

Links patrocinados – concorrência e comércio eletrônico – análise jurisprudencial das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial

*Paula da Rocha e Silva Formoso*¹
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução; 1. A sociedade informacional e o comércio eletrônico; 2. Concorrência na era cibernética; 3. Concorrência e uso dos motores de busca para fomento da atividade empresarial; 4. Links patrocinados e marca do concorrente como palavra-chave do motor de busca; 5. Análise da jurisprudência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; 6. Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: A era cibernética alterou o modo de realizar negócios. Em adição ao comércio convencional, surge o comércio eletrônico. Uma das principais ferramentas de publicidade utilizada para a difusão da atividade empresarial é o denominado *link* patrocinado, por meio do qual é possível vincular termos relacionados às marcas de terceiros, mediante pagamento feito pelo anunciante. O presente estudo visa analisar limites de utilização do motor de busca da *internet* nos *links* patrocinados, a partir da apresentação de conceitos de direito digital, propriedade intelectual e direito concorrencial, além de precedentes jurisprudenciais da Câmara Reservada de Direito Empresarial atinentes ao tema.

Palavras-chave: Direito Digital. Sociedade Informacional. Comércio Eletrônico. Buscadores da *Internet*. *Links* Patrocinados. Aquisição de Palavra-Chave Atrelada à Marca do Concorrente. Direito Concorrencial. Concorrência Desleal. Uso Parasitário da Marca Alheia. Jurisprudência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial.

Introdução

Uma pergunta extremamente pertinente no bojo do novíssimo universo do Direito Digital, que surge no contexto da contratação de *links* patrocinados, é: há atuação concorrencial lícita quando o anunciante vincula termos relacionados à marca registrada de um concorrente, para o direcionamento do público-alvo daquele terceiro ao seu próprio sítio eletrônico?

A revolução tecnológica, iniciada com a terceira revolução industrial e intensificada a partir da quarta, conduziu o futuro imaginado nas obras de ficção científica ao presente, tornando a informação disseminada pela rede mundial de computadores o epicentro da sociedade atual. O mercado, seguindo à risca a célebre frase de Zygmunt Bauman,

¹ Mestra em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

qual seja, “na era da informação, a invisibilidade é equivalente à morte”, tornou a *internet* uma grande ferramenta de publicidade, senão a maior, para o fomento da produção e circulação de bens ou serviços.

A neutralidade da rede estimula a livre concorrência e o acesso do consumidor à *internet*. Em outra perspectiva, possibilita que pequenos e médios empresários utilizem o comércio eletrônico (*e-commerce*) para adquirir maior visibilidade na oferta e circulação de produtos e serviços, a partir do uso de motores de buscas da *internet* (*Search Engine Marketing*), alcançando fatias do mercado até então de difícil ou inimaginável penetração.

O aumento expressivo da concorrência dos *players* do mercado, causado pela aceleração das inovações tecnológicas, traz como consequência a procura por opções que consigam maior destaque e atinjam maior número de pessoas. Com isso, novas “armas” são desenvolvidas e disponibilizadas pelos buscadores da *internet*, como é o caso dos *links* patrocinados, que nada mais são do que um serviço pago para alteração da ordem natural dos resultados advindos da busca de uma palavra-chave, para que o anunciante que contrata tal serviço pago tenha maior destaque com relação aos demais.

O escopo deste estudo é, justamente, analisar quais seriam os limites de utilização do motor de busca da *internet* nos *links* patrocinados. Para tanto, será necessário apresentar conceitos de Direito Digital, Propriedade Intelectual e Direito Concorrencial, além de precedentes jurisprudenciais da Câmara Reservada de Direito Empresarial atinentes ao tema, por meio dos quais poderão ser confrontadas as normas, delimitada a controvérsia e extraídas as conclusões.

1. A sociedade informacional e o comércio eletrônico

Os constantes movimentos de destruição criativa marcam o desenvolvimento humano. O fascínio pela mudança provoca imensas transformações econômico-sociais, como se observa a partir do advento das terceira e quarta revoluções industriais, com a disseminação mundial da *internet* no início do século XXI, proporcionando a fusão de tecnologias e o desaparecimento das linhas entre as esferas física, digital e biológica, interferindo diretamente nas relações jurídico-negociais.

