economia de mercado, baseia-se na liberdade, tanto na de iniciativa como na de concorrência.

Percebe-se que o Estado, ao contrário de proibir a concorrência, quer e incentiva a competição como forma de fomento e desenvolvimento industrial, comercial e

insusceptível de dominação exclusiva, a menção no domínio existente no âmbito da Internet garante proteção ao titular do domínio cujo depósito, ademais, já foi feito junto ao INPI. Quadro probatório. Recusa das rés quanto ao fornecimento de cópia do contrato celebrado entre as mesmas. Sites patrocinados. Alegação de contrato verbal. Inconsistência. Prática evidente de marketing abusiva. A análise mais razoável do esquema engendrado pelas rés demonstra a ocorrência da abusividade, a mais evidente. A vinculação do domínio da autora ao sítio da poderosa multinacional que com ela concorre, de forma quase subalterna, certamente angaria a clientela já potencialmente da autora, de menor porte e a causar maiores dificuldades no enfrentamento desigual. Desvio de clientela inegável. Constitui concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial e comercial. A livre concorrência consubstancia um princípio geral da atividade econômica, constitucionalmente assegurado (cf. art. 170, IV, CRFB/88). Recurso a que se nega provimento. (Apelação Cível n. 0147301-07.2004.8.19.0001, 03ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator Desembargador Mario Assis Gonçalves, j. 07.04.2009).

¹⁴ Relator Desembargador Mário Assis Gonçalves. Apelação n. 0147301-07.2004.8.19.0001 (2008.001.60797), Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

¹⁵ Na verdade, a Constituição vigente difere, na inspiração, das anteriores, seja a de 1946, seja a de 1967 (com a Emenda n.1/69), porque enfatiza o elemento liberal, enquanto estas sublinhavam o intervencionismo. Quanto maior a liberdade conferida a um ente econômico, maior a sua responsabilidade pela condição de ser livre.

tecnológico. Mas para que a competição sobreviva, abusos no mercado devem ser coibidos e reprimidos por regras coercitivas¹⁶.

Isso porque no bojo do regime da economia de mercado, nosso sistema “não se mostra suficiente para coibir a ‘inesgotável’ malícia humana, sendo necessário que o Estado intervenha, estabelecendo mecanismos aptos a resguardar certo nível de honestidade entre os competidores”¹⁷.

Dessa forma, a intervenção do Estado deve se fazer presente justamente quando o agente econômico atua contra as regras lícitas às quais é incentivado adotar. Nesse sentido ensina a doutrina de Gama Cerqueira:

[...] quando essa luta se desenvolve normalmente, empregando os concorrentes as suas próprias forças econômicas e os seus recursos e meios pessoais para formar a sua clientela, ainda que não prejudiquem os negócios de seus competidores, a concorrência considera-se lícita, não havendo lugar para a intervenção da lei. Somente quando os concorrentes em luta se desviam desse terreno, lançando mão de meios irregulares e condenáveis, usando expedientes desleais ou desonestos, é que se torna necessária a intervenção legal para restabelecer o equilíbrio de interesses rompido pela ação reprovável do concorrente inescrupuloso¹⁸.

Conforme afirma Nims, “a todos cabe o direito de aproveitar os raios de sol, mas não de usá-los para queimar a casa do vizinho”¹⁹. Na mesma vereda as palavras de Celso Delmanto:

[...] pode, e deve mesmo, esforçar-se o concorrente na disputa; mas não usar de meios desleais para vencê-la. Por isso, como no esporte, incentiva-se a sua prática, mas procura-se afastar os contendores que não são honestos no embate²⁰.

¹⁶ DANNEMANN SIEMSEN, Instituto de Estudos de Propriedade Intelectual. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.390.

¹⁷ JABUR, Wilson Pinheiro. Pressupostos do ato de concorrência desleal. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. *Criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2007, p.338.

¹⁸ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p.278.

¹⁹ NIMS, H. D. *The Law of unfair competition and trademarks*. New York, 1917, p.13 apud DELMANTO, Celso. *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p.12. O mesmo autor estrangeiro, mais a frente em sua obra define a concorrência desleal como “o uso de meios ou métodos incorretos para modificar a normal relação de competição”.

²⁰ DELMANTO, Celso. *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p.12.

A concorrência desleal apresenta-se, assim, como um “desvio do direito de livre concorrência, ou como exercício irregular desta faculdade”²¹. Constitui uma das formas do abuso do direito, cujo princípio cardeal foi consagrado no artigo 187²² do Código Civil.

A concorrência desleal está definida na Convenção da União de Paris (com a redação dada pela revisão de 1925 em Haia), principal texto internacional sobre o assunto, no artigo 10 *bis*, 2: “constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial e comercial”.

