

# Caterina Carvalho: Provedores de pesquisa e concorrência desleal

01/12/2021

Configurada no inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal, a livre concorrência é um dos princípios da ordem econômica destinados a reprimir o abuso de poder econômico que objetive a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.



Assim, a liberdade e a valoração da livre iniciativa são requisitos para

que se tenha um ambiente concorrencial saudável, com obtenção de lucro de forma moral, lícita e leal. Quando, por alguma razão, a livre iniciativa promove desigualdades ilícitas nas relações econômicas, o próprio Estado pode intervir para restabelecer a condição isonômica no mercado afetado.

A prática anticoncorrencial, por sua vez, é qualquer ação adotada por um agente econômico que possa, ainda que potencialmente, causar danos à livre concorrência, mesmo que sem a intenção de prejudicar o mercado [1].

A conduta anticompetitiva é cada vez mais comum, sobretudo no que diz respeito às práticas comerciais via internet. Hoje, para garantir presença no mercado e obter impulsionamento na prospecção de clientes e novos negócios, a atuação no meio eletrônico é condição *sine qua non*.

Existente desde sempre no ambiente físico, a concorrência parasitária — desvio da clientela de uma empresa para outra, com proveito da reputação da empresa líder de mercado — se potencializou no meio eletrônico pelo uso dos chamados *links* patrocinados.

Os *links* patrocinados são uma forma de publicidade *online* por meio da qual empresas pagam aos provedores de busca para que, na pesquisa dessa ou daquela palavra, o *link* da empresa que "patrocinou" a palavra apareça em destaque. O pagamento aos provedores de busca se dá pela quantidade de palavras-chave escolhidas pela empresa. Por exemplo: a empresa "XYZ Limpeza" paga ao provedor de busca para que, sempre que haja a pesquisa da palavra "detergente cristal" (aqui admitido, para fins de exemplo, como um nome registrado no INPI e de propriedade da anunciante), o *link* de seu site apareça em primeiro lugar no resultado de tal pesquisa.

É importante destacar que a utilização dos *links* patrocinados do modo como exemplificado é perfeitamente legal. No entanto, o que se vê é o uso desse meio de publicidade *online* de forma desleal, ao passo que empresas pagam os provedores de busca para que deem destaque a seus *sites* quando da pesquisa do nome de seus concorrentes, ou de produtos cujos nomes e marcas são registrados e pertencem a terceiros (comumente concorrentes do anunciante).

Nesse segundo cenário, imagine-se, em comparação à primeira hipótese, que a empresa ABC Produtos de Limpeza tivesse pago ao provedor de busca para que, quando da pesquisa da expressão "detergente cristal" — sabidamente relativa a um produto e marca de sua concorrente, a empresa XYZ Limpeza —, o site da ABC Produtos de Limpeza apareça em primeiro lugar, em detrimento do site da empresa proprietária daquele ativo buscado.



No âmbito civil, a jurisprudência já é bastante pacificada quanto à responsabilidade das empresas que utilizam de forma anticompetitiva os *links* patrocinados por eventuais danos causados pelo uso indevido do nome de seus concorrentes e desvio de clientela. Os prejuízos indenizáveis podem se configurar em danos materiais, indenização por enriquecimento indevido (ilícito lucrativo) e danos morais.

O dano material pode se caracterizar como lucro cessante — já que a empresa prejudicada pode ter deixado de auferir lucro na venda para consumidores que, por indução maliciosa do concorrente, foram atraídos para outro *site*, muitas vezes pensando estarem comprando da primeira empresa — e danos emergentes (estes demandam provas mais robustas para sua concessão). A condenação por enriquecimento indevido visa a retirar da parte infratora qualquer proveito econômico que possa ter tido com a conduta ilegal, competindo ao julgador, no caso concreto, cuidar para que a condenação sob essa rubrica não represente uma condenação em duplicidade com as demais (*bis in idem*). Os danos morais costumam ser reconhecidos como implícitos nos casos de uso indevido do nome e demais ativos intangíveis (marca, nome etc.), por se presumir que tal ofensa tenha potencial de arranhar a boa reputação da empresa vítima.

As discussões travadas nos tribunais ainda não alcançaram o mesmo grau de maturidade com relação à responsabilidade dos provedores de pesquisa nesse contexto. Presume-se que os provedores de pesquisa lucrem com a venda de serviços como os *links* patrocinados. Caso adotada de forma ilegal, enquanto prática de concorrência parasitária das empresas anunciantes, poder-se-ia concluir, em princípio, que os provedores de pesquisa estariam a lucrar com o ato ilícito de terceiros.

A reflexão inevitavelmente leva ao questionamento: provedores de busca como o Google deveriam, então, ter o dever de certificar que as palavras-chave contratadas pelos anunciantes não estariam violando direito de outrem? Dada a grandeza de tais provedores de busca (sob os aspectos econômico, jurídico e técnico-operacional), seria demasiado presunçoso dizer que eles são capazes de identificar potenciais práticas anticoncorrenciais e, com isso, preveni-las? E se a resposta for positiva, por qual razão não o fazem (se é que não o fazem)?

Essa discussão, se estressada ao limite, para além do objetivo deste artigo, leva a reflexões maiores do que somente matérias concorrenciais. O que se pretende questionar é se há uma iminente necessidade de se impedir a ocorrência de práticas anticoncorrenciais facilitadas por provedores de busca.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 2008, julgou o primeiro caso judicial envolvendo a utilização de *links* patrocinados (diga-se que, dada a delonga do Direito em alcançar as evoluções da sociedade, o julgado do TJ-RJ é relativamente recente). Ainda que de forma residual, de lá para cá tem-se visto mais e mais discussões judiciais a respeito do tema. Tribunais de diferentes instâncias (STJ e STF) possuem julgados recentes no sentido de que provedores de busca podem — e devem — ser demandados como corréus em ações judiciais por prática de concorrência desleal no uso de *link* patrocinado [2] por empresas concorrentes, uma vez que existe, de forma evidente, relação contratual onerosa que não isenta os provedores de efeitos gerados na esfera jurídica de terceiros [3] a partir daquela relação entre provedor e anunciante.

Nesses casos, em razão do lucro obtido pelos provedores a partir da prática anticoncorrencial dos anunciantes, o que se vê é a condenação subjetiva e solidária dos provedores no pagamento de indenização às empresas prejudicadas — ou potencialmente prejudicadas — em danos morais e materiais.

[1] Artigo 36 da Lei 12.529/2011.

[2] ARE no RE nos EDcl no REsp 1.804.035; REsp 1.606.781.

[3] TJ-SP, Apelação Cível 1085064-25.2018.8.26.0100.