



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000744567

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1031166-29.2020.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BIOMEDYCUR COMÉRCIO DE COLCHÕES TERAPÊUTICOS - EIRELI - EPP, são apelados ORTOBELO COMERCIO DE ARTIGOS DE COLCHOARIA EIRELI e GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO NEGRÃO (Presidente sem voto), MAURÍCIO PESSOA E JORGE TOSTA.

São Paulo, 13 de setembro de 2022.

SÉRGIO SHIMURA
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Voto n. 27803

Ap. 1031166-29.2020.8.26.0100

Comarca: São Paulo (2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem)

Apelante: BIOMEDYCUR COMÉRCIO DE COLCHÕES TERAPÊUTICOS EIRELI – EPP

Apeladas: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. e ORTOBELO COMÉRCIO DE ARTIGOS DE COLCHOARIA EIRELI

Juíza: Dra. Renata Mota Maciel

AÇÃO COMINATÓRIA – PEDIDO DE ABSTENÇÃO DO USO DE MARCA (“PILLOWMED”), CUMULADO COM INDENIZAÇÃO – PRÁTICA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL CARACTERIZADA POR PARTE DA CORRÉ ORTOBELO – A autora BIOMEDYCUR requer que as rés GOOGLE BRASIL e ORTOBELO (titular dos sites www.filhao.com.br, www.colchaoherval.com, www.lojasantossandra.com.br, www.moveisplus.com.br) se abstenham de usar ou vincular a palavra “PILLOWMED” nos anúncios veiculados por meio das ferramentas “GOOGLE ADWORDS” (atual “GOOGLE ADS”) e “GOOGLE SHOPPING” – Corrê ORTOBELO que utilizou indevidamente a marca da autora em seus links e URL’s, violando os direitos de propriedade industrial – Condenação da corrê ORTOBELO a se abster de utilizar a marca “PILLOWMED”, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 - Partes que atuam no mesmo ramo

de atividade - Dano moral caracterizado - Violação ao direito de uso exclusivo da marca por seu titular — Fato capaz de gerar confusão no mercado consumidor e desvio de clientela — Indenização fixada em R\$ 40.000,00 — Dano moral por uso indevido da marca que se verifica “in re ipsa” - RECURSO PROVIDO NESTE TÓPICO.

AÇÃO COMINATÓRIA — PEDIDO DE ABSTENÇÃO DO USO DE MARCA (“PILLOWMED”), CUMULADO COM INDENIZAÇÃO — “LINK PATROCINADO” — FERRAMENTA “GOOGLE ADS” QUE SE DISTINGUE DA “GOOGLE SHOPPING” — Corrê GOOGLE BRASIL que não pode condenada pela prática de concorrência desleal — “GOOGLE ADS” - Pela ferramenta “GOOGLE ADS”, quando o consumidor digita a palavra “PILLOW” (“travesseiro” em inglês) ou “MED”, o sistema de busca relaciona anúncios patrocinados (pagos) por empresas que indicaram como palavra-chave tais expressões. Tal circunstância não significa que a marca “PILLOWMED” esteja sendo violada, tendo em vista que a palavra (ou parte dela) é usada apenas para acionar o mecanismo de busca. De todo modo, mesmo que um anunciante indique uma “marca nominativa” como palavra-chave, tal procedimento serve apenas de critério para direcionar o usuário aos sites que comercializam produtos do mesmo gênero. Tal direcionamento às páginas (“links”) dos anunciantes, por si só, não constitui concorrência desleal ou manobra

fraudulenta de captação de clientela. **"GOOGLE SHOPPING"** — Os fatos descritos pela autora se referem à outra ferramenta disponibilizada pela GOOGLE, que é o **"GOOGLE SHOPPING"**, pela qual o consumidor tem acesso a uma **"vitrine de lojas virtuais"** (espécie de comércio eletrônico ou **"e-commerce"**) ou a um **"marketplace"** (plataforma que serve de intermediação entre o anunciante e o comprador) como ocorre com as empresas **"americanas"**, **"shoptime"** e **"submarino"**. Pelo mecanismo do **"GOOGLE SHOPPING"**, os anunciantes apresentam seus produtos - não por texto ou palavras-chave -, mas sim por imagens, características e preço, permitindo que o consumidor tenha maior informação e compreensão das qualidades de cada produto. 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, atendem-se os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, permitindo que os fornecedores ofereçam no mercado seus produtos ou serviços a preços e qualidades competitivos.