Segundo a doutrina de Pontes de Miranda,

[...] quando se viu que a livre concorrência se tornou sem freios, que se fez algo de luta livre, *cut-throat competition*, competição de cortar pescoço, teve-se de cogitar de regras jurídicas que lhe cortassem as unhas, que lhe amputassem os tentáculos de polvo, que lhe vedassem alguns meios. Não foi o excesso no exercício o que se teve por fito, em todos os casos, coibir, foram as armas empregadas, os embustes, as práticas desleais²³.

Neste passo, pode-se afirmar que a essência da concorrência desleal está nas situações em que “alguém procura vencer no mercado, não pela sua própria contribuição, mas explorando as contribuições alheias”²⁴. Trata-se do aproveitamento parasitário, este assim definido pela doutrina francesa²⁵ como o ato ou atos de um empresário que tira ou procura tirar proveito das realizações pessoais de outrem, mesmo se não tem a intenção de prejudicar este último.

Não foi por menos que o legislador elegeu à *ultima ratio* do direito a proteção contra a concorrência desleal. O artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial (Lei n.9279/1996) traz a previsão do crime de concorrência desleal²⁶. Esse mesmo diploma

²¹ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p.290.

²² Artigo 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XVII, 2.ed. Rio de Janeiro, 1956, p.268.

²⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p.689.

²⁵ SAINT-GAL, Yves. *La concurrence parasitaire em droit compare*. Colloque de Lausanne. Genebra: E. Librairie Droz, 1982, p.19.

²⁶ Artigo 195. Comete crime de concorrência desleal quem: [...] III – emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV – usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V – usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; VI – substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; [...] Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

legal inclui a repressão à concorrência desleal como fundamento e meio de proteção dos direitos relativos à propriedade industrial (art. 2º, inciso V²⁷). Além da responsabilidade penal, a mesma legislação especial dispõe sobre a responsabilidade civil nos artigos 207, 208 e 210²⁸, como também no artigo 209 da Lei n. 9.279/1996:

Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

Ou seja, o legislador garantiu ao prejudicado o direito de haver perdas e danos por atos de concorrência desleal não tipificados como crime.

São vários os casos já analisados pelo pretório brasileiro com entendimento de concorrência desleal por *links* patrocinados. Nessa toada, cite-se, ainda, o processo travado entre as empresas Dafiti e *World Tennis*. Segundo entendeu a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, o comércio eletrônico da Dafiti foi proibido de utilizar o recurso de *link* patrocinado, nos mecanismos de buscas, utilizando-se do termo correspondente à marca *World Tennis*. A multa imposta pelo descumprimento foi de 1 mil reais. O Tribunal ainda condenou a ré ao pagamento de danos morais e materiais, com fundamento em que “o direcionamento do *link* patrocinado favorece o desvio de clientes, em ferimento à marca e concorrência desleal”²⁹. Outras decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo foram no mesmo

²⁷ A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: [...] V – repressão à concorrência desleal.

²⁸ Artigo 207. Independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil; Artigo 208. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; Artigo 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: I – os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II – os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou III – a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Desembargador Maia da Cunha. *Apelação n. 1103462-93.2013.8.26.0100*.

sentido³⁰. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também colaciona casos em que situações de *links* patrocinados foram julgados como indevido³¹.

