

CONCORRÊNCIA DESLEAL E *AMBUSH MARKETING*: CONCEITO, CARACTERIZAÇÃO E QUESTÕES POLÊMICAS

DIAS, José Carlos Vaz. (LLM/PhD Kent). Professor Adjunto em Direito da Propriedade Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e sócio do escritório Vaz e Dias Advogados & Associados. Rua São Francisco Xavier, nº. 524, 7º. andar, bloco F, sala 7045 – Maracanã, RJ. CEP 20550-900. E-mail: jose.dias@vdav.com.br.

PEREIRA, Daniel Queiroz. Professor Adjunto de Legislação Social da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. E-mail: danielqueiroz.unirio@gmail.com.

FREITAS, João Paulo Sá de. Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Mestrando em Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. E-mail: jpsfreitas80@hotmail.com.

RESUMO

O escopo do presente trabalho consiste em realizar uma breve análise do marketing de emboscada ou *ambush marketing*, que é uma prática em que uma sociedade empresária procura associar-se indiretamente a um evento desportivo, social ou cultural, sem estar envolvido com o mesmo, para assim usufruir todos os benefícios da divulgação assegurados aos patrocinadores oficiais. Para tanto, empregou-se o método teórico-conceitual e descritivo-interpretativo, mediante a interpretação crítica dos principais aspectos observados em relação ao tema. A partir daí, foi possível concluir que o tema ganha cada vez mais relevância ante ao vertiginoso crescimento dos valores envolvidos nos patrocínios aos chamados megaeventos. Mais do que isso, constatou-se que, embora seja inegável que se faz necessária uma melhor delimitação dos requisitos ou elementos necessários à constatação do marketing de emboscada, sob o prisma legal, atualmente o Brasil dispõe de normas para combater tal prática. Exemplos disso são o Código Civil de 2002, que em seu art. 884 prevê a vedação ao enriquecimento sem causa, e a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº. 9.279/96), que prevê a proteção aos direitos relativos à propriedade industrial, mediante concessão de registro de marca e repressão à concorrência desleal (art. 2º), e através da previsão do crime de concorrência desleal (art. 195). Resta saber se, na prática, diante das incertezas que ainda permeiam o tema, tais diplomas legislativos serão suficientes e adequados para coibir o *ambush marketing*.

PALAVRAS-CHAVE: Marketing de emboscada; Propriedade industrial; Associação ilícita.

UNFAIR COMPETITION AND *AMBUSH MARKETING*: CONCEPT, CHARACTERIZATION AND POLEMIC ISSUES

ABSTRACT

The objective of the present paper is to draw a brief analysis of the ambush marketing, which is a practice adopted by an enterprise that seeks to get an indirect association with a sport, social or cultural event, without being really involved with it, as a way of getting the benefits of exposure assured to the official sponsors. For this purpose, it was used the theoretical-conceptual and descriptive-interpretative methods, by means of the critical interpretation of the main observed aspects concerning the theme. From this point, it was possible to conclude that the referred theme has become more and more relevant because of the growing investments in sponsorship in the so-called "mega events". More than this, it was possible to notice that, regardless the necessity of a better delimitation of the requirements or elements that enable the configuration of "ambush marketing", under the legal perspective, nowadays, Brazil has rules to fight against this practice. As examples, can be mentioned the Civil Code of 2002, that in its article 884 prohibits the unjust enrichment, and the Industrial Property Law (Law nº.

9.279/96), which enables the protection of the industrial property rights by means of the registration of trade and the repression to unfair competition (article 2º) and through the prevision of the crime of unfair competition (article 195). Doubt remains if, considering the uncertainties that surround the theme, the existing rules will be enough and adequate to restrain ambush marketing.

KEYWORDS: Ambush Marketing; Industrial property; Illicit Association.

INTRODUÇÃO

Marketing de emboscada, ou *ambush marketing*, é uma prática em que uma sociedade empresária procura associar-se indiretamente a um evento¹ desportivo, social ou cultural, sem estar envolvida com o mesmo, para assim usufruir todos os benefícios da divulgação assegurados aos patrocinadores oficiais. Trata-se de uma tentativa de usufruir do prestígio, *status* e valores de um evento ou ainda de criar a falsa impressão de uma legítima associação com o evento. Desse modo, constata-se que

Ambush marketing is not a legal category nor a

well circumscribed marketing practice. It is an expression invented by its victims/detractors. "Guerrilla marketing", "parasite marketing", "piggy-back marketing", "gorilla marketing" and in relation to TV broadcasts and digital means of communication, "viral marketing" are other expressions to describe the same practice. "Ambush" or "guerilla" have dramatic connotations to warfare and imply morally questionable behavior. These expressions are not neutral and contribute to the stigmatization of practices fought by the organizers of large sport events, such as the International Olympic Committee, FIFA and UEFA, to quote the most prominent only².

