

A publicidade e os anúncios patrocinados em momento de pandemia

*Sérgio Shimura*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: 1. Anúncio patrocinado; 2. Marco civil da internet; 3. *Google Ads* e *Google Shopping*; 4. Propaganda comparativa; 5. Pandemia; 6. Conclusão; 7. Referências.

Introdução

O presente ensaio aborda a questão da publicidade feita pela internet, por meio de anúncios patrocinados resultantes de mecanismos de busca (ex.: Google, Yahoo, Bing etc.), e que pode gerar discussão a respeito de informações claras e adequadas fornecidas ao consumidor (arts. 6º e 30, CDC), bem como sobre violação de marca e concorrência desleal pelo desvio fraudulento de clientela (arts. 130, III, e 195, III, Lei 9279/96 – Lei de Propriedade Industrial).

Um dos sites de busca é o da empresa Google. Quando um consumidor interessado na aquisição de um produto ou na prestação de um serviço aciona a ferramenta de busca da Google, digitando uma determinada palavra ou texto, surgem vários fornecedores resultantes das seguintes ferramentas:

1) *Google Search*: ferramenta de busca (denominada “ordinária” ou “orgânica”) de páginas de terceiros na internet, disponibilizada gratuitamente ao usuário da internet, na qual aparecem os resultados “orgânicos”.

¹ Mestre, Doutor e Livre-Docente pela PUC/SP. Professor nos programas de graduação e pós-graduação da PUC/SP, da Escola Paulista da Magistratura e da Escola Superior do Ministério Público.

2) *Google Ads* (Patrocinado): ferramenta de busca por digitação de palavras ou textos (palavras-chaves), cuja finalidade é obter resultados mais efetivos e rápidos. Por este mecanismo, o anunciante, mediante pagamento à Google, apresenta seu produto ou serviço, a partir de indicação de palavras-chaves, cujo resultado aparece com o destaque “Patrocinado”, antes mesmo dos resultados orgânicos. Considerando o perfil de usuário e a região, aparecem nas primeiras colocações os anunciantes mais acessados, por serem tidos como os mais bem “ranqueados” ou “preferidos”.

3) *Google Shopping*: ferramenta que permite a uma empresa anunciar seu produto, não em formato de texto ou palavras-chave, mas sim por imagens, foto, título, características, preço, cor, dimensão, disponibilidade e nome do fornecedor.

Uma empresa, pretendendo ampliar seus negócios e aumentar a sua clientela, pode contratar os serviços de busca para despontar logo no início da página como “link patrocinado”, antes mesmo do site relativo à busca orgânica.

Além disso, a busca pode se dar não pelo uso de letras ou palavras, mas sim por imagens do produto. E mais. A empresa pode indicar como palavra-chave uma expressão que coincide com uma marca registrada.

Daí a discussão sobre tal prática constituir violação de marca ou concorrência desleal pelo desvio fraudulento de clientela ou captação indevida e ilícita de consumidores (arts. 130, III, e 195, III, Lei 9279/96 – Lei de Propriedade Industrial).

Inicialmente, é preciso distinguir dois tipos de relação jurídica: a primeira envolve os fornecedores; a segunda diz respeito ao vínculo do fornecedor com o consumidor.

Uma das consequências dessa distinção diz respeito à responsabilidade pelos danos. A responsabilidade de uma empresa em relação a outra pela concorrência desleal é diferente daquela do fornecedor frente ao consumidor.

Isso porque, em relação ao consumidor, em regra, todos os que estiverem na cadeia de fornecedores respondem objetiva e solidariamente pelo fato ou vício do produto ou do serviço (arts. 7º, parágrafo único, 12, 14 e 25, § 1º, CDC). Nesse passo, tanto o comerciante que

vende como os intermediários pela negociação podem responder pelos danos que o consumidor venha a sofrer.

Diferentemente, no tocante aos danos que uma empresa venha a causar a outra, a responsabilidade é de outra ordem e dimensão, com critérios distintos daqueles previstos no Código consumerista (p. ex.: responsabilidade subjetiva decorrente da prática de concorrência desleal, uso indevido de marca etc.).

1. Anúncio patrocinado

O fornecedor pode aparecer encabeçando a página porque pagou pelo “anúncio”, indicando palavras-chave ou expressões descritivas de um produto.

A indicação pelo anunciante de uma palavra-chave de senso comum ou meramente descritiva de um produto ou serviço não encerra uso parasitário ou deslealdade na concorrência. E mesmo que o anunciante indique uma “marca nominativa” devidamente registrada como palavra-chave, tal procedimento serve apenas de critério para direcionar o consumidor aos sites que comercializam produtos do mesmo gênero e de sugestão de melhor divisão e estruturação ao alterar o tema: ora responsabilidade, pra concorrência desleal.

Esse “*direcionamento*” ao escolher apenas uma forma de destaque das páginas ou “links” patrocinados não constitui artifício fraudulento para desvio ilícito de clientela. A circunstância de o link do anunciante aparecer nas primeiras linhas não quer dizer que esteja vendendo o produto com a marca registrada da autora.

