

CONCORRÊNCIA DESLEAL NA ERA DIGITAL

O saudoso Dr. Custódio de Almeida destacava que “o pior e mais perigoso inimigo do livre comércio, da iniciativa privada e do consumidor é a concorrência desleal.” (Jornal do Comércio/RS, Concorrência Desleal, de 28/03/2000). Esse fenômeno, calcado nas entranhas da desonestidade, marcha em sentido contrário à ética, aos bons costumes, enfim, à lealdade moral da competição empresarial.

O jurista Dr. Thomas Leonardos descrevia concorrência desleal como “panorama característico da malícia humana nos domínios do comércio e da indústria, reveste-se invariavelmente do aspecto de um direito legítimo, ilegitimamente exercido. Suas manifestações, embora variadíssimas, prendem-se, repetidamente, a essa modalidade comum. Deve-se não perder de vista a teoria do abuso de direito.” (Concorrência Desleal, Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1936)

De fato a livre concorrência é princípio fundamental da atividade econômica e financeira, conforme disposto no art. 170, IV da Constituição Federal. No entanto, essa liberdade não é irrestrita, pois contém limites ditados pela repressão à concorrência desleal, regulamentada pelo ordenamento infraconstitucional (arts. 2º, V, art. 195 e 209 da Lei 9.279/96 – Lei da Propriedade Industrial – LPI), que visa garantir o desenvolvimento equilibrado do mercado, bem como proteção dos empresários e consumidores.

Há tempos que o Direito Concorrencial é protegido e regulamentado em nosso país. Tudo começou graças ao famoso caso de concorrência desleal ocorrido entre as marcas Rapé AREIA PRETA vs. Rapé AREIA PARDA. Resumidamente: Rapé AREIA PARDA além de reproduzir quase integralmente o elemento nominativo da primeira marca, também utilizava ardilosamente seu “*trade dress*” (conjunto de imagem), razão pela qual gerava confusão e/ou associação indevida por parte do público consumidor. Vale ressaltar que na época o processo foi considerado juridicamente impossível, apesar de todas as evidências favoráveis ao bom direito da empresa detentora da marca Rapé AREIA PRETA, vez que não havia qualquer norma que qualificasse o fato como delito. O referido *leading case* contou com o patrocínio do renomado advogado Dr. Rui Barbosa, que defendia os interesses da marca Rapé AREIA PRETA. Assim, por força da repercussão e gravidade do episódio, no ano seguinte, surgiu a primeira lei que tratou das marcas de fábrica e comércio no Brasil (Dec. n.º 2.682/1875).

A partir das transformações industriais, impulsionadas pelo desenvolvimento econômico e tecnológico do início do séc. XX, os agentes inescrupulosos utilizavam sua criatividade para realizar inúmeros atos desonestos.

Por sua vez, visando coibir os mais diversos atos desleais da época, a concorrência desleal foi tipificada como ilícito e crime, no Decreto n.º 24.507/34 e, posteriormente, no primeiro Código de Propriedade Industrial (Lei 7.903/45), que compilou todas as normas da matéria. Com o advento do regime ditatorial, o Código acima foi derogado pela Lei 5.772/71, pois o capítulo que tratava dos crimes de concorrência desleal permaneceu inalterado. Aliás, vale destacar que grande parte dos fundamentos do antigo Código de 1945 continua vigente na atual LPI; sobretudo o notório inciso III, do art. 195, que descreve como “crime de concorrência desleal quem emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem”.

Através do permanente avanço da tecnologia virtual do início do séc. XXI, por óbvio que surgiram novos métodos de concorrência desleal. O competidor inescrupuloso parte da premissa de obtenção de lucro fácil e rápido, ou seja, tenta pegar carona na fama e esforços alheios de forma espúria. Cabe salientar que o agente pode cometer o ilícito em face do seu concorrente direto, indireto ou até mesmo de ramos díspares, e nesse último, há claro intuito de proveito parasitário do renome de outrem.

A *internet* (rede internacional) nasceu nos Estados Unidos (na década de 60), no auge da Guerra Fria, como ferramenta militar de comunicação. Importante salientar que o marco da evolução tecnológica foi promovida pela idealização do cientista inglês Tim Berners-Lee, que criou a *world wide web*, fato que permitiu a consolidação da internet e integração universal entre computadores de todos os continentes, tornando-se o maior instrumento de relação sócio-econômico-cultural entre os indivíduos, através dos mais variados *websites* existentes na rede virtual.