Sob o prisma econômico, consiste, pois, em uma relação ideal de custo/benefício para os *freeriders*, terceiros desautorizados que procuram usufruir de alguma forma dos efeitos econômicos do evento, já que proporciona máximo reconhecimento e visibilidade através da realização de um investimento mínimo³. Trata-se de uma tentativa de atrair a atenção do público, desviando-a do patrocinador oficial⁴.

¹O termo evento provém do latim *eventus* e admite diferentes acepções. Aqui foi empregue para referir-se a um acontecimento de relevo que está previamente programado.

²KOBEL, Pierre. *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, p. 04. Disponível em: < <http://www.ligue.org/publication.php?txxt=21&docc=3>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

³Sendler and Sheni definiram *ambush marketing* como "a planned effort (campaign) by an organization to associate themselves indirectly with an event in order to gain at least some of the recognition and benefits that are associated with being an official sponsor". SANDLER D.M., SHANI D. "Olympic Sponsorship vs. 'Ambush' Marketing: who gets the Gold?" in *Journal of Advertising Research*, Cambridge University Press, August/September 1989, pp. 09-11. Contudo, o *ambush marketing* não tem necessariamente como propósito fazer com que aquele que o pratica seja confundido com um patrocinador do evento. "From the viewpoint of the 'victim', what ends up being qualified as ambush marketing are situations of fact that cause some level of confusion as to the association of the ambusher with the event. **From the viewpoint of the ambush marketers, major sport events do naturally attract a lot of attention and therefore constitute excellent advertising opportunities**". KOBEL, Pierre. *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good? Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, p. 04. Disponível em: < <http://www.ligue.org/publication.php?txxt=21&docc=3>>. Acesso em: 23 abr. 2013. (Grifos nossos).

⁴"Ambush marketing is where companies not officially associated with an event ride on its popularity in an attempt to benefit from the publicity surrounding it. In essence, they try to hijack the public's attention towards themselves and away from the sponsor". CAHUDHRY, Rahul; e BHALLA, Shalika. "Ambush marketing and protection of IP" in *World Intellectual Property Review*, September/October 2009, p. 35.

Embora seja mais comum durante eventos esportivos, também pode verificar-se em outros contextos, como *shows* de música e desfiles de moda. Como exemplo, pode-se citar a exposição de tintura L'Oréal durante a transmissão da Semana de Moda da Lakmé, na Índia⁵.

Nos dias de hoje, o *ambush marketing* está presente até mesmo na mídia *on-line*,

where a party tries to sneakily host or advertise its link on a site that is very popular or continuously visited. Google must constantly monitor this practice specially where a search for one term also produces other results directing the user to sites not affiliated to the search, thus creating the misconception and confusion of some sort of association⁶.

Desse modo, a prática pode dar-se em três áreas principais: "advertising promotion; appropriation of the prestige and status of the event without the authorization of its organizers and its sponsors; and the creation of a false impression of legitimate association or participation in the event"⁷.

Na prática, para compreender o marketing de emboscada, é preciso observar a escalada vertiginosa no investimento e patrocínio a eventos, enquanto a tendência da propaganda de massa tradicional é a estagnação. Assim sendo, todo grande evento possui um patrocinador oficial, que paga um grande valor para ostentar essa condição, em troca de visibilidade, associando sua marca ao evento, dentro de suas táticas de *branding*. Isso gera um grande problema para as marcas concorrentes, que não têm condições de estar em evidência.

Basicamente dois fatores podem levar um empresário a optar pela emboscada: os altos custos das cotas de patrocínios dos eventos e a eventual impossibilidade de participar como patrocinador de um evento.

Quanto a sua origem, o marketing de emboscada foi visto pela primeira vez nas Olimpíadas de 1984. A Fujifilm era patrocinadora oficial dos jogos, mas a Kodak se valeu de comerciais na TV, mediante patrocínio a estações de televisão que cobriam o evento e à equipe americana de corrida.

Contudo, a criação da expressão deu-se no início dos anos 90, por obra do publicitário Jerry Welsh, presidente da *Welsh Marketing Associates*, com conotação positiva e fazendo alusão a uma saudável competição. Verificou-se, por exemplo, nos Jogos de Inverno de Lillehammer, na Noruega, em 1994, quando a VISA figurava como uma das patrocinadoras oficiais do evento e a rival AMERICAN EXPRESS lançou uma campanha publicitária com o seguinte *slogan*: "If you are travelling to Lillehammer, you will need a passport, but you don't need a visa"⁸.

Apresentadas a definição e a origem da expressão *ambush marketing*, buscar-se-á, neste breve trabalho, abordar os principais aspectos concernentes a esta figura, evidenciando a legislação aplicável ao tema, sua relação com a concorrência desleal e o direito antitruste, os limites a serem impostos para se assegurar a liberdade de expressão e evitar o marketing de emboscada, bem como apontar sugestões para futuros estudos.

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Atualmente, o Brasil dispõe de normas para combater o marketing de emboscada.