A alteração do modo de convivência humana com o uso das novas tecnologias foi observada por Benacchio e Santos (2015, p. 154):

Nesta era, por meio da internet, os cidadãos sem sair de casa podem acessar os centros de documentos mais relevantes do mundo, realizar diversas operações financeiras e comerciais, usufruir de uma infinidade de entretenimentos de diversas espécies e se comunicar com outros usuários da rede sem limitações de quantidade e distância. Atualmente, por intermédio da internet cada domicílio de usuário da rede se torna um terminal que compõe um sistema universal integrado.

Inegável que a mobilidade da *internet* auxilia a interação humana de forma dinâmica, imediata e em tempo real, a partir da difusão da informação de forma veloz e complexa, criando um incessante trânsito de dados que precisa ser cuidadosamente controlado, armazenado e distribuído.

A cultura digital transforma a sociedade em informacional, conferindo verdadeiro valor econômico ao conhecimento, com a criação e multiplicação de formas de fomento para produção e circulação de produtos e serviços, aprimorando em proporções antes inimagináveis os modelos de negócio até então existentes.

Observa Wachowicz (2015, p. 238):

A informação ganha na internet novas dimensões, já não mais o mero acesso às obras raras (livros, pinturas, esculturas), mas também o que contém o germe da nova invenção, da descoberta, que cria ou possibilita a criação do novo, que transforma, circula, e permeia todos os universos humanos, desde a esfera econômica, social e política, até planos éticos, culturais e ambientais.

Nesse contexto de ampliação e avanços tecnológicos, surge o comércio eletrônico, ou *e-commerce*, que pode ser compreendido como a atividade que visa a alienação, em sentido amplo, de bens ou serviços por meio eletrônico. Trata-se, certamente, de um novo meio de desenvolver a atividade empresarial, que permite tanto a expansão da livre concorrência como o surgimento de novos modelos de negócio.

A relevância do *e-commerce* é destacada por Teixeira (2015, p. 341):

E-commerce ou comércio eletrônico representa parte do presente e do futuro do comércio, existem várias oportunidades de negócio espalhadas pela internet, além de muitas que são criadas a todo momento. O crescimento do número de internautas na última década é espantoso, sendo que atualmente 45,6% da população brasileira têm acesso à internet (aproximadamente 90 milhões de pessoas).

Inegável que a criação do mercado virtual trouxe inúmeros atrativos aos empresários, na medida em que os investimentos com a contratação de pessoal e montagem de local físico compatível com o modelo de negócio praticado são drasticamente reduzidos. Note-se que a redução de custos beneficia tanto o grande empresário já estabelecido no mercado, que pode diversificar e expandir seu negócio, quanto o pequeno/médio empresário, que deseja iniciar uma atividade empresarial ou que já atua com alcance territorial limitado.

Com a expansão da forma de exercício da livre iniciativa, houve o crescimento do número de *players* do mercado e a alteração de hábitos pelo consumidor, fato que conduziu à necessidade de adaptação do mercado e da comunidade jurídica.

Destaca Forgioni (2018, p. 406-407):

Nos últimos dez anos, o comércio pela internet passou a fazer parte do nosso dia a dia. Essa modificação dos hábitos de consumo em direção ao comércio eletrônico levou a doutrina a analisar os impactos jurídicos nesse horizonte que se expande cada vez mais. Foi preciso repensar os acordos e as restrições verticais nesse cenário, pois é evidente o aumento do grau de concorrência propiciado pela web: mercados antes apartados aproximam-se de outros, abrindo o leque de opções para o consumidor. Aqueles que, antes, adquiriam obras

estrangeiras em uma pequena livraria situada na frente da faculdade, agora encomendam pelo computador.

Expostos os principais aspectos da inovação causada pela *internet*, passa-se a examinar a concorrência dos *players* do mercado na era digital.

2. Concorrência na era cibernética

A era cibernética alterou sensivelmente os principais objetos do mercado, trazendo ao centro da discussão a propriedade intelectual, a qual se encontra abarcada pelo sistema de proteção à propriedade industrial (Lei n. 9.279/1996), com o fim de coibir eventuais abusos e concorrência desleal.