³⁰ Danos morais. Concorrência desleal. Ré que vinculou indevidamente a marca da autora, registrada no INPI, ao anúncio do seu negócio na internet. Link patrocinado. Desvio de clientela, já que as duas sociedades operam no mesmo ramo de atividade. Dever de indenizar caracterizado. Danos morais. Arbitramento que deve ser equilibrado e observar o binômio reparação/sanção. Valor arbitrado em R\$10.000,00. Recurso provido. (Apelação 9065804-44.2009.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Araldo Telles, j. 12.08.2014). OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANOS. MARCA. Legitimidade da Apelada "Employer" para proteger a expressão "BNE", que compõe marca mista de sua titularidade. Indexação indevida da marca "BNE" em publicidade na web. Vinculação indevida da marca a "link patrocinado" da Apelante, sempre que pesquisado pelo usuário palavra-chave correspondente à referida expressão. Concorrência desleal configurada. Confusão mercadológica e desvio de clientela. Dever de indenizar caracterizado. Sucumbência mínima das Apeladas. Fixação dos honorários advocatícios em 10% do valor da causa. Sentença que deve ser reformada em parte, apenas para alterar a base de cálculo dos honorários advocatícios, que deve corresponder ao valor da condenação. Exegese do art.20, §3º, do CPC. Recurso provido em parte. (Apelação 1009036-89.2013.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. Tasso Duarte de Melo, j. 01.07.2014). Propriedade industrial. Ação de preceito cominatório cumulada com indenização por danos morais. Marca. Comprovação da titularidade do registro da marca pela autora. Propriedade da marca conferida pelo efetivo registro junto ao INPI. Vinculação indevida de marca em "link patrocinado", serviço de publicidade contratado para divulgação de produtos em site de buscas na internet. Concorrência desleal. Configuração. Desvio de clientela. Empresas que exercem atividades no mesmo segmento empresarial. Impossibilidade de coexistência. Inteligência dos artigos 124, XIX e 129 da Lei n. 9.279/96. Dever de indenizar caracterizado. Artigo 209 da Lei n. 9.279/96. Danos morais. Valor. Arbitramento. Observância do princípio da razoabilidade e da finalidade desestimuladora de condutas como as da espécie, sem causar o enriquecimento ilícito do lesado. Reconvenção. Ausência de prova do registro da marca pela reconvincente. Artigo 333, I do Código de Processo Civil. Ação principal procedente e improcedente a reconvenção. Apelação da autora-reconvinda provida e desprovida a da requerida-reconvinte. (Apelação 0000856-38.2012.8.26.0003, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Des. José Reynaldo, j. 05.05.2014). OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C PERDAS E DANOS Controvérsia entre empresas do ramo imobiliário Captação indevida de clientela, via internet – Expressões relacionadas aos empreendimentos da autora que, quando lançadas em sítio de busca na rede mundial de computadores, têm a pesquisa redirecionada para o sítio da ré, de forma privilegiada Vinculação feita por meio de links patrocinados Mecanismo a incutir dúvida no elemento volitivo dos consumidores. Obrigação das rés em não utilizarem os signos questionados, salvo para identificação de referência espacial – Sentença confirmada. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação Cível n. 0138471-41.2010.8.26.0100, 10ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Elcio Trujillo, j. 10.09.2013). RESPONSABILIDADE CIVIL. Prestação de serviços de internet. Link patrocinado. Serviço contratado para divulgar negócios. Concorrência desleal. Desvio de clientela ao utilizar marca não configurado. Cancelado o serviço quando notificado pela autora. Dano material não comprovado. Dano moral presumido. Súmula 227 do STJ. Recurso provido em parte. (Apelação Cível n. 0042679-66.2010.8.26.0001, 01ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Desembargador Teixeira Leite, j. 12.09.2013).

AÇÃO INDENIZATÓRIA Pleito fundado em concorrência desleal em razão da utilização de links patrocinados com a marca da autora – Sentença de parcial procedência. Desvio de clientela. Danos morais, ademais, que restaram configurados em razão da utilização indevida da marca. Quantum indenizatório que comporta aumento para melhor atender às finalidades da teoria do desestímulo. Danos morais arbitrados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Negado provimento ao recurso adesivo e dado parcial provimento à apelação. (Apelação Cível n. 0014472-43.2009.8.26.0405, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j.24.04.2013). Marca. Uso das marcas das autoras como palavras-chave de link patrocinado contratado pela ré. Ausência de ilicitude. Ré que comercializa os produtos das marcas das autoras vinculadas ao site. Notoriedade do site através das marcas que tem por finalidade alavancar a venda dos produtos. Incidência da norma do art. 132, I, Lei n. 9279/96. Ausência de comprovação de que a distribuição dos produtos pelas autoras é realizada de forma seletiva. Autoras que não se desincumbiram do ônus que lhes é imposto pelo artigo 333, I, do CPC. Autoras que deverão arcar com a integralidade dos ônus da sucumbência. Honorários advocatícios fixados em R\$5.000,00. Recurso da ré provido, improvido o das autoras. (Apelação n. 0133924-84.2012.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de

5 DA TEORIA CLÁSSICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL ADVINDA POR CONCORRÊNCIA DESLEAL

Sobre a aplicação do artigo 209 da Lei n.9.279/1996, Fábio Ulhoa Coelho argumenta: “o problema é que a teoria clássica da responsabilidade civil, baseada na culpa, não confere solução satisfatória para aplicação desse dispositivo legal”.

Importante destacar, sobre a responsabilidade civil por prática de concorrência desleal, que o fundamento da tutela legal é a antijuridicidade do comportamento em si, e por si considerado, e não a lesão do bem. Diferentemente da responsabilidade civil que decorre do artigo 186 do Código Civil³², na qual a antijuridicidade do comportamento é valorada nos seus reflexos patrimoniais e enquanto estes sejam efetivamente verificados,