⁵Although mostly associated with sports events, any event can come under attack from ambush marketing – for example, L'Oréal hair colour ads appearing during the Lakme India Fashion Week broadcasts". CAHUDHRY, Rahul; e BHALLA, Shalika. "Ambush marketing and protection of IP" in *World Intellectual Property Review*, September/October 2009, p. 35.

⁶CAHUDHRY, Rahul; e BHALLA, Shalika. "Ambush marketing and protection of IP" in *World Intellectual Property Review*, September/October 2009, p. 36.

⁷MENDES, Paulo Parente Marques. "Brazil moves fast to fight ambush marketing" in *World Intellectual Property Review*, January/February 2010, p. 19.

⁸"A-Z of ambush marketing". Disponível em: <http://articles.economicstimes.indiatimes.com>. Consulta em: 20 de agosto de 2012.

A primeira a ser citada reside no Código Civil de 2002, que prevê, em seu art. 884, que "aquele que, **sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem**, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários" (Grifos nossos)⁹.

Desse modo, não há necessidade, para configuração do enriquecimento sem causa, de prejuízo direto para a parte lesada. O simples fato de se aproveitar do investimento alheio já é suficiente para se enquadrar na hipótese de enriquecimento sem causa¹⁰. No caso específico de violação a direitos de propriedade industrial, os arts. 209 e 210 da Lei de Propriedade Industrial, que será adiante melhor tratada, preveem a possibilidade de indenização pelos prejuízos sofridos e a título de lucros cessantes.

Segundo Paulo Parente Marques Mendes, as previsões do Código Civil podem ser utilizadas para combater o *ambush marketing*, especialmente aquelas referentes à responsabilidade civil e ao enriquecimento sem causa. Contudo, assevera o autor que tais disposições são genéricas e não descrevem, de forma precisa, os requisitos essenciais para combater o *ambush marketing*. Além disso, não abarcam todas as situações em que é possível evidenciar a ocorrência do marketing de emboscada e, conseqüentemente, não estabelecem sanções específicas para inibir tais práticas¹¹.

A Lei de Propriedade Industrial (Lei nº. 9.279/96), ao seu turno, prevê, no art. 2º, que a proteção aos

direitos relativos à propriedade industrial,

considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

III - concessão de registro de marca;

[...]

V - repressão à concorrência desleal.

Desse modo, a Lei de Propriedade Industrial permite a proteção de qualquer figura, símbolo ou elemento criativo, ainda que não registrado como marca¹², através da repressão à concorrência desleal, prevista inclusive como crime, conforme será melhor detalhado adiante. Ressalte-se, pois, que o crime de concorrência desleal pode se caracterizar pela reprodução/imitação ou não de marca registrada. O importante para se caracterizar a concorrência desleal será o risco de desvio fraudulento de clientes independente da forma aplicada. Insta, contudo, mencionar que uma abordagem ampla da questão concernente à violação marcária transcende os objetivos do presente artigo que, como já mencionado, busca evidenciar tão somente as práticas associadas ao marketing de emboscada.

É alvissareiro ainda salientar que o Brasil é signatário dos principais tratados para a harmonização internacional da proteção de propriedade intelectual: Convenção da União de Paris (CUP – Decreto n.º 75.572 de 8 de abril de 1975) e Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPs – Decreto n.º 1.355, de 30 de dezembro de 1994). Este último, em seu art.

⁹Para Orlando Gomes, há "enriquecimento ilícito" quando alguém, a expensas de outrem, que sofre um empobrecimento, obtém vantagem patrimonial sem causa, isto é, sem que tal vantagem se funde em dispositivo de lei ou em negócio jurídico anterior. Empobrecimento, para o referido autor, consiste em uma diminuição efetiva do patrimônio ou frustração de vantagem legítima, abarcando no conceito, portanto, a perda de uma chance. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

¹⁰Segundo Carlos Nelson Konder, os requisitos do enriquecimento sem causa são: "enriquecimento; a custa de outrem; e, sem causa. Ou seja, deve haver o efetivo proveito pecuniário, esse proveito deve ter sido às custas de investimento alheio, e sem razão que o justifique". KONDER, Carlos Nelson. "Enriquecimento sem causa e pagamento indevido" in TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações: estudo na perspectiva civil constitucional*. São Paulo: Renovar, 2005, pp. 369-399.

¹¹MENDES, Paulo Parente Marques. "Brazil moves fast to fight ambush marketing" in *World Intellectual Property Review*, January/February 2010, p. 20.

¹²MENDES, Paulo Parente Marques. "Brazil moves fast to fight ambush marketing" in *World Intellectual Property Review*, January/February 2010, p. 20.

50.2, estabelece que os países signatários devem criar medidas cautelares *inaudita altera parte* para atender a situações em que a demora da tutela jurisdicional tende a provocar dano irreparável ao titular do direito, ou situações em que exista risco comprovado de que as provas sejam destruídas. Nesse passo, a Lei nº. 9.279/96 previu, em seu art. 209, §§ 1º e 2º, que o juiz,

na ação em que se requer indenização por prejuízos decorrentes da violação de direitos de propriedade industrial, poderá determinar liminarmente a sustação da violação, bem como, nos casos de imitação flagrante de marca registrada, a apreensão e todas as mercadorias em que esteja aposta a marca falsificada ou imitada¹³.