O valor da propriedade intelectual na era cibernética é bem apontado por Silveira (2001):

O sucesso do sistema de proteção à propriedade industrial, mediante a concessão de um título de exclusividade conferido pelo Estado, fez com que esse sistema se estendesse às marcas por meio do registro. Criou-se, assim, um novo bem imaterial, objeto dessa forma especial de propriedade, embora essa tutela não seja, no caso, conferida em reconhecimento de um ato de criação, mas para o fim de reprimir a concorrência desleal. Esse direito compete ao empresário, e não ao autor. [...] Dessa forma, as marcas passaram a integrar o quadro da propriedade intelectual, ao lado dos direitos autorais e dos direitos sobre as criações industriais. Os direitos sobre os sinais distintivos e sobre as criações industriais compõem a propriedade industrial. No mundo moderno, porém, as obras intelectuais são também objeto do tráfico comercial, através da indústria editorial, gráfica, fonográfica e empresas de comunicações e diversões, sujeitando-se, em consequência, às normas reguladoras da concorrência.

Assim, se os usuários do sistema eram, inicialmente, os autores e os inventores, hoje o usuário principal é a empresa, que exige do Estado e dos organismos internacionais uma proteção mais eficiente para sua propriedade intelectual, que passa a representar valor substancial em seus ativos.

De acordo com o sistema de proteção à propriedade industrial, propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em toda a abrangência do território nacional, conforme dispõe o artigo 129 da Lei n. 9.279/1996, sendo certo que “abrange o uso da marca em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à atividade do titular”, de acordo com o que estabelece o artigo 131 da Lei n. 9.279/1996.

Se, por um lado, os direitos de propriedade industrial outorgam a exclusividade como forma de recompensa pela descoberta, criação ou inovação de determinado titular, de outra banda, desestimulam a força concorrencial dos demais agentes econômicos atuantes no mercado.

O contraponto é bem esclarecido por Forgioni (2018, p. 328-329):

Em suma: de uma parte, a garantia à propriedade intelectual pode estimular o desenvolvimento tecnológico, de outra, porém, é capaz de gerar situação propensa ao abuso, especialmente em ambientes nos quais a força concorrencial é arrefecida pela outorga da exclusividade. Nota-se potencial tensão entre as duas legislações. Tudo está em acertar o “tênuo equilíbrio entre a justa recompensa do esforço intelectual humano [...] e o estímulo à evolução cultural e industrial do país”.

Nessa ordem de ideias, a exclusividade conferida ao titular de uma marca constitui-se exceção ao sistema jurídico que confere obediência ao princípio da livre concorrência.

Passa-se, agora, à verificação do uso dos motores de busca para fomento da atividade empresarial e o impacto em termos concorrenciais.

3. Concorrência e uso dos motores de busca para fomento da atividade empresarial

Por certo, um dos principais instrumentos para o desenvolvimento do comércio eletrônico é o motor de busca (*Search Engine Marketing*) oferecido pelos provedores de pesquisa, que nada mais é do que um mecanismo de páginas na *internet*, cujo resultado é, a princípio, orgânico, vale dizer, advém naturalmente da palavra-chave que foi objeto da pesquisa.

Ocorre que alguns provedores de busca oferecem um serviço pago de publicidade para alterar o referenciamento de um domínio, com base na utilização de certas palavras-chave. Isso significa dizer, em realidade, que o referido provedor expõe à venda palavras-chave, para que se exhiba, com destaque e precedência, o conteúdo pretendido pelo anunciante.

Confere-se ao mecanismo pago oferecido pelos provedores de busca para dar publicidade aos produtos e serviços o nome de *links patrocinados* (*keyword advertising*). A ferramenta funciona, como era de se esperar, em prol de quem puder pagar o maior valor pela posição destacada da palavra-chave, que é escolhida livremente pelo próprio anunciante, de acordo com o público-alvo que se pretende atingir, sem imposição de qualquer restrição.