Em face de tais transformações, a *internet* tornou-se a maior ferramenta de difusão da liberdade, da publicidade, e conseqüentemente, da livre concorrência. Qualquer empresário pode anunciar seus produtos na sua *home page*, bem como introduzir propagandas em páginas de amplo acesso como, por exemplo, nos atuais sites de buscas. O site de busca funciona como uma ferramenta de pesquisa composta por dados que são publicados na *web*. Tal investigação é feita através de filtros, fornecidos pelos usuários, que são identificados por *keywords* (palavras-chave). Estes termos são comercializados pelos detentores dos sites de pesquisa, através da propaganda denominada “link patrocinado” (*sponsored link*).

Os “Links Patrocinados” são anúncios exibidos em destaque, em sites de busca, na forma de publicidade on-line. Esses links são associados às palavras-chave e, quando duas ou mais empresas desejam adquirir a mesma palavra-chave, a prioridade será da empresa que melhor remunerar pelo espaço. Assim, esta será apresentada em destaque no site de busca: em primeiro plano, geralmente com a cor de fundo diferenciada. (www.tjrj.jus.br, processo n.º: 2004.001.149555-4)

Quando tal palavra-chave for constituída por termo(s) de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo – designando uma característica do produto ou serviço, como: veículo, relógio, refrigerador, vestuário, calçado, imobiliária, contador,

médico, eventos, etc. – em tese, não há qualquer ilicitude na propaganda veiculada na internet através de link patrocinado, visto que tais termos não podem ser objeto de direito de propriedade exclusivo. Aliás, essas expressões não podem ser registradas como marca no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), salvo quando revestidas de suficiente forma distintiva. (art. 124,VI da LPI)

Evidente que o direito de publicidade, por qualquer meio, deve ser exercido dentro dos limites da licitude. É inadmissível a propaganda que esbarre na possibilidade de concorrência desleal e aproveitamento parasitário, tendo em vista que os primados de direito rechaçam qualquer tipo de abuso. Todavia, o referido meio de propaganda também está sendo empregado para desviar, em proveito próprio ou alheio, a clientela de outrem; visto que determinado agente pode adquirir o “Link Patrocinado” com a palavra-chave do(s) signo(s) de seu concorrente mercadológico direto, semelhante ou afim. Aliás, alguns interessados também estão obtendo palavras-chave de marcas famosas, a fim de aproveitar-se de forma parasitária do sucesso alheio.

Para hipoteticamente elucidar essa prática de concorrência desleal, determinado empresário adquire um “link patrocinado” com palavra-chave de marca alheia, como por exemplo BABILITO, já usada e registrada por outrem no INPI. O consumidor que utiliza o site de busca da internet, ao efetuar pesquisa para encontrar o sinal BABILITO, irá se deparar com o link patrocinado obtido pelo concorrente desleal, que objetiva chamar atenção para sua marca em detrimento daquela. Com isso, o referido fato será tipificado no clássico caso de concorrência desleal (art. 195, III da LPI e demais combinações ao fato concreto).

Ademais, também configura aproveitamento parasitário e concorrência desleal a utilização de palavra-chave de marca famosa, como por exemplo COCA-COLA, por agente que não atue no mesmo ramo mercadológico. Primeiramente, porque é vedado o enriquecimento sem justa causa, à custa de outrem (art. 884 do Código Civil). Paralelamente, também há uma associação indevida. Outrossim, esse fato ardiloso trará prejuízos aos concorrentes diretos, na medida em que o referido proveito afetará os ditames ético/morais de mercado, pois o signo inescrupuloso estará associado ao sinal notório e terá mais chances de êxito na captação do público consumidor.

Há ainda outros meios e formas de concorrência desleal na era digital, tais como:

- *Cybersquatting*: registro por terceiro não autorizado de nome de domínio no Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br, que utilize termo idêntico ou semelhante de marca usada no mercado e que detenha certificado do INPI, porém ainda não havia registrado seu sítio na internet;
- *Typosquatting*: registro de nome de domínio semelhante à marca famosa que já detém *home page*, contendo porém, pequenas alterações de grafia, ex: www.globoo.com ou www.gogle.com.br;
- *Metatags*: programação da palavra-chave de determinado nome de domínio, configurada com termos utilizados pela concorrência, ex: site da marca A cadastra sua palavra-chave para pesquisa geral especificando os sinais da concorrência, isto é, de B, C e

D. No momento que o consumidor investigar no site de busca os sinais de B, C e D, a marca A também será referenciada próxima ou acima daquelas na pesquisa; dentre outros, que poderão ser abordados com mais detalhes em uma nova oportunidade.

Portanto empresários, fiquem atentos e sejam precavidos. Aliás, havendo qualquer indício de competição desleal, por mais superficial que seja, não hesite em procurar orientação de especialistas na matéria.

Custódio Armando Lito de Almeida

Advogado de Custódio de Almeida & Cia

custodiolito@custodio.com.br

Artigo publicado no Jornal do Comércio do Rio Grande do Sul, em 29/03/2010.