A Lei Pelé (Lei nº. 9.615/98) assegura às entidades de administração do desporto ou prática desportiva a exclusividade de uso dos símbolos no âmbito esportivo e comercial. Nesse sentido, preleciona o art. 87 que:

A denominação e os símbolos de entidade de administração do desporto ou prática desportiva, bem como o nome ou apelido desportivo do atleta profissional, são de propriedade exclusiva dos mesmos, contando com a proteção legal, válida para todo o território nacional, por tempo indeterminado, sem necessidade de registro ou averbação no órgão competente.

Parágrafo único. A garantia legal outorgada às entidades e aos atletas referidos neste artigo permite-lhes o uso comercial de sua denominação, símbolos, nomes e apelidos.

Dessa maneira, a simples constituição de uma

entidade desportiva confere a propriedade sobre os símbolos e os nomes que a distinguem, independente de registro.

Além disso, a Lei Pelé não estabelece prazo para o perecimento dos direitos que ampara; entende-se que o direito das entidades esportivas sobre seus nomes e símbolos vigora enquanto estas permanecerem legalmente ativas.

Segundo assevera Paulo Parente Marques Mendes, a Lei nº. 9.615/98, também conhecida como Lei Pelé, proíbe o registro e a utilização de marca que utilize símbolos olímpicos, hinos ou slogans para qualquer propósito¹⁴.

Nesse passo, a Lei do Ato Olímpico (Lei nº. 12.035/09) confere proteção contra o uso específico, não autorizado, dos símbolos e expressões relacionados às Olimpíadas de 2016 e busca assegurar, aos órgãos internacionais, que o Brasil é capaz de conferir proteção à violação marcária, em relação às marcas e expressões ligadas às Olimpíadas.

Assim, preleciona que:

Art. 7º. É vedada a utilização de **quaisquer dos símbolos relacionados aos Jogos Rio 2016 mencionados no art. 6º** para fins comerciais ou não, salvo mediante prévia e expressa autorização do Comitê Organizador dos Jogos Rio 2016 ou do COI.

Art. 8º. A vedação a que se refere o art. 7º estende-se **à utilização de termos e expressões** que, apesar de não se enquadrarem no rol de símbolos mencionados nesta Lei, com estes possuam semelhança suficiente para provocar associação indevida de quaisquer produtos e serviços, ou mesmo de alguma empresa, negociação ou evento, com os Jogos Rio 2016 ou com o Movimento Olímpico (Grifos nossos).

¹³ABPI. "Documento – Marketing de Associação: o Brasil preparado para receber as Olimpíadas de Verão de 2016" in *Revista da ABPI*, nº 99, mar/abr 2009, p. 62.

¹⁴MENDES, Paulo Parente Marques. "Brazil moves fast to fight ambush marketing" in *World Intellectual Property Review*, January/February 2010, p. 20.

Acerca da Lei do Ato Olímpico, Ana Carolina Velloso Goulart espousa interessante posicionamento ao afirmar que

Se for levado em conta que a criação de instrumento legislativo para proteção das "propriedades olímpicas" é aspecto essencial para permitir a continuidade dos Jogos Olímpicos, cuja importância para o progresso da humanidade e para concretização dos objetivos da República Federativa do Brasil já foi explorada, o Ato Olímpico também realiza as normas constitucionais e nelas encontram validade.

Portanto, as normas que tratam do desporto olímpico e da sua regulamentação, incluindo-se nesse rol o Ato Olímpico Brasileiro, possuem respaldo constitucional, mais especificamente nos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos I e IV, 4º, inciso IX, e 217, caput e inciso IV, todos da Constituição Federal.

Por fim, quanto às regras do Ato Olímpico Brasileiro que tratam especificamente da proteção dos direitos da propriedade industrial - artigos 6º, 7º e 8º - a norma constitucional que as validam encontra-se delineada no artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, a qual determina que deve ser assegurada por lei a proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos¹⁵.

Ainda a respeito de sua intersecção com a Carta

Magna, a Lei do Ato Olímpico suscita outras questões, como, por exemplo, no que diz respeito à vedação absoluta do uso, para qualquer fim, da expressão *RIO 2016* e de tantas outras que podem vir a representar uma afronta aos direitos e interesses dos organizadores dos jogos e seus patrocinadores. Neste caso, se for aplicada a norma constitucional do art. 5º, inc. XXIX, da CRFB/88, ninguém poderá utilizar esta expressão, pois ela é protegida por lei como marca das Comissões Organizadoras dos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro. Por outro lado, caso se atenda às disposições dos arts. 5º, inc. IX e 170 da CRFB/88, a vedação absoluta do uso de determinadas expressões poderia atentar contra a livre iniciativa e a livre concorrência, o que levaria a crer que a regra em comento seria inconstitucional. Assim, diante das peculiaridades do caso concreto, caberá ao intérprete fazer escolhas fundamentadas entre os princípios e normas em testilha, sempre tentando preservar ao máximo o núcleo de cada princípio e norma em confronto através do método da ponderação e por força do princípio instrumental da unidade da "Constituição"¹⁶.