Elucidam Bueno e Idie (2016):

[...] as empresas têm se valido de um novo mecanismo on-line para dar publicidade aos seus produtos e serviços: a contratação de “links patrocinados”. Trata-se de um serviço de publicidade disponibilizado por alguns dos principais sites de busca (Google, Bing, Yahoo! Search), que consiste na venda de determinadas palavras-chave atreladas ao negócio desenvolvido pela empresa, de modo que, quando pesquisadas pelos internautas, os sites de busca exibam, em um campo de destaque, o conteúdo do anunciante, proporcionando maior visibilidade para o público consumidor. [...] Nesse contexto, uma joalheria, por exemplo, pode comprar as palavras “joias”, “ouro”, “prata”, “brincos”, “colares”, para que o seu anúncio apareça em um campo de destaque quando tais termos forem pesquisados no buscador, pelo seu consumidor alvo. [...] O contratante dos “links patrocinados”, via de regra, paga pelo serviço de acordo com a sua efetividade,

com base nos acessos proporcionados ao seu anúncio, o que tem ajudado a tornar essa forma de publicidade ainda mais procurada.

Trata-se de prática publicitária que visa estimular que distintos agentes econômicos disputem a entrada ou manutenção num determinado mercado, em espaço geográfico bastante alargado em comparação ao mercado convencional.

Na medida em que a ordem econômica brasileira fundamenta-se na livre iniciativa, a partir da observância do princípio da livre concorrência, conforme prescrito na Constituição republicana de 1988, em seus artigos 1º, IV, e 170, IV, os atuantes no mercado procuram natural adaptação à nova realidade, adquirindo instrumentos que confirmam destaque aos seus próprios produtos ou serviços.

A existência, de *per se*, de *links* patrocinados não merece a intervenção anormal do Estado, pois a prática de adquirir determinadas palavras-chave atreladas ao próprio negócio desenvolvido, para conferir maior destaque ao anúncio, situa-se dentro do comportamento esperado pelos *players* do mercado.

Exposto o conceito de *links* patrocinados e a sua relevância para o mercado, analisar-se-á a licitude da utilização de palavras-chave com termos vinculados à marca de terceiro.

4. Links patrocinados e marca do concorrente como palavra-chave do motor de busca

Questão tormentosa que exsurge com o direcionamento intencional do internauta é o limite desta escolha, na medida em que é permitido, porque o provedor não impõe restrição, utilizar a marca de uma empresa concorrente como palavra-chave para encaminhar o consumidor para seu próprio sítio eletrônico.

O estímulo à livre iniciativa, dentro ou fora da rede mundial de computadores, deve conhecer limite, pois inconcebível admitir que seja considerada lícita conduta que cause confusão ou associação proposital à marca de terceiro atuante no mesmo nicho de mercado.

A utilização da marca de determinado concorrente como palavra-chave para direcionamento ao seu próprio *link* patrocinado constitui prática ilegal, pois o anunciante vale-se do renome conquistado pelo concorrente para ludibriar o público-alvo de consumidores.

Esclarece Rodrigues Junior. (2015):

No caso específico das atividades comerciais dos motores de busca, o fornecimento de serviços de links patrocinados é capaz de gerar prejuízos vultosos aos interesses legítimos dos titulares de marcas comerciais e ao funcionamento do mercado. Os prejuízos são bem conhecidos: violação das diversas funções das marcas; concorrência desleal; parasitismo comercial. Sem contar que promoção de atos de concorrência desleal acaba por prejudicar o consumidor, pois tais atos enfraquecem os agentes econômicos leais.

O uso por terceiros de esforços ou criações alheia, ao acionar um algoritmo no sistema, com o intuito de obter vantagem financeira, pode caracterizar concorrência desleal ou crescimento parasitário, a depender do ramo de atuação, identidade de público-alvo e disputa de clientela.