Ainda que o fornecedor anunciante escolha como palavra-chave (*keyword*) uma marca nominativa, não está havendo uso indevido de marca, mas simples indicação de sites (lojas virtuais, *e-commerce* ou *marketplaces*) que comercializam produtos do mesmo gênero ou similares.

A indicação de uma “*marca*” como palavra-chave serve tão somente de gatilho para disparar os anúncios dos fornecedores e apresentar uma lista de resultados ao usuário, procedimento que não constitui “venda” ou oferta à venda do produto, muito menos crime de concorrência desleal pelo desvio fraudulento de clientela.

2. Marco civil da internet

Uma outra questão envolve a responsabilidade dos sites de busca ou mesmo de empresas que intermediam o contato entre o consumidor e o fornecedor, os chamados *marketplace* (ex.: Americanas, Submarino, Mercado Livre etc.).

A Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) dispõe sobre o “provedor de conexão” e o “provedor de aplicação” de internet (arts. 7º, XI, 11, 15 etc.). O provedor de “conexão” presta serviços de acesso à internet, como se infere do art. 5º, V, MCI (ex.: Net, Vivo, Claro etc.).

O provedor de “aplicação”, ao escolher apenas uma forma de destaque conquanto não haja conceituação legal, é aquele que disponibiliza “funcionalidades” ou informações acessíveis por meio de um terminal conectado à internet, como se depreende do art. 5º, VII, Lei 12.965/2014: “Para os efeitos desta Lei, considera-se (VII) aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.

Nesse passo, o art. 19 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) edita:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o *provedor de aplicações* de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1º. A ordem judicial de que trata o *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, *identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material*.

Como se vê, o bloqueio ou a indisponibilidade da informação exige a identificação do infrator, o endereço virtual por meio da URL (*Uniform Resource Locator*, ou localizador de recursos) e a prática do delito.

Assim, uma vez verificada a concorrência desleal, expede-se a ordem judicial para que o provedor ou mesmo a empresa de *marketplace* se abstenham de anunciar ou relacionar os fornecedores que estejam violando a marca ou praticando concorrência indevida. O § 1º do art. 19, MCI:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

É certo que nos contratos celebrados entre o vendedor e a empresa de *marketplace*, ou com a que presta serviços de busca, pode haver cláusula vedando, prévia e abstratamente, a venda ou anúncio de produtos irregulares (ex.: entorpecente, armas etc.) ou que violem normas regulatórias (ex.: medicamento de uso restrito conforme determinado pela Anvisa).

Mas, como regra, não lhes compete exercer um filtro prévio e subjetivo do que é ou não permitido. Segue-se que, se eventualmente um vendedor estiver comercializando indevidamente produtos contrafeitos ou concorrendo deslealmente (ex.: vendendo o produto da marca X, mas entregando o da marca Z), aí sim existe a “identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”, como determina o § 1º do art. 19, MCI.

É a partir dessa situação que emerge o direito de exigir do Poder Judiciário ordem para que torne “indisponível o conteúdo apontado como infringente”.

Como mencionado, entre empresas, não se configurando concorrência desleal pelo uso indevido de marcas, não se há de cogitar sobre

responsabilidade civil. No entanto, perante o consumidor, em princípio, todos os que integram a cadeia negocial respondem pelo produto ou serviço.

3. *Google Ads e Google Shopping*

Uma das ferramentas de busca é a da Google. Foi dito que o mecanismo *Google Ads* é diferente do *Google Shopping*.

Pelo *Google Shopping* o consumidor tem acesso a imagens e descrição do produto (tamanho, cor, preço, características etc.). Constitui mecanismo de busca pelo qual o consumidor tem acesso a uma “*vitruine de lojas virtuais*” (ou de e-commerce, isto é, comércio eletrônico) ou de *marketplace* (plataforma que serve de intermediação entre o vendedor e o comprador), como ocorre, por exemplo, com a Americanas, o Submarino, o Mercado Livre etc.

É outra forma de publicidade, pela qual os anunciantes apresentam seus produtos – não por texto ou palavras-chave –, mas sim por fotos e imagens.

Exemplificando: quando um supermercado coloca na prateleira diversas marcas de chocolate, com preços e qualidades distintos, não está praticando concorrência desleal, mas sim oferecendo alternativas para o consumidor e servindo de canal de venda para os fornecedores. E mais. Se o supermercado coloca determinado produto na linha de visão do consumidor ou perto do caixa, tudo é uma forma de chamar a atenção do interessado, técnica que nada tem de ilegal.

É um catálogo de opções, com uma lista de produtos oferecidos pelas lojas virtuais, prática que constitui propaganda comparativa, perfeitamente lícita e em conformidade com os princípios da ordem econômica e do livre mercado (art. 170, CF).

