

Inserção do nome empresarial como palavra-chave é concorrência desleal

28/05/2024

O direito ao nome (artigo 16 do Código Civil) é consagrado às pessoas naturais e jurídicas, sendo protegido do desprezo público por pessoa alheia (artigo 17 do Código Civil) e do uso por terceiros em propaganda comercial, sem autorização prévia (artigo 18 do CC).

A proteção que se faz ao nome empresarial preserva o investimento de sócios, acionistas e investidores, coibindo a usurpação, o proveito econômico parasitário, desvio de clientela, além de proteger o consumidor, evitando que este incorra em erro ao adquirir o produto ao pensar que “é um, mas na verdade é outro”.

O nome é atrativo empresarial, compondo, para todos os fins, parte do estabelecimento empresarial. Ter um nome atrativo, chamativo, atraente, pode influir na “psiquê” do público-alvo com mais efetividade, seja estimulando a compra por “atiçar” os desejos irracionais, seja inspirando a tranquilidade do equilíbrio.

Por exemplo, com base na teoria do *sexy canvas*, idealizada por André Diamand, a aplicação estratégica dos conceitos de mercado e marketing pode impulsionar o sentimento de se sentir superior e admirado na venda de artigos de luxo e *status*, mas também pode associar a ganância com as propagandas de “ter mais por menos”. Tais estratégias, inclusive no nome, podem provocar maior engajamento do público, converter *leads* em cliente e reter esses clientes para compras com habitualidade.

Danos permitidos

Neste sentido, em mercado, atrair clientes para si pode ser encarado, dentro do conceito ético, como “desviar” clientes de outrem, o que é naturalmente justo e juridicamente lícito, inclusive incentivado pela necessidade de concorrência no mercado. Causa danos a outrem, pois de onde um lucraria, outro lucra em seu lugar, todavia danos justos e permitidos pelo Direito.



Por “desviar” pode-se entender de forma justa aquela que se faz por meio de eficiência própria, isso é, por bons resultados, por bom atendimento, pela boa experiência ao usuário, ou pela ineficiência do concorrente, oferecendo ao cliente produtos ou serviços com melhores preços, melhores resultados ou com melhor sensação ao usuário, pela aplicação metodológica e estratégica dos conceitos de marketing e de mercado, inclusive pelo nome.

Concorrência desleal

Todavia, pode tal “desvio” passar do mundo da licitude e da concorrência justa e saudável para o mundo da concorrência desleal quando há a prática de atos injustos.

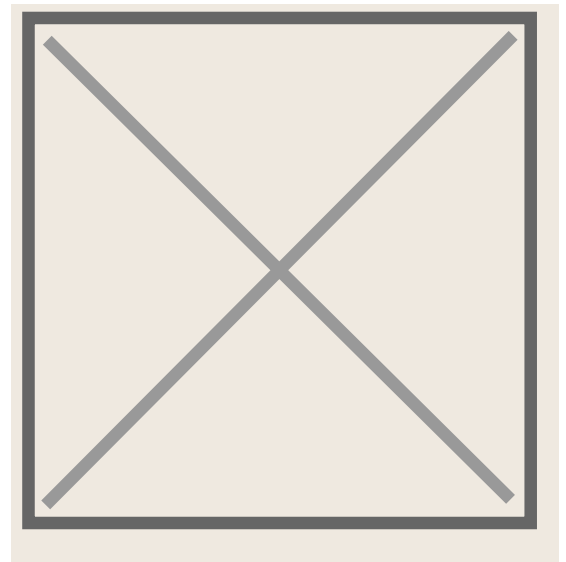
A conquista de clientes a partir da contratação de links patrocinados de determinada marca ou nome empresarial tem como pressuposto a trapaça, o ardil de utilizar do bom nome alheio em proveito próprio. É como desviar o curso de uma estrada ou de um caminho invertendo as placas de direção ou mesmo passar-se como se terceiro fosse utilizando dele a alcunha dada no início da vida, natural ou empresarial. É o aproveitamento do prestígio e do reconhecimento do concorrente.

Diferentemente do que acontecia há vários anos, em que as empresas eram buscadas em listas telefônicas de incontáveis páginas, hoje as páginas vistas são digitais, com buscas precisas e, em questão de milésimos de segundos, qualquer marca, endereço, físico e eletrônico, telefone e e-mail são encontrados. O consumidor lembra-se de determinada marca, seja pela boa experiência anterior ou pela indicação realizada por alguém que o influenciou e busca o produto ou serviço pelos meios de busca comum, como na barra de pesquisa, no “*front-end*” do Google.

Parasitismo

Para a criação da lembrança no usuário, há a necessidade precípua de o empresário investir na boa qualidade do seu produto, no aperfeiçoamento do serviço, na experiência do usuário na pré-venda e na pós-venda ou até mesmo no *marketing* digital/tráfego pago e *influencers digitais*. Somente dessa forma é que pode-se criar a boa lembrança no imaginário do consumidor, bem como criar e estabelecer a solidez da marca.