Insta salientar que o Brasil é signatário do Tratado de Nairóbi sobre a proteção de símbolos olímpicos, incorporado no ordenamento pátrio pelo Decreto nº. 90.129, de 30 de agosto de 1984:

Artigo 1
Obrigação dos Estados
Qualquer Estado que seja parte do presente
Tratado terá a obrigação, nos termos dos artigos 2

¹⁵GOULART, Ana Carolina Velloso. "O Direito Olímpico e a Propriedade Intelectual" in *Revista Eletrônica do IBPI*, nº 2, jul/10, pp. 111-112. Disponível em: www.ibpibrasil.org. Consulta em: 22 de agosto de 2012.

¹⁶GOULART, Ana Carolina Velloso. "O Direito Olímpico e a Propriedade Intelectual" in *Revista Eletrônica do IBPI*, nº 2, jul/10, p. 114. Disponível em: www.ibpibrasil.org. Consulta em: 22 de agosto de 2012. É digno de nota, pela própria contemporaneidade do tema, que o *London Olympic Games and Paralympic Games Act 2006* amplia o escopo do Ato Olímpico Inglês de 1995, que já conferia proteção a palavras e símbolos associados aos jogos, cobrindo dois novos grupos de palavras. "In assessing whether there is a likelihood of an 'association' and an infringement of the LOAR, the courts will look at any combination of two (or more) words from group 1), or a combination of one word (or more) from group 1) with one word (or more) from group 2. However, this is not an exhaustive list of what is not acceptable, and fundamentally **LOCOG has very wide ranging powers in order to prevent unauthorised 'association'**". MELBOURN ELLIS LLP. "Olympic symbols and trademarks". Disponível em: <http://www.mewburn.com/library/information-sheets/olympic-symbols-and-trade-marks-london-2012>. Consulta em: 24 de agosto de 2012 (Grifos nossos).

e 3, **de recusar ou invalidar o registro como marca e de proibir, por meio de medidas adequadas, o uso, como marca ou outro emblema com finalidades comerciais, de qualquer sinal que consista no símbolo olímpico ou que o contenha, tal como definido nos estatutos do Comitê Olímpico Internacional, exceto por meio de autorização do Comitê Olímpico Internacional.** A citada definição e a representação gráfica do símbolo mencionado encontram-se reproduzidas no Anexo (Grifos nossos).

Entretanto, tal proteção não será absoluta, pois o art. 2º do referido tratado estabelece os limites das obrigações assumidas pelos estados signatários, dentre as quais a que se refere ao uso de símbolos olímpicos nos meios de comunicação de massa com a finalidade de informações jornalísticas¹⁷.

Em alusão às referidas Leis (9.279/96, 9.615/98 e 12.035/09), afirma Paulo Parente Marques Mendes que é importante notar que o âmbito de proteção conferido por estes diplomas legais se restringe a um tipo específico de *ambush marketing*, em que se verifica uma reprodução não autorizada de marcas registradas, símbolos ou elementos relacionados a eventos esportivos. Entretanto, reconhece que a emboscada associativa ocorre através da utilização de outros métodos e não apenas em eventos esportivos¹⁸.

Em uníssono, ao comentar o marketing de

associação, afirma Ana Carolina Velloso Goulart que o Brasil está longe de possuir regras sólidas que regulamentem a modalidade, sendo que a licitude da prática de terceiros é definida casuisticamente. Cita, a título de exemplo, a questão concernente ao marketing de associação e os comerciais de TV. Nesse passo, salienta que a quantia aferida com a negociação dos direitos de transmissão dos Jogos Olímpicos constitui a fonte de renda mais importante para os organizadores dos jogos. Os canais de televisão pagam milhares de dólares pelos direitos de transmissão dos jogos e visam retorno financeiro superior ao investimento, com a venda de espaço publicitário durante a realização dos jogos. Embora não haja ilicitude, a compra desses espaços publicitários durante as competições, por determinado empresário que não seja patrocinador oficial, pode gerar na mente do público uma associação entre o anunciante e os jogos (como exposto alhures, em princípio, seria uma forma de *ambush marketing* incidental, na modalidade de *saturation ambush*¹⁹, desde que os anúncios não fizessem nenhuma alusão aos jogos). Assim sendo, indaga a autora: poderiam os organizadores dos jogos selecionar os anunciantes nos espaços publicitários que permeiam as competições olímpicas sob a alegação de que essa seria uma conduta inibidora de atos de concorrência desleal por associação indevida com os jogos? E, a partir desta provocação, assevera que não seria legítimo esse tipo de intervenção dos organizadores dos jogos em nome da proteção dos interesses dos patrocinadores oficiais.