Por meio desta ferramenta, de um lado, fortalece-se o princípio da defesa do consumidor, que tem a liberdade e oportunidade de comparar e adquirir, de modo prático, eficaz e consciente, aquilo que melhor atenda aos seus interesses.

De outro, preservam-se princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, permitindo que os fornecedores ofereçam no mercado seus

produtos ou serviços a preços e qualidades competitivos, beneficiando não só a empresa anunciante, mas também os que dela dependem (empregados, parceiros, fisco etc.).

Dentro desse contexto, o art. 2º, VI, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) complementa, dispondo que “a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à *liberdade de expressão, bem como a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor*”.

E o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 36, edita que:

A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

4. Propaganda comparativa

A publicidade comparativa atende tanto ao princípio da livre concorrência como ao da proteção ao consumidor. Com efeito, é direito básico do consumidor

a *informação* adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. (art. 6º, III, CDC)

E o art. 31, CDC, roborar:

A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar *informações* corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os

riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Quanto aos anúncios e vendas pela internet, o art. 7º, XIII, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), estabelece que

O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos (XIII) aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Quanto à ferramenta *Google Ads*, o destaque “Patrocinado” já avisa e alerta o usuário consumidor de que o anúncio é pago.

E a ferramenta *Google Shopping* permite ao consumidor o acesso a uma “vitrine de lojas virtuais”, oferecendo diversos produtos – lado a lado – de marcas e características diferentes.

Se eventualmente um fornecedor ou vendedor estiver vendendo um produto da mesma marca, sem autorização ou licença do seu titular, pode haver prática de crime (contra a marca e por concorrência desleal, arts. 190 e 195, Lei 9279/96).

Porém, o fato de no sistema de busca aparecerem vários outros produtos similares ou congêneres – lado a lado – permite ao consumidor interessado, adequadamente informado, optar por um ou por outro, em obediência aos princípios constitucionais da atividade econômica, notadamente o da livre concorrência e o da defesa do consumidor (art. 170, CF).

Na propaganda (ou publicidade) comparativa, o que se veda é o uso do veículo e de expressões como “tipo”, “semelhante” ou “idêntico”, de modo a confundir o consumidor ou depreciar a marca de outra empresa (art. 193, LPI).

Nessa mesma linha, o Conar (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), organização não governamental que tem a finalidade de promover a liberdade de expressão publicitária e a ética na propaganda comercial, editou o *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*.

E o art. 32 deste Código dispõe que:

Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites:

- a) seu objetivo maior seja o esclarecimento, e não mesmo a defesa do consumidor;
- b) tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor;
- c) a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;
- d) em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
- e) não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;
- f) não se caracterize concorrência desleal, depreciação à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
- g) não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;
- h) quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio.

5. Pandemia

O contexto inédito, gravíssimo e assustador pelo qual o Brasil e o mundo vêm passando desde março de 2020, diante da pandemia causada pelo coronavírus (*pandemia de Covid-19*), tem impactado diretamente as relações de consumo.

Até o momento (julho de 2020), a mídia dá conta de aproximadamente 8 milhões de casos em 190 países, com aproximadamente 500

mil mortes no mundo todo (no Brasil, mais de 80 mil mortes, conforme o Jornal *Folha de São Paulo*, edição de 24 de julho de 2020).

Essa situação de crise tem exigido o isolamento social, o que veio a ser normatizado pela Lei 13.979/2020. Nesse cenário, somado à mudança de cultura e mentalidade no hábito de consumir, é interessante destacar que as pessoas precisam adquirir alimentos, vestuário, produtos domésticos etc. – tudo por meio do comércio eletrônico – o que reforça a utilidade e a relevância de tais ferramentas.

Por meio desses mecanismos o consumidor tem acesso livre e gratuito a vários produtos que o mercado oferece, de forma imediata, prática, econômica e principalmente segura.

O art. 49 do CDC fixa o prazo de 7 dias para o consumidor se arrepender:

O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Esse prazo serve para o consumidor, por mera vontade, desfazer o negócio celebrado “fora do estabelecimento comercial”, incluindo, portanto, aquele feito pela internet.

Em junho de 2020, foi editada a Lei 14.010/2020, cujo art. 8º estabelece que “até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e medicamentos”.

Nesse ponto, a principal razão da edição dessa norma foi a necessidade de a sociedade seguir o isolamento social e a quarentena, com a finalidade de barrar o nível da pandemia (e de mortes) no país.

Daí a previsão da Lei 10.010/2020 de restringir a suspensão do prazo de 7 dias somente para a hipótese de entrega de alimentos (produto perecível) e medicamentos. É a suspensão temporária do direito de arrependimento, do uso do prazo de reflexão

6. Conclusão

Em conclusão, é preciso analisar a publicidade e os anúncios patrocinados veiculados pela internet sob duas óticas: uma, relacionada com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; outra, concernente ao consumidor, com vistas às informações precisas e adequadas.

Referências

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, 2016.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 13. ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Forense.