A diferença entre concorrência desleal e aproveitamento parasitário é bem explicada por Bueno e Idie (2016):

Para que se caracterize a concorrência desleal, é necessário que haja obrigatoriamente a concorrência entre os agentes, além dos seguintes pressupostos: 1. Os fatos têm que ocorrer na mesma época, pois se faz necessária a disputa de clientela, o que jamais ocorreria se atuassem em épocas distintas; 2. A identidade entre os produtos ou serviços (não precisam ser exatamente idênticos, caso possam ser substituídos pelo consumidor); e 3. Haja identidade do mercado, ou seja, estejam voltados ao mesmo mercado consumidor. [...] Ademais, é necessário que haja a disputa da clientela de forma abusiva, de maneira desleal, nesse sentido pontua o professor Denis Borges Barbosa: “É preciso que os atos de concorrência sejam contrários aos “usos honestos em matéria industrial ou comercial” (Convenção de Paris, art. 10-bis) ou a “práticas comerciais honestas” (TRIPS, art. 39) – sempre apurados segundo contexto fático de cada mercado, em cada lugar, em cada tempo”. [...] O aproveitamento parasitário, por sua vez, independe da existência de concorrência entre os agentes, os quais podem não estar no mesmo ramo mercadológico ou não disputar a mesma clientela, mesmo que atuem em ramo idêntico, fato é que nestes casos, não haverá o desvio de clientes. [...] Assim, pode-se afirmar que a essência do aproveitamento parasitário está nas situações em que “alguém procura vencer no mercado, não pela sua própria contribuição, mas explorando as contribuições alheias”. Ainda, a doutrina francesa define o instituto 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. [...] Portanto, aquele que se utiliza dos nomes ou das marcas registradas de empresas diretamente concorrentes, ou simplesmente se aproveita da popularidade que estas possuem no mercado para posicionar melhor os seus produtos e serviços na internet, por meio de publicidade em links patrocinados, pode ser alvo de medida judicial, para que se abstenha da conduta e indenize eventuais prejuízos ao titular dos sinais distintivos.

A conduta de aquisição de termo vinculado à marca alheia em *link* patrocinado, seja caracterizada como concorrência desleal pela atuação no mesmo nicho de mercado com desvio de clientela, ou como aproveitamento parasitário da marca por ausência de desvio de clientes, é ilícita e, como tal, deve ser coibida pelo Poder Judiciário.

5. Análise da jurisprudência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Por certo, as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça, que detêm competência absoluta para o julgamento desde 2011, sedimentaram entendimento segundo o qual quem utiliza marca de concorrente como palavra-chave para o seu próprio *link* patrocinado, além do uso indevido de marca alheia, ainda comete ato de concorrência desleal.

A conclusão de unicidade de entendimento da Corte Paulista, pelo julgamento de 31 casos com idêntica questão de mérito, pode ser observada por meio da leitura do V. Acórdão que julgou a Apelação Cível n. 1002037-18.2016.8.26.0003, em que Eminent Relator o Desembargador Gilson Miranda, publicada no *Diário Oficial* em 12/07/2019:

DIREITO MARCÁRIO. Google Ads. Link patrocinado. Uso de marca de concorrente como palavra-chave. Prática ilegal. Violação de direitos sobre a marca e concorrência desleal. Jurisprudência uníssona das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJSP desde abril/2016. Conjunto probatório dos autos, porém, insuficiente para fundamentar a condenação pretendida. Ausência de prova do uso da marca da autora pela ré. Sentença mantida. Recurso não provido. [...] Segundo pesquisa realizada pela Comissão de Estudo de Direito da Concorrência da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI) sobre a visão dos tribunais brasileiros com relação ao uso de links patrocinados com palavras-chave que imitem ou reproduzam sinais distintivos de concorrentes, até abril/2016 foram julgados 22 recursos acerca do tema, sendo que, dos 17 julgados que adentraram no mérito da questão, 13 foram favoráveis à tese de concorrência desleal e/ou violação de marca. Interessante anotar que dos 4 julgados restantes, que não adotaram essa tese, 3 deles assim decidiram porque o anunciante era revendedor autorizado (atraindo a incidência da regra específica do artigo 132, inciso I, da Lei de Propriedade Industrial) e o último foi proferido em demanda na qual não foi provada a utilização do sinal distintivo do concorrente no link patrocinado (Daniel Adensohn de Souza, Felipe Barros Oquendo, Ísis Moret Souza Valaziane e Lívia Barboza Maia, “A Jurisprudência sobre o Uso de Links Patrocinados como Instrumento de Concorrência Desleal”, ‘in’ Revista da ABPI, edição 144, setembro-outubro/2016, p. 53 e ss.). [...] Desde então, as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal de Justiça tiveram a oportunidade de enfrentar essa mesma questão, no mérito, em pelo menos mais 31 casos. E em 30 desses julgados, o entendimento foi exatamente o mesmo: aquele que utiliza marca de concorrente como palavra-chave para o seu próprio link patrocinado, além do uso indevido de marca alheia, ainda comete ato de concorrência desleal.