¹⁷Decreto Legislativo nº. 21, 4 de junho de 1984

Artigo 2

Exceções à Obrigação

[...]

4. Nenhum Estado Parte do presente Tratado ficará obrigado a proibir o uso do símbolo olímpico quando esse símbolo for usado nos meios de comunicação de massa com a finalidade de dar informações sobre o movimento olímpico ou suas atividades".

¹⁸MENDES, Paulo Parente Marques. "Brazil moves fast to fight ambush marketing" in *World Intellectual Property Review*, January/February 2010, p. 20.

¹⁹Conforme já mencionado, trata-se da emboscada por saturação, que se verifica quando uma marca simplesmente aumenta sua publicidade e marketing no momento de um evento, mas não faz nenhuma referência ao evento em si. Seu objetivo parece ser simplesmente capitalizar sobre o aumento da atenção da mídia de transmissão e das audiências de televisão em torno do evento.

Ainda que se reconheça que patrocínio é a alavanca propulsora do evento olímpico, cuja realização promove várias normas constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e o progresso da humanidade, a medida restritiva aventada se sobreporia de maneira injustificada sobre as normas constitucionais que versam sobre a livre concorrência e a livre iniciativa, as quais indiretamente também promovem a dignidade da pessoa humana por meio da valorização do trabalho²⁰.

Não se pode, contudo, perder de vista que tais considerações acerca da incipiência da legislação pátria foram traçadas antes do advento da Lei Geral da Copa Lei nº. 12.663/12, que, em seus arts. 32 e 33, trata, respectivamente, do marketing de emboscada por associação e por intrusão:

Art. 32. Divulgar marcas, produtos ou serviços, com o fim de alcançar vantagem econômica ou publicitária, por meio de associação direta ou indireta com os Eventos ou Símbolos Oficiais, sem autorização da FIFA ou de pessoa por ela indicada, induzindo terceiros a acreditar que tais marcas, produtos ou serviços são aprovados, autorizados ou endossados pela FIFA.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa;

Art. 33. Expor marcas, negócios, estabele-

cimentos, produtos, serviços ou praticar atividade promocional, não autorizados pela FIFA ou por pessoa por ela indicada, atraindo de qualquer forma a atenção pública nos locais da ocorrência dos Eventos, com o fim de obter vantagem econômica ou publicitária:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.

Segundo Ana Carolina Velloso Goulart, os exemplos mais conhecidos de marketing de associação são²¹:

a) compra de espaço publicitário durante as transmissões das competições;

b) exibição de campanha publicitária nos arredores do estádio onde estão sendo realizadas as competições;

c) distribuição gratuita de material promocional da marca de empresa não patrocinadora dos jogos, o que transforma os consumidores em *outdoors ambulantes*²²;

d) uso de palavras que tenham associação com o evento esportivo;

e) distribuição de tíquetes para as competições dos jogos como prêmios em campanhas publicitárias;

f) patrocínio de atletas, times ou cidades ao invés de patrocínio do evento esportivo em si.

É digno de nota que também na Resolução da ABPI nº. 81/2012 houve a manifestação de apoio aos dispositivos ora reproduzidos, que já constavam do

²⁰GOULART, Ana Carolina Velloso. "O Direito Olímpico e a Propriedade Intelectual" in *Revista Eletrônica do IBPI*, nº 2, jul/10, p. 119. Disponível em: www.ibpibrasil.org. Consulta em: 22 de agosto de 2012.

²¹GOULART, Ana Carolina Velloso. "O Direito Olímpico e a Propriedade Intelectual" in *Revista Eletrônica do IBPI*, nº 2, jul/10, p. 117. Disponível em: www.ibpibrasil.org. Consulta em: 22 de agosto de 2012.

²²O curioso é que o TOP, plano de marketing do COI, não permite que os próprios patrocinadores dos Jogos Olímpicos exponham suas marcas no estádio e nem nas suas imediações.

Cria-se, portanto, uma situação de desvantagem para o próprio patrocinador, o qual se vê privado por contrato de expor sua marca nos locais de competição, enquanto seus concorrentes criam campanhas maliciosas para expor suas marcas.

Apesar de a atitude das sociedades empresárias não patrocinadoras oficiais ser condenável do ponto de vista concorrencial, é preciso chamar a atenção para a liberdade de expressão do público, caracterizado pelo direito de decidir o que vai usar no estádio ou que tipo de comida ou bebida vai consumir no estádio, sejam os itens de vestuário ou alimentação provenientes de patrocinadores oficiais ou não". GOULART, Ana Carolina Velloso. "O Direito Olímpico e a Propriedade Intelectual" in *Revista Eletrônica do IBPI*, nº 2, jul/010, p. 120. Disponível em: www.ibpibrasil.org. Consulta em: 22 de agosto de 2012.

Projeto de Lei nº. 2330/11, sob o argumento de que esta diferenciação seria benéfica, já que melhor esclarece os tipos penais e deixa claro que ambas as condutas são proibidas.