Direito Empresarial, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 25.11.2014). MARCAS E PATENTES. AÇÃO COMINATÓRIA AJUIZADA COM O OBJETIVO DE VER EXCLUÍDA DOS MECANISMOS DE BUSCA DAS CORRÉS A SUPOSTA ASSOCIAÇÃO INDEVIDA DA MARCA DA AUTORA AOS 'LINKS PATROCINADOS' POR EMPRESAS CONCORRENTES. Admissibilidade. Caso de evidente concorrência desleal. Aproveitamento do prestígio da marca da autora para desvio de sua clientela. Corrés que, ao disponibilizar serviço remunerado de associação de termos de pesquisa, assumem o risco de ver violado direito de terceiros titulares de marca. Procedência do pedido cominatório bem mantida, afastada a questão preliminar relativa à legitimidade passiva. Recurso de apelação principal improvido. Sucumbência. Não fixação pelo juízo 'a quo'. Inadmissibilidade. Atendimento à notificação extrajudicial pelas corrés para retirada da associação de termos impugnada que não afastou necessidade de ajuizamento da ação para conferir certeza e definitividade à exclusão dos 'links patrocinados'. Autora, contudo, que decaiu de parte substancial de seus pedidos com a extinção da pretensão de fornecimento dos dados. Sucumbência repartida na forma do art. 21 do CPC. Não conhecimento do apelo quanto ao tema da extinção, já apreciado em sede de agravo cuja decisão ainda prevalece. Recurso de apelação adesivo conhecido em parte e parcialmente provido na parte conhecida. (Apelação n. 0257247-05.2007.8.26.0100, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 29.05.2014). PROPRIEDADE INDUSTRIAL Ação cominatória c.c. indenização por danos morais – Uso indevido de marca – Utilização pela ré de marca da autora como palavra-chave de link patrocinado – Alegação de concorrência desleal e desvio de clientela – Ré que repara o erro assim que notificada – Inexistência de prova do dano. Dano moral que não é considerado *in re ipsa* – Precedentes – Indenização afastada. Recurso provido. (Apelação n. 0016268-09.2012.8.26.0003, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 15.05.2014).

³¹ Apelação Cível. Direito marcário. Marcas e patentes. Concorrência desleal. Demanda envolvendo dois sites de compras pela internet, onde a autora possui, dentre suas ofertas, estadia em hotéis, enquanto a ré tem como sua atividade precípua a reserva e estadia em hotéis. Alegada violação de marcas e concorrência desleal. Sentença de procedência que julgou antecipadamente a lide prescindindo da prova pericial requerida. Recurso das partes. Preliminar de cerceamento de defesa e de ausência de intimação para o julgamento antecipado. No mérito, alegada ausência de contrafação de marcas e de concorrência desleal. Provimento parcial. (Apelação Cível n. 0268961-21.2011.8.19.0001, 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rel. Des. Lucio Durante, j. 01.07.2014). Prestação de serviços de “internet”. “Google adwords”. “Link” patrocinado. Pessoa jurídica. Serviço contratado para incrementar negócios. Usuário que era redirecionado para o “site” de concorrentes. Falha na prestação do serviço. Risco do negócio. Fortuito interno. Dano moral adequadamente arbitrado. Dano material não comprovado. Súmula 227 do STJ (Apelação Cível n. 0003615-70.2008.8.19.0209, 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 09.08.2011).

³² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

a inteligência da responsabilidade civil que decorre da concorrência desleal, impõe que a antijuridicidade do comportamento é valorada em si, a prescindir da consequência patrimonial e do fato que estes sejam determinados.

A doutrina italiana de Ferri³³ explica ser profunda a diferença entre a situação regulada no artigo 2043 do Código Civil Italiano³⁴ (equivalente ao artigo 186 do Código Civil Brasileiro) e aquela regulada no artigo 2598³⁵ do mesmo diploma legal italiano, que trata sobre os atos de concorrência desleal (equivalente à tutela brasileira prevista na Lei n. 9.279/1996). Afirmar Ferri que, no primeiro caso, a antijuridicidade pressupõe o elemento subjetivo da culpa (dolo ou culpa), sem o qual não pode existir responsabilidade; no segundo a antijuridicidade pode subsistir a prescindir do dolo ou da culpa do empreendedor, como se deduz do fato que no ato de concorrência desleal, a culpa é presumida. Nesse sentido, inclusive, a lei italiana prevê, expressamente, que nos atos de concorrência, a culpa se presume³⁶. Segundo Ferri, mesmo quando demonstrada que a culpa é inexistente, permanecerá o direito à tutela inibitória do prejudicado.

Portanto, não se deve tratar igualmente os casos de responsabilidade civil que se enquadram na regra geral do ato ilícito, disposta no artigo 186 do Código Civil, com os casos que derivam da prática de concorrência desleal, os quais em que pesem também serem atos ilícitos, devem receber tratamento especial.

Decorre disso, ainda, não ser necessária a prova do dano efetivo na prática da concorrência desleal. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a concorrência desleal supõe o objetivo e a *potencialidade* de criar-se confusão quanto à origem do produto, desviando-se clientela”³⁷.

³³ FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Torino: UTET Giuridica, 2006, p.132-133.

³⁴ Art. 2043 Risarcimento per fatto illecito: Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

³⁵ Art. 2598 Atti di concorrenza sleale: Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi (2563 e seguenti) e dei diritti di brevetto (2584 e seguenti), compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente; 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.