PROPAGANDA COMPARATIVA — A propaganda comparativa é permitida quando realizada dentro dos parâmetros da livre concorrência e da defesa do consumidor, que tem o direito básico à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos

(arts. 6º, III, e 31, CDC) – MARCO CIVIL DA INTERNET – Corrê GOOGLE que não vende o produto com a marca da autora, mas apenas relaciona as empresas que anunciam. Não compete a ela exercer o controle prévio ou a fiscalização do conteúdo (lícito ou ilícito) do anúncio do produto (art. 19, Lei n. 12.965/2014, MARCO CIVIL DA INTERNET) – RECURSO DESPROVIDO NESTE TÓPICO.

Trata-se de ação em que se discute a prática de violação de marca (art. 130, III, LPI) e concorrência desleal pelo desvio fraudulento de clientela (art. 195, III, LPI).

Em 14/04/20120, BIOMEDYCUR COMÉRCIO DE COLCHÕES TERAPÊUTICOS EIRELI – EPP ajuizou ação contra ORTOBELO COMÉRCIO DE ARTIGOS DE COLCHOARIA EIRELI e GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA., pedindo que as rés se abstenham de usar ou vincular a palavra “PILLOWMED” nos anúncios de produtos ou campanhas publicitárias nos sites de titularidade da ré ORTOBELO (www.filhao.com.br, www.colchaoherval.com, www.lojasantosandira.com.br, www.moveisplus.com.br), por meio das ferramentas “GOOGLE ADWORDS” (atual “GOOGLE ADS”) ou “GOOGLE SHOPPING”, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00, além da indenização por danos morais no valor de R\$ 40.000,00.

Alega, em síntese, que é empresa conhecida e conceituada no mercado de colchões, tendo como seu “carro chefe” produtos com a marca (mista e nominativa)

"PILLOWMED", devidamente registrada no INPI.

Afirma que, além de ser proprietária de tal marca, mantém um site para divulgação dos produtos (www.pillowmed.com.br).

No entanto, diz que, para sua surpresa, constatou que a corré ORTOBELO, titular dos sites (www.filhao.com.br, www.colchaoherval.com, www.lojasantossandra.com.br e www.moveisplus.com.br, vem usando indevidamente a sua marca.

Diz que, quando alguém pesquisa a palavra "PILLOWMED" na plataforma da corré GOOGLE, aparecem diversas empresas, dentre elas a ré ORTOBELO, que se utilizam indevidamente de sua marca para anunciar e comercializar produtos similares, induzindo os consumidores em erro, por acreditarem que estão adquirindo um produto "PILLOWMED"

Para tanto, a requerida estaria se utilizando de ferramentas comercializadas pela corré, denominadas "Google Adwords" e "Google Shopping", por meio de um link patrocinado, na qual o interessado no produto "PILLOWMED" é direcionado aos sites dos concorrentes, em flagrante concorrência desleal e violação de seu direito marcário.

Anota que "faz ampla divulgação de seus produtos PILLOWMED em vários canais de rádio e televisão, inclusive com contratação de pessoas de renome internacional

para divulgação. Ou seja, a BIOMEDYCUR tem alto investimento em comerciais para atingir o consumidor final, e as rés se aproveitam do nome PILLOWMED (pegam carona) e, ainda, induzem consumidores a erro e prejudicam a imagem e as vendas dos produtos da BIOMEDYCUR”.

Ajuizou, assim, a ação de obrigação de fazer, objetivando sejam as rés impedidas de comercializar ou ofertar como palavras-chave, em seu serviço de link patrocinado, o termo “PILLOWMED”; requer, ainda, a condenação das rés no pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 40.000,00 (fls. 01/22).

A tutela de urgência foi deferida para *“determinar que a requerida ORTOBELO COMERCIO DE ARTIGOS DE COLCHOARIA EIRELI abstenha-se de utilizar o termo “PILLOWMED” e qualquer de suas variáveis, mesmo em composição de palavras-chave, e qualquer outro signo que possa causar confusão e/ou associação indevida com esta marca, também em anúncios ou campanhas publicitárias em seus sites (www.filhao.com.br, www.colchaoherval.com, www.lojasantossandira.com.br, www.moveisplus.com.br) , incluindo para fins de aquisição de links ou anúncios patrocinados com a requerida GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA, por meio da ferramenta de publicidade denominada Google Ads, acessória ao Google Search”* (fls. 60/64).