No que tange à proteção aos símbolos olímpicos e mascotes, deve-se destacar a Lei de Direitos Autorais (Lei nº. 9.610/98), no sentido de que cabe ao titular do direito autoral o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra. Nesta esteira, os seguintes dispositivos, *in verbis*:

Art. 7º. São **obras intelectuais** protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, **artísticas** ou científicas [...].

Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei **independe de registro**.

Art. 28. Cabe ao autor o **direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica**.

Desse modo, confere-se proteção legal às obras que não estejam amparadas pelo Tratado de Nairóbi, Lei Pelé e Lei da Propriedade Industrial, "tais como mascotes e outros símbolos que não sejam aqueles tradicionalmente usados em todas as olimpíadas, como medalhas, arcos olímpicos"²³.

Destaque-se ainda a atuação do Conar, que consiste em uma associação, constituída nos termos do art. 53 e seguinte do Código Civil, encarregada de fazer valer o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária²⁴. "Código esse que tem a função de zelar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses das partes envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor. A ideia foi inspirada a partir do modelo inglês de autorregulação publicitária²⁵".

O art. 31 do referido Código preleciona que:

Este Código condena os proveitos publicitários indevidos e ilegítimos, obtidos por meio de '**carona**' e/ou '**emboscada**', mediante invasão do espaço editorial ou comercial de veículo de comunicação. Parágrafo único. Consideram-se indevidos e ilegítimos os proveitos publicitários obtidos:

- mediante o emprego de qualquer artifício ou ardil;
- sem amparo em contrato regular celebrado entre as partes legítimas, dispendo sobre objeto lícito;
- sem a prévia concordância do veículo de comunicação e dos demais titulares dos direitos envolvidos (Grifos nossos).

Refere-se, portanto, ao marketing de associação, porém se limita a atos de marketing de associação

²³ABPI. "Documento – Marketing de Associação: o Brasil preparado para receber as Olimpíadas de Verão de 2016" in *Revista da ABPI*, nº 99, mar/abr 2009, p. 56.

²⁴"Em vigor desde 1978, o Conar já instaurou mais de 6 mil processos éticos e promoveu um sem-número de conciliações entre associados em conflito. Nunca foi desrespeitado pelos veículos de comunicação e, nas raras vezes em que foi questionado na Justiça, saiu-se vitorioso. Rápido e inimigo do excesso de formalismo, o Conar revela-se um tribunal capaz de assimilar as evoluções da sociedade, refletir-lhe os avanços, as particularidades, as nuances locais o que por certo inclui questões de marketing de associação. [...] O Conselho de Ética está dividido em seis câmaras, sediadas em São Paulo, Rio, Brasília e Porto Alegre e é formado por 180 conselheiros, entre efetivos e suplentes, recrutados entre profissionais de publicidade de todas as áreas e representantes da sociedade civil. Não participam do Conselho pessoas investidas em cargos públicos por nomeação ou eleições, bem como candidatos a cargo eletivo em qualquer nível. Todos trabalham para o Conar em regime voluntário". ABPI. "Documento - Marketing de Associação: o Brasil preparado para receber as Olimpíadas de Verão de 2016" in *Revista da ABPI*, nº 99, mar/abr 2009, p. 66.

²⁵ABPI. "Documento – Marketing de Associação: o Brasil preparado para receber as Olimpíadas de Verão de 2016" in *Revista da ABPI*, nº 99, mar/abr 2009, p. 66.

mediante invasão do espaço editorial ou comercial de veículo de comunicação.

Os preceitos básicos que definem a ética publicitária defendidas pelo Conar são:

a) todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro e respeitar as leis do país;

b) deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar diferenciações sociais;

c) deve ter presente a responsabilidade da cadeia de produção junto ao consumidor;

d) deve respeitar o princípio da leal concorrência;

e) deve respeitar a atividade publicitária e não desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta.

Por fim, no que diz respeito ao combate ao *ambush marketing*, Constanza Woltzenlogel indica algumas medidas preventivas que foram adotadas pelos organizadores dos grandes eventos esportivos com o escopo de minimizar especificamente os impactos do marketing de associação: (i) apoiar publicamente os patrocinadores, aumentando o valor agregado do patrocínio oficial; (ii) vincular contratualmente o patrocínio do evento com o patrocínio da transmissão (os patrocinadores do evento teriam preferência na veiculação de campanhas publicitária nos horários próximos dos jogos); (iii) controlar a venda e distribuição de *souvenirs* e de material publicitário nas imediações dos locais de competição; (iv) fiscalizar estabelecimentos comerciais para impedir a venda de produtos não licenciados que ostentem a marca do evento esportivo; (v) imprimir ingresso com cláusulas de adesão para obrigar contratualmente os adquirentes a não repassarem o ingresso de forma desautorizada, impedindo a distribuição desses ingressos como prêmios em campanhas de empresas não

patrocinadoras oficiais (promover campanhas educativas); e (vi) incentivar a edição de leis especiais visando a proteção das diversas "propriedades olímpicas"²⁶.