³⁶ Art. 2600 Risarcimento del danno: Se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni (2056). In tale ipotesi può essere ordinata la pubblicazione della sentenza. Accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume mas pode ser demonstrada inexistente e a inexistência da culpa determina bensì il venir meno del diritto al risarcimento del dano, ma non del diritto alla inibizione.

³⁷ REsp 70015/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 03-06-1997, DJ 18/08/1997, p. 37859.

Em julgado específico sobre *links* patrocinados, a 1ª Vara Criminal de São Carlos, Processo n.591/2007, julgado em 12 de novembro de 2008, entendeu ser desnecessária a comprovação do efetivo desvio de clientela, uma vez que o crime se consuma pelo mero emprego de meio fraudulento³⁸. Na decisão de segunda instância³⁹, julgada em 4 de março de 2010, o Tribunal entendeu que a inclusão da marca da vítima, no registro dos *links* patrocinados, é suficiente para captação indevida de clientela. A conduta punida foi o simples ato de cadastrar o nome da empresa vítima, dentre outras palavras-chave, nos buscadores da internet. Este é o meio fraudulento empregado caracterizador da concorrência desleal.

Igualmente, a Suprema Corte Francesa, em 29 de janeiro de 2013, no caso *Cobrason versus Solutions*, reconheceu que para caracterizar a concorrência desleal por meio do *Google AdWords*, é necessário tão somente a clara confusão criada pelo uso das palavras-chave para o usuário comum da internet, prescindindo-se da comprovação do dano.

6 DA VIOLAÇÃO AO DIREITO DE MARCA

O uso indevido de palavras-chave em *links* patrocinados também pode ser encarado como violação ao direito marcário, quando a expressão utilizada para cadastro como anúncio patrocinado consistir em marca de outrem. Segundo o artigo 129 da Lei n.

³⁸ Destaca-se da decisão: “A querelante constatou que a empresa dos querelados, ao utilizar o serviço denominado link patrocinado, disponibilizado em diversos sites de busca na Internet, cadastrou como palavras-chave de busca, variações de seu nome [...]. Digitando esses nomes [da querelante] surgia a empresa dos querelados, com o respectivo site e telefone. [...] Ora, é evidente que os querelados eram os únicos beneficiários dessa fraude e não teria razões para alguém assim proceder sem o conhecimento ou a mando deles. Nenhum benefício traria a estranhos o fato constatado senão aos proprietários da querelada. Daí, não resta dúvida que o sistema de busca que foi criado só pode ter sido feito pelos querelados, por mão própria ou a seu mando, pois somente eles seriam os beneficiados. Negar a participação dos acusados na prática do fato é negar o óbvio ululante e admitir a hipótese de alguém ter agido, ao acaso, por mera distração ou simplesmente para favorecê-los sem nenhuma contrapartida. Essa hipótese é inaceitável e foge ao senso comum da análise das provas trazidas para os autos. [...] É verdade que a livre concorrência é um dos princípios gerais da atividade econômica previstos em nossa Constituição (CF, art. 170, IV). Mas também é certo que a lei pune aquele que age com deslealdade na competição empresarial. Verifica-se, pois, que os links criados pelos querelados ou a mando deles, em diversas páginas de busca na Internet, induziam os usuários em erro, pois quando procuravam pela empresa querelante eram direcionados a uma página onde logo aparecia, em primeiro lugar e em posição de destaque, a empresa dos querelados, promovendo, dessa forma, em proveito próprio, o desvio de clientela alheia, caracterizados do crime de concorrência desleal. Inegavelmente incorreram na prática do delito previsto no artigo 195, inciso III, da Lei n. 9.279/96 que, para a sua configuração, independe da obtenção do resultado, pois se consuma com o emprego do meio fraudulento, que é o desvio de clientela”.

³⁹ Apelação n. 990.09.142773-0, TJ-SP, Rel. Rachid Vaz de Almeida.

9.279/1996, “a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional”. Nesse caso, o prejudicado pode se valer da tutela prevista no art. 189⁴⁰ do mesmo diploma legal, no que resguarda à responsabilidade penal, sem prejuízo da indenização por perdas e danos, com fulcro nos artigos 122 e seguintes da mesma lei.

Está claro que a jurisprudência brasileira condena a prática desleal no uso dos *links* patrocinados. A questão é que os fundamentos para essa condenação se dividem, ora pela concorrência desleal, ora pelo embasamento da violação da marca. O julgado de lavra do Relator Desembargador Cláudio Godoy do Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a infração marcária como fundamento principal da ilicitude da conduta, não obstante tenha, outrossim, apontado a concorrência desleal como fundamento subsidiário⁴¹.