Assim, na medida que terceiros contratam links patrocinados nos sites de busca a partir de determinado nome empresarial ou marca, perfazem o desvio ilícito de clientela, traduzindo em ato de concorrência desleal, pois utiliza de prestígio e de reconhecimento do titular do nome empresarial ou marca indevidamente utilizado. É o chamado parasitismo. Tal conduta, por sua vez, enquadra-se com o artigo 195, III da Lei nº 9.279/1996, bem como o uso indevido de nome comercial, presente no inciso V do indigitado artigo:



“Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

III – emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

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.”

Essa conduta é muito diferente quando a contratação da palavra faça referência ao produto ou ao serviço e não a marca em si, podendo ser exibidos diversos anúncios adquiridos, sem que se possa falar em aproveitamento de outrem.

Entendimento do STJ

Não de outro modo, o Superior Tribunal da Justiça, Tribunal da Cidadania, entendeu exatamente nesse sentido. Trata-se do Recurso Especial 2.032.932/SP, de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 08/08/2023:

“RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. NOME EMPRESARIAL. USO INDEVIDO. PALAVRA-CHAVE. FERRAMENTA DE BUSCA. CLIENTELA. DESVIO. CONCORRÊNCIA DESLEAL. CARACTERIZAÇÃO. TUTELA INIBITÓRIA. NECESSIDADE. MARCO CIVIL DA INTERNET. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA Nº 284/STF.

1. *A controvérsia posta está em verificar se: (i) a utilização da ferramenta Google AdWords a partir da inserção como palavra-chave de nome empresarial implica uso indevido e prática de concorrência desleal; (ii) na hipótese, incide o artigo 19 do Marco Civil da Internet e, em caso afirmativo, se estão presentes os requisitos de responsabilização ali previstos e (iii) estão presentes os requisitos para condenação no pagamento de lucros cessantes.*
2. *A proteção emprestada aos nomes empresariais, assim como às marcas, tem como objetivo proteger o consumidor, evitando que incorra em erro quanto à origem do produto ou serviço ofertado, e preservar o investimento do titular, coibindo a usurpação, o proveito econômico parasitário e o desvio de clientela. Precedentes.*

3. *A distinção entre concorrência leal e desleal está na forma como a conquista de clientes é feita. Se a concorrência se dá a partir de atos de eficiência próprios ou de ineficiência alheias, esse ato tende a ser leal. Por outro lado, se a concorrência é estabelecida a partir de atos injustos, em muito se aproximando da lógica do abuso de direito, fala-se em concorrência desleal.*
4. *O consumidor, ao utilizar como palavra-chave um nome empresarial ou marca, indica que tem preferência por ela ou, ao menos, tem essa referência na memória, o que decorre dos investimentos feitos pelo titular na qualidade do produto e/ou serviço e na divulgação e fixação do nome.*
5. *A contratação de links patrocinados, em regra, caracteriza concorrência desleal quando: (i) a ferramenta Google Ads é utilizada para a compra de palavra-chave correspondente à marca registrada ou a nome empresarial; (ii) o titular da marca ou do nome e o adquirente da palavra-chave atuam no mesmo ramo de negócio (concorrentes), oferecendo serviços e produtos tidos por semelhantes, e (iii) o uso da palavra-chave é suscetível de violar as funções identificadora e de investimento da marca e do nome empresarial adquiridos como palavra-chave.*
6. *Na hipótese, não incide o artigo 19 da Lei nº 12.965/2014, pois não se trata da responsabilização do provedor de aplicações por conteúdo de terceiros, mas do desfazimento de hyperlink decorrente da contratação da ferramenta Google Ads., o que atrai a censura da Súmula nº 284/STF.*
7. *No caso de concorrência desleal, tendo em vista o desvio de clientela, os danos materiais se presumem, podendo ser apurados em liquidação de sentença. Precedentes.*
8. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.”*

Detalhando a prática

Concluindo, a utilização da ferramenta Google Ads para fins de concorrência desleal pode ser configurada quando:

1. Compra de palavras-chave:

- Aquisição de palavras-chave que correspondam à marca registrada ou nome empresarial de um concorrente.

2. Ramo de negócio:

- Tanto o titular da marca/nome quanto o adquirente da palavra-chave atuam no mesmo ramo de negócio, oferecendo produtos ou serviços considerados semelhantes.

3. Violação das funções da marca/nome empresarial:

- O uso da palavra-chave é suscetível de violar as funções identificadora e de investimento da marca ou nome empresarial adquiridos como palavra-chave.

Exemplos:

- Empresa “X” utiliza a marca registrada da empresa “Y” como palavra-chave em seus anúncios do Google Ads.
- Empresa “A” e empresa “B” atuam no ramo de venda de calçados. A empresa “B” compra a palavra-chave “calçados empresa A” para seus anúncios.

Consequências:

- Ação judicial por concorrência desleal, com possibilidade de:
 - Remoção dos anúncios;
 - Indenização por danos materiais e/ou morais;
 - Punições administrativas pelo Google.

Prevenção:

- Consulta a um advogado especializado em propriedade intelectual e direito digital antes de realizar campanhas no Google Ads.
- Conhecimento das políticas do Google Ads sobre concorrência desleal.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-mai-28/insercao-do-nome-empresarial-como-palavra-chave-e-concorrenca-desleal/>