O interessante julgado acima referido entendeu que, a depender da prova produzida em cada caso concreto, haveria a violação dos direitos sobre a marca quando o anunciante age como parasita do prestígio de marca alheia, atraindo para si a clientela sem ter realizado investimentos para isso. Ademais, a marca teria sua reputação diluída no mercado, deixando de alcançar posição de destaque no mercado. A função publicitária da marca restaria também prejudicada pela redução da visibilidade. Por fim, prejudicaria a função de investimentos da marca, pela necessidade de ampliar os investimentos em publicidade.

Restou assentado, ainda, que utilizar marca de concorrente como palavra-chave para o seu próprio *link* patrocinado provocaria confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade praticada pelo concorrente, de modo a induzir o público, pelo que configuraria conduta desleal. A deslealdade residiria na forma de conduzir a captação de clientela.

Muito embora o julgado tenha entendido que as provas existentes naquele caso concreto eram insuficientes para o decreto de procedência dos pedidos, a conclusão extraída foi no sentido de que a conduta configuraria um ato de parasitismo, além de gerar confusão mercadológica, uma vez que o anunciante e o titular da marca tendem a atuar no mesmo nicho de mercado. Como via de consequência, a prática configuraria crime de concorrência desleal, prevista no artigo 195, III, da Lei n. 9.279/1996, e conferiria ao prejudicado o direito de haver perdas e danos pelos prejuízos sofridos, mercê do que dispõe o artigo 209, caput, da Lei n. 9.279/1996.

A título exemplificativo, os seguintes precedentes da 2ª Câmara de Direito Empresarial, os quais consideraram ilícita a conduta de direcionamento do usuário utilizando-se de termos vinculados à marca do concorrente:

Propriedade industrial. Vinculação do sítio eletrônico da corre à marca da autora e à expressão com que se identifica no âmbito virtual. Link patrocinado. Tutela devida para vedar o direcionamento do usuário. Vedação à concorrência desleal. Dano material presumido e cuja indenização se deve apurar em liquidação. Dano moral também devido, embora não no valor pretendido. Responsabilidade da corre que se vincula à exploração de serviço específico de publicidade pelo qual é remunerada e à contratação com quem viola, bem por meio do mesmo contrato que entabula, direito alheio. Sentença revista. Recurso provido em parte (Apel. N. 1019621-41.2015.8.26.0001, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 09/04/2018).

[...] MARCA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C REPARAÇÃO DE DANO. LINK PATROCINADO. Uso 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 ré. 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. Não comprovação de danos materiais. Provedor em parte, para determinar a abstenção do uso da marca da autora e fixar dano moral em R\$ 20.000,00, que se ajusta aos parâmetros da jurisprudência. Sucumbência recíproca e honorários fixados em 20% do valor da condenação para cada qual. (Apelação 0175492-17.2011.8.26.0100, Rel. Enio Zuliani, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 13/07/2016).

Estes, em suma, os argumentos pelos quais a jurisprudência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entende pela ilicitude da conduta de vinculação à marca de terceiros em *links* patrocinados.

6. Conclusão

Inegável que a era cibernética trouxe novas ferramentas de publicidade e *marketing*, possibilitando o aumento da concorrência e a criação de novos modelos de negócio. Com a difusão da prática de venda pelo meio virtual, inúmeras pessoas com receio de iniciar uma atividade no mercado convencional lançaram-se a explorar novos modelos de negócio, atraídos pelas maravilhas e pelo baixo possível custo propiciado pelo *e-commerce*.

Esse avanço acelerado e um pouco difuso do exercício da atividade empresarial, provocado pelo comércio eletrônico, gerou situações inusitadas, até pelo novo mundo que se abre com a utilização intensa da *internet* em tão curto espaço de tempo. Ora, num ambiente em que poucas regras existem, justamente para não podar a fluência do tráfego de informação, fica mais difícil estabelecer limites para o exercício da livre iniciativa aos *players* do mercado.