Citada, a corré ORTOBELO apresentou contestação e afirmou, em síntese, que nunca utilizou a expressão “PILLOWMED” em seus anúncios ou site. Diz que é

um grupo varejista virtual especializado em colchões e, devido a isso, comercializa diversos produtos com o termo “pillow”; que seu anúncio foi localizado, quando da busca no Google, em razão de a plataforma realizar as pesquisas com base na associação ou similaridade de termos. Aduz que nunca vendeu produtos com a marca da autora, não havendo que se falar em violação do direito de propriedade intelectual; que tomou conhecimento acerca da existência da marca da autora apenas após ser citada na presente demanda (fls. 87/91).

A GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. também contestou, arguindo, preliminarmente, ilegitimidade ativa da BIOMEDYCUR, pois os registros da marca “PILLOWMED” foram todos cedidos, em 29/10/2019, a terceiro (DSK Comércio de Colchões e Produções Cinematográficas Eireli), com personalidade distinta e sem qualquer ligação com a autora.

No mérito, afirma que a ferramenta “Google Ads” consiste na vinculação de palavra-chave de busca no site a anúncios de interessados; mas há outra ferramenta - “Google Shopping” -, que permite a empresa anunciar o produto que comercializa, exibindo-o em formato de fotos, imagem e características do produto, localizado em separado, ao lado direito do site, diferentemente do “Google Ads”. Ressaltou que *“os anúncios do Google Shopping, ao contrário do Google Ads, não são ativados pela contratação de palavras-chave específicas, e sim por listas de produtos de lojas online sincronizadas periodicamente com informações atualizadas”*.

Além disso, assevera que não há induzimento do consumidor a erro, pois o acionamento de anúncios não está vinculado a nenhuma palavra-chave escolhida pelos anunciantes, mas sim pela lista de produtos por eles ofertados e pelo ramo de negócio; que o “Google Shopping” não faz um produto passar por outro, pelo que não há concorrência desleal, e sim publicidade comparativa, cuja licitude já foi pacificada pelo STJ; que os termos que compõem a marca (“Pillow” e “MED” são evocativos e, portanto, não podem ser registrados como marca isoladamente, por não ter função distintiva. Sustenta que não há concorrência desleal, pois cada anúncio é individualizado com a insígnia “anúncio” e a marca do próprio anunciante.

Por fim, rechaça a pretensão indenizatória, pois não há dispositivo legal que obrigue a GOOGLE a realizar o monitoramento prévio do conteúdo de anúncios, não podendo ser responsabilizada. Aduz, ainda, que o ônus de zelar pela integridade material de sua propriedade intelectual, bem como de fiscalizar terceiros, é do titular da marca, não podendo ser transferido para a Google, e, por fim, que o dano hipotético não é passível de reparação (fls. 122/163).

A autora apresentou réplica às contestações (fls. 268/281; 282/306).

Sobreveio sentença de improcedência, cujo relatório se adota, sob o seguinte fundamento: “*o elemento nominativo da marca é constituído por palavras de uso comum, aglutinadas e, portanto, marca fraca, a impedir se*

reconheça o direito exclusivo ao uso das palavras "PILLOW" e "MED", tanto que demonstrando que no INPI há inúmeras marcas diferentes, registradas na classe 20, que contém o termo "Pillow" e o termo "Med" no radical ou no sufixo da marca.

Ainda que a autora seja titular da marca nominativa "Pillowmed", para o fim específico de integrar palavra-chave em algoritmo, a circunstância de se tratar de marca fraca é altamente relevante, exatamente porque impediria que terceiros fizessem uso de palavras de uso comum na composição de palavras-chave em correspondência ampla na ferramenta Google Ads.

Portanto, demonstrado que as palavras que compõe o elemento nominativo da marca da autora constituem termos utilizados para descrever as características e qualidades do produto ou do serviço prestado no mercado, não se pode garantir a exclusividade pretendida"

Pela sucumbência, a autora foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, além da verba honorária, fixada em 10% do valor da causa. (fls. 329/335).

Inconformada, a autora BIOMEDYCUR vem apelar, insistindo que restou configurada a prática de concorrência desleal no momento em que a corrê ORTOBELO utilizou a marca "Pillowmed" de forma expressa no Google, ainda que na pesquisa orgânica (fls.355/372).

Recurso processado e respondido (fls.