No direito comparado também se encontram julgados em igual sentido. No caso *Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corporation* 174 F.3d 1036 (9th Cir. 1999), foi reconhecido como violação ao direito de marca, a utilização de metatags em páginas de internet que possam causar confusão.

No caso *Google, Inc. v. American Blind and Wallpaper Factory, Inc.*, nº 03-cv-05340 JF (RS) (Northern District of California, 2007), foi questionada a legalidade do serviço do *Google Adwords*, por violação ao direito de marca. A *American Blind and Wallpaper Factory* alegou que o *Google* infringiu o seu direito marcário ao permitir que anunciantes utilizassem como palavras-chave, para contratar links patrocinados, marcas que lhe pertenciam. Em decisão interlocutória, o juiz do caso entendeu pelo prosseguimento da ação, não obstante a defesa da empresa *Google*. Essa decisão teve como fundamento a legislação americana de marcas (*Lanham Act*), o precedente do caso

⁴⁰ Art. 189: Comete crime contra registro de marca quem: I – reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão [...].

⁴¹ Propriedade industrial. Vinculação do sítio eletrônico da apelante à marca da apelada. Link patrocinado. Tutela devida para vedar o direcionamento do usuário. Proteção à marca e vedação à concorrência desleal. Danos morais. Ocorrência. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Apelação n. 1007078-04.2016.8.26.0152, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Claudio Godoy, j.20.12.2017). E ainda na mesma linha decisão pretérita: MARCA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANO. LINK PATROCINADO. Uso da marca da autora como palavra-chave de link patrocinado contratado pela ré. O consumidor que fazia uma busca na internet pelo nome da autora obtinha como resposta, dentre as opções, o site da requerida. Uso parasitário da marca. Dano moral presumido. Lesão à honra, reputação e imagem da autora que, ao lado do uso parasitário do nome da sociedade empresária, deve ser indenizado. A quantia de R\$ 50.000,00 está adequada aos parâmetros do art. 944, do CC, o que justifica sua preservação. Não provimento. (Apelação n. 1015330-08.2015.8.26.0224, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 18.05.2016).

Playboy v. Netscape, e o precedente do caso *800-JR Cigar, Inc. v. GoTo.com, Inc.* Logo após a decisão, porém, as partes firmaram um acordo.

Ainda no terreno norte-americano das discussões judiciais, no caso *Tipsy Elves, LLC. vs. Ugly Christmas Sweater, Inc.*, a empresa Topsy Elves alegou violação de marca e concorrência desleal (protegidos pelo *Lanham Act*), uma vez que a empresa Ugly Christmas Sweater anunciou no *Google AdWords* utilizando-se do termo “Topsy Elves”⁴². Esse caso diferencia-se de outros, tal como *Rosetta Stone Ltd. v. Google Inc.*, 676 F.3d 144 (4th Cir. 2012), pois a empresa com a marca em tese violada processou diretamente seu concorrente e não a empresa Google, responsável pelo serviço de *AdWords* (*link* patrocinado). Na maioria dos casos, nos Estados Unidos da América, em que a empresa Google foi diretamente processada, houve um desfecho desfavorável ao requerente na ação.

Em julgado francês, envolvendo as empresas Viaticum, Luteciel e Google França, esse provedor foi condenado a pagar indenização por permitir o uso da marca da empresa concorrente como termo de pesquisa para a veiculação dos *links* patrocinados no *Google AdWords*.

Em torno da discussão quanto ao fundamento para a ilicitude da conduta, importante ponderar que restringir a ilegalidade ao perímetro da concorrência desleal poderia limitar o espectro de proteção conferido ao titular da marca pelo registro, porquanto a marca apenas seria oponível nos casos de concorrência direta, é dizer, mesmo âmbito mercadológico, geográfico e cronológico de atuação, enquanto a violação marcária confere ao seu titular a oposição a qualquer terceiro, não estando adstrito a um concorrente direto.

7 DA PROTEÇÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR

Sob a ótica da proteção do direito do consumidor, o uso indevido dos *links* patrocinados pode configurar publicidade enganosa, e se torna ainda mais preocupante porque o consumidor poderá ser levado a engano, consultando, e até mesmo comprando,

⁴² Disponível em:

<<https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2472&context=historical>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

em loja diversa da que originalmente buscava⁴³. Segundo Fábio Ulhoa Coelho, “a publicidade não pode ocultar sua natureza de instrumento de estímulo do consumo e induzir o destinatário em erro quanto ao produto ou serviço”⁴⁴. Infelizmente, a publicidade na internet deu espaço para novos tipos de publicidades abusivas ou enganosas⁴⁵. Conforme Fabiano Dolenc Del Masso, “a sobrevivência da sociedade de consumo depende diretamente da publicidade; o hábito de consumir é orientado pela comunicação entre o empresário e o consumidor”⁴⁶. Entretanto, esta publicidade deve ser feita de forma ética e lícita.