Todavia, um limite inafastável para o exercício saudável da concorrência é a lealdade, vale dizer, a adoção de práticas mercadológicas pautadas na razoabilidade, dentro do padrão de condutas que é esperado por aqueles que integram o mercado. A forma na condução da atividade empresarial importa, e muito.

Por certo, utilizar marca de concorrente como palavra-chave para o seu próprio *link* patrocinado viola a previsibilidade do comportamento esperado pelos demais *players* do mercado, confunde a clientela do concorrente, induzindo-a em erro. Configura, certamente, concorrência desleal.

Vilipêndia, ainda, os direitos sobre a marca alheia, pois parasita o prestígio de marca alheia atraindo para si a clientela, aumenta injustamente a posição de destaque do desleal no mercado, reduz a visibilidade e prejudica os investimentos da marca violada.

A conduta violadora da concorrência e dos direitos sobre a marca foi bem observada pelas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, as quais estabeleceram em seus julgados, de forma bastante uniforme, que aquele que usa marca de concorrente como palavra-chave para o seu próprio *link* patrocinado, além do uso indevido de marca alheia, ainda comete ato de concorrência desleal.

Entretanto, os desafios proporcionados pela cultura digital estão apenas começando. A era cibernética é nova e as consequências advindas desta nova forma de relacionamento humano são inúmeras, desconhecidas e ilimitadas.

Um misto de sentimentos de animação e de receio permeia a comunidade jurídica que se dedica aos estudos do Direito Digital, especialmente quando envolvidas questões atinentes à livre iniciativa e à livre concorrência. Cada dia que surge, um questionamento diverso emerge. Que venham os próximos.

Referências bibliográficas

BUENO, Samara Schuch; IDIE, Renata Yumi. *Você investe em links patrocinados utilizando-se do nome do seu concorrente?* Veja por que você não deveria fazer isso, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2FXKlws>. Acesso em: 28 ago. 2019.

BENACCHIO, Marcelo; SANTOS, Queila Rocha Carmona dos. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). *Direito & internet III – tomo I: Marco Civil da internet* (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 147-170.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. Reprimindo a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados, estratégias desleais de marketing, motores de busca na internet e violação aos direitos de marca. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 961, p. 35-93, 2015.

SILVEIRA, Newton. *O Sistema de Propriedade Industrial Brasileiro*, 2001. Disponível em: <https://bit.ly/2FWpZUp>. Acesso em: 30 ago. 2019.

TEIXEIRA, Tarcisio. Responsabilidade civil no comércio eletrônico: a livre-iniciativa e a defesa do consumidor. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). *Direito & internet III – tomo II: Marco Civil da Internet* (Lei n. 12.965/2014). São Paulo. Quartier Latin, 2015. p. 341-376.

WACHOWICZ, Marcos. Cultura digital e marco civil na internet: contradições e impedimentos jurídicos no acesso à informação. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). *Direito & internet III – tomo II: Marco Civil da Internet* (Lei n. 12.965/2014) – São Paulo. Quartier Latin, 2015. p. 235-246.

Outras referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/2NylYtE>. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/371Mq6r>. Acesso em: 29 ago. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Acórdão – Apelação Cível n. 0175492-17.2011.8.26.0100*. Apelante Instrutemp Instrumentos de Medição LTDA. Apelados Homis Controle e Instrumentação LTDA. e outro. Relator: Desembargador Enio Zuliani. Acórdão. Julgamento do caso em 13/07/2016. São Paulo, 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Acórdão – Apelação Cível n. 1019621-41.2015.8.26.0001*. Apelante L25 Moda Íntima Virtual LTDA. EPP. Apelado Miess Moda Íntima e E-commerce LTDA. ME. Apelado Google Brasil Internet LTDA. Relator: Desembargador Claudio Godoy. Acórdão. Julgamento do caso em 04/09/2018. São Paulo, 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Acórdão – Apelação Cível n. 1002037-18.2016.8.26.0003*. Apelante Bralyx Máquinas Indústria Comércio LTDA. Apelado Maqtiva Indústria e Comércio de Máquinas LTDA. ME. Relator: Desembargador Gilson Miranda. Acórdão. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jul. 2019.