380/385; 386/440).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 503).

É o relatório.

Em relação à correção GOOGLE, o recurso não comporta provimento.

De início, importante esclarecer que o serviço de busca ofertado pela GOOGLE pode ser prestado por meio 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.

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. E o anunciante que for mais acessado, aparece em primeiro lugar porque, dentro daquele perfil de usuário, é considerado como melhor "ranqueado" ou "preferido".

3) “**GOOGLE SHOPPING**”: ferramenta que permite 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.

No caso em debate, a autora BIOMEDYCUR diz que as rés praticam concorrência desleal, pegando carona na marca “PILLOWMED”, de modo a induzir o consumidor a erro, prejudicando a sua imagem e seu nome.

Argumenta que, quando o consumidor acessa o site da GOOGLE e digita a palavra “PILLOWMED”, aparecem vários anúncios da corre ORTOBELO, por meio de seus domínios www.filhao.com.br, www.colchaoherval.com, www.lojasantosandira.com.br e www.moveisplus.com.br, em nítida prática de uso indevido de marca, concorrência desleal e conduta parasitária.

Pois bem. Que há concorrência e, portanto, interesse das empresas em captar mais clientes, isso ninguém duvida. E nessa prática, todos ganham, e muito!! É a regra do mercado.

Ocorre que, em relação à corre ORTOBELO, verifica-se que esta, de fato, praticou atos de concorrência desleal.

Cabe lembrar que a concorrência desleal

caracteriza-se pelo desvio de clientela, por meio do uso indevido de mecanismos que induzem o consumidor à confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

É o que ocorre, por exemplo, com a reprodução ou imitação de uma característica do título de estabelecimento, nome comercial ou marca de um produto ou serviço.

Tal prática pode afetar ou reduzir o valor de uma marca ou denominação empresarial na respectiva classe de atuação, vez que pode ser associada a empresas que prestem serviços ou comercializem produtos de qualidade duvidosa ou inferior àquelas que já ostentem bons indicativos.

Com isso, existe a possibilidade de o consumidor se confundir ou vincular uma marca à outra, como se fosse do mesmo grupo empresarial ou econômico, gerando prejuízo ao titular do registro ou da patente.

Além disso, a distinção da marca deve estar aliada a *anterioridade* e a *especificidade*. A *anterioridade* corresponde ao seu uso com precedência, em que a exteriorização se perfaz de modo pioneiro; e a *especificidade* é a identificação de uma marca com um tipo específico de um produto ou serviço.

Demonstrada a conjunção desses fatores pode o titular da marca ou patente buscar a tutela jurisdicional para suspender ou interromper o seu uso indevido, além da reparação pelas perdas financeiras e danos morais, em virtude da prática da concorrência parasitária, caracterizada pelo desvio de clientela, diluição e reputação da marca e/ou nome empresarial, nos termos dos arts. 130, 207 e 209, Lei n. 9.279/1996.

É o que ficou demonstrado no caso em apreço.

Isso porque, além do fato de as partes explorarem o mesmo ramo de atividade, verifica-se dos “prints” colacionados a fls. 04/06, 30, 45/46 e 48, que a corrê ORTOBELO utilizou expressamente a marca da autora (“PILLOWMED”) em seus links e URL’s, o que é capaz de gerar confusão no mercado consumidor e desvio de clientela:

O Preço De Colchao De Casal Pillowmed até 40% Off no Filhao.com.br
<https://www.filhao.com.br/o-preco-de-colchao-de-casal-pillowmed/> ▼
Oferta de O Preço De Colchao De Casal Pillowmed com até 40% Off e Frete Grátis! Aproveite e compre O Preço De Colchao De Casal Pillowmed com em 10x sem juros no Filhao.com.br.

www.colchaochervai.com » colchao-de-casal-pillowmed... ▼
Colchao De Casal Pillowmed Quero Saber O Valor é na Loja ...
Caso a busca Colchao De Casal Pillowmed Quero Saber O Valor não tenha gerado nenhum resultado, tente refazer sua consulta alterando os termos da busca, ...

www.lojasantocandira.com.br » colchao-de-casal-pillowmed... ▼
Colchao De Casal Pillowmed Quero Saber O Valor é na Loja ...
Você buscou por Colchao De Casal Pillowmed Quero Saber O Valor, caso sua busca não seja satisfatória acesse nossa página de atendimento e entre em ...