Ademais, o artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor garante ao consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais. O princípio da proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva se alicerça no princípio maior previsto na Constituição Federal⁴⁷. Segundo Rizzato Nunes,

a publicidade como meio de aproximação do produto e do serviço ao consumidor tem guarida constitucional, ingressando como princípio capaz de orientar a conduta do publicitário no que diz respeito aos limites da possibilidade de utilização desse instrumento⁴⁸.

Para o Código de Defesa do Consumidor, a publicidade é enganosa quando induz o consumidor ao erro, conforme seu artigo 37, §§1º, 2º e 3º⁴⁹. Já no que se refere à publicidade abusiva, o §2º apresenta rol exemplificativo, de maneira que não se esgotam, nas suas hipóteses, os casos elencados. É abusiva a publicidade⁵⁰ realizada com fins

⁴³ ABRUSIO, Juliana; FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. *Reflexões sobre as relações de consumo na sociedade da informação*. In: (Orgs). CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; FREITAS, Aline da Silva. *Código de Defesa do Consumidor – 20 anos*. São Paulo: LTr., 2010.

⁴⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v.3. São Paulo: Saraiva, 2010, p.45.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2004, p.163.

⁴⁶ DEL MASSO, Fabiano Dolenc. *Direito do consumidor e publicidade clandestina*. São Paulo: Campus Elsevier, 2009, p.44.

⁴⁷ A Constituição Federal tratou da publicidade de produtos, práticas e serviços no inciso II do §3º do art. 220, dos anúncios de bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias no §4º do art. 220, e da publicidade do serviço público no art. 37.

⁴⁸ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.67.

⁴⁹ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. §1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. §2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. §3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

⁵⁰ O Código de Auto-regulamentação Publicitária do Conar apresenta situações ditas como publicidades abusivas, prevista nos artigos 23 e 27: “Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da

contrários à ordem pública, ao direito, à moral⁵¹. Além disso, é crime, conforme o artigo 67 do Código de Defesa do Consumidor, “fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva”. A objetividade jurídica deste crime, segundo Passarelli é duplo, pois tutela, imediatamente as relações de consumo, e mediamente resguarda a integridade psíquica do consumidor coletivamente considerado⁵².

Dessa forma, o uso indevido dos *links* patrocinados, além de ser passível de configurar as práticas de violação de marca e de concorrência desleal entre os agentes econômicos envolvidos (anunciante e prejudicado), também consiste em publicidade enganosa contra os consumidores que utilizam a internet e podem ser afetados pela manobra indevida de anúncios pagos, nos sites de busca, utilizando-se de expressão ou marca de concorrente.

CONCLUSÃO

O artigo discutiu algumas práticas ligadas à utilização do *link* patrocinado no Brasil inserido nos *sites* de buscas, revelando ao leitor as consequências dessas condutas no comércio eletrônico. Partiu das premissas de funcionamento do comércio nesse ambiente, das práticas mais comuns e de uma resumida base histórica sobre a atividade mercantil para revelar a importância do comércio na sociedade contemporânea. Em seguida, trouxe elementos concretos demonstrando a origem e o funcionamento técnico do comércio eletrônico para explicar como se dá a prática da concorrência desleal – em especial, a captação indevida de clientela – por meio dos *links* patrocinados e como esta medida fere a legislação que ampara o tema no setor, tanto no Brasil quanto no exterior.

Na realidade, fala-se da abertura de oportunidade de compra e venda de “palavras-chave” visando ampliar significativamente a aparição de determinadas empresas ou produtos no ambiente virtual quando inseridas pelo usuário nos sites de buscas.

A prática de comprar palavras-chave leva à aparição, no ambiente virtual, de determinadas empresas sempre em primeiro lugar, preferenciais, quando algumas

confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade” (art.23). “O anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido, conforme disposto nos artigos seguintes desta Seção, onde estão enumerados alguns aspectos que merecem especial atenção” (art.27).

⁵¹ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr., 2002, p.377.

⁵² PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.74.

palavras específicas – e a até o nome de empresas diretamente concorrentes – são inseridas pelo consumidor ao buscar um produto ou informação qualquer pela internet.

A situação é complexa e de difícil solução prática tendo em vista a inviabilidade de se controlar as palavras negociadas neste ambiente, todavia, diversos estudos já estão levando a condutas mais rígidas para coibir a má-fé no setor.

No âmbito civil, o artigo explora também a teoria clássica da responsabilidade civil e a teoria da responsabilidade civil decorrente da concorrência desleal.

O texto se ampara ainda na discussão sobre a violação ao direito de marca, em especial daquelas registradas nos órgãos responsáveis, como o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), sem deixar de lado a proteção às demais marcas, que serão discutidas em âmbito subjetivo quando violadas. Afinal, são inúmeros os prejuízos financeiros decorrentes do uso indevido de uma marca que, muitas vezes, levou anos para ter sua reputação e sua visibilidade construídas.