Assim, nesse contexto, considerando que restou clara a prática de concorrência desleal, não se pode negar a ocorrência de dano moral.

Isso porque, para que este reste configurado, há que se considerar a lesão à honra objetiva da pessoa jurídica, ou seja, situações que atinjam sua imagem e nome comercial, como sucede, por exemplo, nos casos de protesto de títulos, anotações em serviços de proteção ao crédito, divulgações de fatos que maculem o nome da empresa perante a sociedade etc.

Na lição de MIRNA CIANCI, “a honra subjetiva diz respeito à dignidade, decoro e autoestima, exclusiva do ser humano. A pessoa jurídica, criação de ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida da honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva. Essa questão passou, portanto, pela análise da natureza do dano sofrido, excluídos desde logo os sentimentos humanos, como a dor, o sofrimento, a angústia etc. Ainda se verificou que não poderia ser a pessoa jurídica vítima de dano moral por força de injúria, que se refere à honra subjetiva, ou ainda de calúnia, porque pressupõe a prática de crime. Mas restou, para essa doutrina, a possibilidade de reconhecimento da indenizabilidade extrapatrimonial em decorrência da difamação, por ter sido atingida a boa fama e reputação da empresa, por exemplo. Restringiu, portanto, ao dano à imagem a possibilidade de ressarcimento de ordem moral. Entenda-se, portanto, por honra objetiva aquela que, externa ao sujeito, tenha por objeto de preservação a admiração, o apreço, a consideração que terceiros dispensam à pessoa, “refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade, comum à pessoa natural e à jurídica”. (...) O Superior Tribunal de

Justiça com frequência abona a tese, sendo ilustrativo o julgado que decidiu que “a pessoa jurídica não pode ser ofendida subjetivamente. O chamado dano moral que se lhe pode afligir é a repercussão negativa sobre sua imagem. Em resumo: é o abalo de seu bom nome” (“O valor da reparação do dano moral”, Saraiva, 2013, pp. 43 e ss).

Mais. “Embora a pessoa jurídica não tenha honra subjetiva, porquanto esta somente a pessoa física a pode possuir, ela possui honra objetiva, que repousa, em última análise, no conceito público de boa fama e imagem comercial. Logo, pode sofrer dano moral e este pode se refletir nos seus negócios, resultando em adversidades econômicas decorrentes, eventualmente, de abalo de crédito, evasão de clientela ou redução de negócios” (Nehemias Domingos de Melo, “Dano Moral – Problemática, Do Cabimento à Fixação do Quantum” – 2ª ed. – São Paulo: Ed. Atlas – 2011 – p. 27).

Na hipótese dos autos, a violação da honra objetiva reside no fato de a corrê ORTOBELO ter utilizado indevidamente a marca da autora para atuação exatamente no mesmo ramo de atividades, de modo a lesar a própria identidade da marca, gerando confusão no mercado consumidor e desvio de clientela.

A esse respeito, o STJ já se pronunciou no sentido de que o dano moral é **presumido**:

“RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. USO INDEVIDO DE MARCA DE EMPRESA.

SEMELHANÇA DE FORMA. DANO MATERIAL. OCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO. DANO MORAL. AFERIÇÃO. IN RE IPSA. DECORRENTE DO PRÓPRIO ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO PROVIDO.

1. A marca é qualquer sinal distintivo (tais como palavra, letra, numeral, figura), ou combinação de sinais, capaz de identificar bens ou serviços de um fornecedor, distinguindo-os de outros idênticos, semelhantes ou afins de origem diversa. Trata-se de bem imaterial, muitas vezes o ativo mais valioso da empresa, cuja proteção consiste em garantir a seu titular o privilégio de uso ou exploração, sendo regido, entre outros, pelos princípios constitucionais de defesa do consumidor e de repressão à concorrência desleal.

2. Nos dias atuais, a marca não tem apenas a finalidade de assegurar direitos ou interesses meramente individuais do seu titular, mas objetiva, acima de tudo, proteger os adquirentes de produtos ou serviços, conferindo-lhes subsídios para aferir a origem e a qualidade do produto ou serviço, tendo por escopo, ainda, evitar o desvio ilegal de clientela e a prática do proveito econômico parasitário.

3. A lei e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhecem a existência de dano material no caso de uso indevido da marca, uma vez que a própria violação do direito revela-se capaz de gerar lesão à atividade empresarial do titular, como, por exemplo, no desvio de clientela e na confusão entre as empresas, acarretando inexorável prejuízo que deverá ter o seu quantum debeat, no presente caso, apurado em liquidação por artigos.

4. Por sua natureza de bem imaterial, é ínsito que haja prejuízo moral à pessoa jurídica quando se

constata o uso indevido da marca. A reputação, a credibilidade e a imagem da empresa acabam atingidas perante todo o mercado (clientes, fornecedores, sócios, acionistas e comunidade em geral), além de haver o comprometimento do prestígio e da qualidade dos produtos ou serviços ofertados, caracterizando evidente menoscabo de seus direitos, bens e interesses extrapatrimoniais.

5. **O dano moral por uso indevido da marca é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera comprovação da prática de conduta ilícita, revelando-se despendianda a demonstração de prejuízos concretos ou a comprovação probatória do efetivo abalo mora**” (REsp. 1.327.773-MG, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 28/11/2017) (g/n).

Dessa forma, levando-se em conta as circunstâncias fáticas debatidas, bem como a necessidade de repressão à prática de atos semelhantes pela corrê **ORTOBELO**, fixa-se a indenização por danos morais em R\$ 40.000,00, conforme pleiteado, com a atualização a partir da publicação do acórdão e acrescido dos juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

GOOGLE. Já em relação à corrê GOOGLE, o recurso não comporta provimento.

Isso porque, não compete a ela exercer o controle prévio ou a fiscalização do conteúdo (lícito ou ilícito) do anúncio do produto.

A Lei n. 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 (ex.: NET, VIVO, CLARO etc.), como se infere do art. 5º, V, MCI.

O provedor de “aplicação”, 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 n. 12.965/2014.

Nesse passo, o art. 19 da Lei n. 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**”.

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. Diante disso, 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 (§ 1º do art. 19, MCI).

No caso vertente, a conduta da corré GOOGLE não constitui "violação de marca" (art. 130, III, LPI) e "crime de concorrência desleal" pelo desvio fraudulento de clientela (art. 195, III, LPI), como alega a autora.

Nos contratos celebrados entre o vendedor e a GOOGLE, é certo que existe proibição, prévia e abstrata, de que produtos irregulares (ex.: entorpecente, armas etc.) ou que violem normas regulatórias (ex.: medicamento de uso restrito conforme a ANVISA) não podem ser anunciados.

Mas, como regra, não compete à GOOGLE exercer o filtro prévio e subjetivo do que é ou não permitido, uma vez que ela apenas relaciona as empresas que anunciam.

Segue-se que, se eventualmente um vendedor esteja comercializando indevidamente produtos da autora, em violação de marca ou concorrência desleal, aí sim, tem-se 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.

Quer dizer, na espécie, caberia à autora, antes de tudo, identificar o infrator, o respectivo endereço virtual por meio da URL (“UNIFORM RESOURCE LOCATOR”, ou localizador de recursos) e a prática do delito. Após, verificada a concorrência desleal, expede-se a ordem de abstenção no sentido de tornar “indisponível o conteúdo apontado como infringente” (art. 19, MCI).

Além disso, os fatos apontados na inicial se referem à ferramenta “**GOOGLE SHOPPING**”. De se notar, ainda, que o uso dessa ferramenta se deu apenas pelos sítios eletrônicos www.moveisplus.com.br e www.filhao.com.br, sendo certo que os demais sites de titularidade da ré ORTOBELO (www.colchaoherval.com e www.lojasantossandra.com.br) apenas aparecem na busca orgânica (fls. 47 e 78).

Como dito, o “GOOGLE SHOPPING” trata-se de mecanismo de busca pelo qual o consumidor tem acesso a uma “**vitrine 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 com as empresas “americanas”, “shoptime” e “submarino”).

É outra forma de anúncio, pela qual os anunciantes apresentam seus produtos - não por texto ou palavras-chave -, mas sim por imagens, fotos, título, características, preço, cor, dimensão, disponibilidade e nome

do fornecedor, de modo a permitir que o consumidor compare as qualidades, facilidades e benefícios de cada produto, em cotejo com outro.

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 forma de chamar a atenção do interessado, técnica que nada tem de ilegal.

No presente caso, o serviço prestado pela GOOGLE se dá pela apresentação de 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 atividade 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 n. 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.

Por fim, se de ressaltar que a **propaganda comparativa**, não só atende à livre concorrência, como vai, mais uma vez, ao encontro das normas protetivas do 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, robora: “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 n. 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**” (g/n).