O tema envolve diretamente a proteção aos direitos do consumidor. Este último, por sua vez, se vê refém de uma conduta ilegal muitas vezes por ele desconhecida. Daí a necessidade da diligência das empresas nesta seara evitando – e ao mesmo tempo se protegendo – da prática da concorrência desleal por meio dos *links* patrocinados tendo em vista o objetivo principal de captar indevidamente a clientela alheia.

REFERÊNCIAS

ABRUSIO, Juliana; FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. *Reflexões sobre as relações de consumo na sociedade da Informação*. In: (Orgs). CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Cláusia Pompeu Torezan; FREITAS, Aline da Silva. *Código de Defesa do Consumidor – 20 anos*. São Paulo: LTr., 2010.

ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2002.

BAGNOLI, Vicente; BARBOSA, Susana Mesquita; OLIVEIRA, Cristina Godoy. *História do Direito*. São Paulo: Campus Elsevier, 2009.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. v.1. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Curso de direito comercial*. v.3. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DANNEMANN SIEMSEN, Instituto de Estudos de Propriedade Intelectual. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DELMANTO, Celso. *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.
- DEL MASSO, Fabiano Dolenc. *Direito do consumidor e publicidade clandestina*. São Paulo: Campus Elsevier, 2009.
- FERRI, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Torino: UTET Giuridica, 2006.
- GROSSO, Giuseppe. *Lezioni di storia del diritto romano*. Torino: G. Gppichelli, 1965.
- JABUR, Wilson Pinheiro. *Criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LISBOA, Roberto Senise. *Tecnologia, confiança e sociedade: por um novo solidarismo*. In: PAESANI, Liliana Minardi. *O direito na sociedade da informação II*. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. Roberto Senise. *O consumidor na sociedade da informação*. In: PAESANI, Liliana Minardi. *O direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2004.
- _____. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. In: MONTENEGRO FILHO, Misael; PIRES FILHO, Ivon; MARANHÃO, Daniel de Albuquerque. *Responsabilidade civil – temas Atuais*. Recife: Bagaço, 2000.
- NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OIKAWA, Alysso Hautsch. *Considerações acerca da possibilidade de concorrência desleal nos links patrocinados em serviços de busca na internet*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6412>>. Acesso em: 22 dez. 2014.
- PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. XVII, 2.ed. Rio de Janeiro, 1956.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr., 2002.

SAINT-GAL, Yves. *La concurrence parasitaire em droit compare*. Colloque de Lausanne. E. Librairie Droz. Genebra, 1982.

Julgados consultados

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Mario Assis Gonçalves. *Apelação Cível n. 0147301-07.2004.8.19.0001, j.07.04.2009.*

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator Desembargador Mário Assis Gonçalves. *Apelação n. 0147301-07.2004.8.19.0001 (2008.001.60797).*

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 19ª Câmara Cível. Rel. Des. Lucio Durante. *Apelação Cível n. 0268961-21.2011.8.19.0001, j.01.07.2014.*

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva. *Apelação Cível n. 0003615-70.2008.8.19.0209, j.09.08.2011.*

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Desembargador Maia da Cunha. *Apelação nº 1103462-93.2013.8.26.0100.*

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 7ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Ramon Mateo Júnior. *Apelação Cível n. 0014472- 43.2009.8.26.0405, j.24.04.2013.*

_____. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma. *REsp 70015/SP, j.03/06/1997, DJ 18/08/1997, p. 37859*

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Rachid Vaz de Almeida. *Apelação n. 990.09.142773-0.*

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Claudio Godoy. *Apelação n. 1007078-04.2016.8.26.0152, j.20.12.2017.*

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Araldo Telles. *Apelação 9065804-44.2009.8.26.0000, j. 12.08.2014.*

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Tasso Duarte de Melo. *Apelação 1009036-89.2013.8.26.0100, j. 01.07.2014.*

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. José Reynaldo. *Apelação 0000856-38.2012.8.26.0003, j.05.05.2014.*

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Elcio Trujillo. *Apelação Cível n.0138471-41.2010.8.26.0100, j.10.09.2013.*

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Teixeira Leite. *Apelação Cível n. 0042679-66.2010.8.26.0001*, j.12.09.2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Maia da Cunha. *Apelação n. 0133924-84.2012.8.26.0100*, j.25.11.2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Vito Guglielmi. *Apelação n. 0257247-05.2007.8.26.0100*, j.29.05.2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Alexandre Marcondes. *Apelação n. 0016268-09.2012.8.26.0003*, j.15.05.2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Enio Zuliani. *Apelação n. 1015330-08.2015.8.26.0224*, j.18.05.2016.