Quanto à ferramenta “GOOGLE ADS”, vem o destaque “PATROCINADO”, já avisando e alertando o usuário de que o anúncio é pago.

E a ferramenta “GOOGLE SHOPPING”, que é a questão central da causa, permite ao consumidor o acesso a uma “vitrine de lojas virtuais”, oferecendo diversos produtos — lado a lado - de marcas e características diferentes.

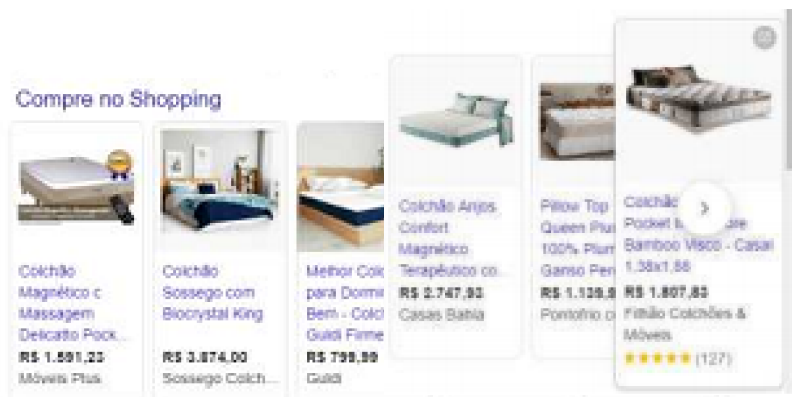
Se eventualmente um fornecedor ou vendedor estiver vendendo produto da marca da autora (“PILLOWED”), sem sua autorização ou licença, aí sim, pode-se cogitar da prática de crime (contra a marca e por

concorrência desleal, arts. 190 e 195, LPI).

Porém, o fato de no sistema de busca aparecerem vários outros produtos similares ou congêneres – lado a lado - aos da autora, permite ao interessado optar por um ou por outro, tudo dentro das normas de livre mercado.

Ademais, na propaganda (ou publicidade) comparativa, o que se veda é usar no veículo de divulgação expressões como "tipo", "semelhante" ou "idêntico" (art. 193, LPI), de modo a confundir o consumidor ou depreciar a marca de outra empresa.

Conforme se verifica dos documentos acostados, não há nada nos produtos anunciados pela corré ORTOBELO no "GOOGLE SHOPPING" que remetam à marca da autora (fls. 47 e 78):



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 AUTO-REGULAMENTAÇÃO 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, se 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” (g/n).

Por fim, é importante deixar registrado o contexto inédito, gravíssimo e assustador, pelo qual o Brasil e o mundo vêm passando, diante da pandemia causada pelo coronavírus (**pandemia de COVID-19**).

É fato notório que essa crise tem exigido o isolamento social, normatizado pelo art. 3º. da Lei n. 13.979/2020. Nesse cenário, as pessoas precisam adquirir alimentos, vestuário, produtos domésticos etc. - tudo por meio do comércio eletrônico – o que reforça a utilidade e a relevância da ferramenta “GOOGLE SHOPPING”.

Noutras palavras, o usuário, por meio do “GOOGLE SHOPPING”, tem acesso livre e gratuito aos vários produtos que o mercado oferece, de forma imediata, prática e econômica.

Em suma, em obediência aos princípios constitucionais da atividade econômica, notadamente o da livre concorrência e o da defesa do consumidor (art. 170, CF),

não se há falar em violação a direito marcário ou concorrência desleal, muito menos ofensa à garantia constitucional prevista no art. 5º, XXIX, CF.

Em conclusão, dou parcial provimento ao recurso para:

- a) condenar a corré **ORTOBELO** a se abster de utilizar a palavra “Pillowmed” em seus links ou URL’s, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, até o limite de R\$ 100.000,00 (cem mil reais);
- b) condenar a corré **ORTOBELO** ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 40.000,00, com a atualização a partir da publicação do acórdão e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação.

Por fim, pela sucumbência, a verba honorária sucumbencial, a cargo da corré **ORTOBELO**, é fixada em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §2º do CPC.

E considerando o trabalho adicional realizado pelo patrono da corré GOOGLE em grau recursal, os honorários advocatícios fixados na r. sentença devem ser majorados para 15% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Do exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao recurso.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SÉRGIO SHIMURA

Relator