AMBUSH MARKETING E CONCORRÊNCIA DESLEAL

O marketing de emboscada pode, portanto, caracterizar-se pela reprodução/imitação de marca registrada. Neste passo, a Lei de Propriedade Industrial, conforme já referido, prevê, em seu art. 195, a hipótese do crime de concorrência desleal, sendo relevante para sua caracterização o risco de desvio fraudulento de clientes²⁷.

Para Carlos Alberto Bittar, os pressupostos da concorrência desleal são: "a) desnecessidade de dolo ou de fraude, bastando a culpa do agente; b) desnecessidade de verificação de dano em concreto; c) necessidade de existência de colisão; d) necessidade de existência de clientela; e) ato ou procedimento suscetível de repreensão²⁸".

A partir de tais pressupostos, ainda que se discuta que não há concorrência desleal por ausência de concorrência entre a atividade do anunciante e os organizadores do evento, pode-se arguir, conforme já visto, o enriquecimento sem causa.

Assim sendo, o anunciante incorre em prática de concorrência desleal, por ato de marketing de associação ilícito, quando age com culpa para criar potencial risco de gerar associação direta com o evento, quando tal associação não é devida.

Incorrerá, pois, em crime de concorrência desleal o anunciante que falsamente se coloca como patrocinador oficial do evento ou quando suas atitudes comerciais criarem o risco de os consumidores fazerem tal associação. Isso pode dar-se pelo uso não autorizado de marcas ou símbolos ou pela

²⁶WOLTZENLOGEL, Constanza. "Uma Breve Visita ao Marketing de Emboscada" in *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, vol. 84, set/out 2006, p. 38.

²⁷Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: [...] III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa".

²⁸BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria prática da concorrência desleal*. Atualizador Carlos Alberto Bittar Filho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 49.

hiperexposição de marcas que não sejam patrocinadoras oficiais em ambientes destinados aos patrocinadores oficiais. É alvissareiro salientar que não há necessidade de se comprovar a efetiva confusão no mercado, basta haver o risco de que aconteça. Neste particular, adquire especial relevo o crime do inciso III do artigo 195 da LPI, que é cometido pelo comerciante ao utilizar-se de afirmações mentirosas, dadas ao público consumidor com o intuito de desviar a clientela dos demais concorrentes²⁹.

Mais uma vez, Carlos Alberto Bittar elucida a questão, afirmando que, "na concretização da concorrência desleal, o ato ou procedimento de concorrência deve destacar-se das práticas normais dos negócios. Há de ser qualificado por ausências ou por despeito a preceitos de direito ou de moral, em função dos pressupostos enunciados³⁰".

O marketing de associação ilícito gera falsa ideia aos consumidores. Portanto, trata-se de prática comercial contrária aos usos honestos em matéria comercial que, conseqüentemente, consiste em prática de concorrência desleal.

Desse modo, percebe-se que o marketing de emboscada é revestido de questões relevantes para patrocinadores; organizadores, titulares das marcas e símbolos relacionados ao evento; e empresários interessados em fazer qualquer referência publicitária ao evento.

Assim, cabe aos organizadores do evento, em regra, esportivo, coibir essas práticas para proteger os investimentos que alguns seletos empresários fazem

através da compra de cotas de patrocínio, os quais pagam altas somas para terem o direito exclusivo de se associar ao próprio evento.

É notório que, sem os investimentos dos patrocinadores, não seria possível realizar eventos de monta. Isso significa que, se qualquer pessoa pudesse se associar livremente ao evento, não haveria porquê as empresas investirem em patrocínio e, conseqüentemente, colocar-se-ia em risco a realização dos jogos.

AMBUSH MARKETING E DIREITO ANTITRUSTE

O marketing de emboscada é mais comum durante eventos esportivos, e os esportes são diferentes das demais atividades no que concerne à aplicação das regras antitruste. O "mercado" dos esportes é parcialmente regido pelas "regras do jogo", uma vez que tais regras disciplinam a atividade esportiva em si e condicionam o mercado.

Além disso, os esportes são caracterizados pela interdependência entre times competidores, clubes ou atletas e por uma estrutura piramidal, que culmina em um campeonato mundial. Esta interdependência modifica a estrutura do mercado e dificulta a aplicação do Direito Antitruste. Assim, "the legal issue in terms of antitrust is always foreclosure of access to the market³¹".

Nesta seara, podem-se notar de forma clara duas espécies principais de conflitos: entre patrocinadores e entre federações e seus membros, sejam eles clubes, times ou atletas³².

²⁹DELMANTO, Celso. *Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: USP, 1975 apud DANNEMANN, *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 393.

³⁰ABPI. "Documento – Marketing de Associação: o Brasil preparado para receber as Olimpíadas de Verão de 2016" in *Revista da ABPI*, n° 99, mar/abr 2009, pp. 60-61.

³¹KOBEL, Pierre. *International Report on Question B : Ambush Marketing Too Smart to Be Good ?Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, p. 46. Disponível em: < <http://www.ligue.org/publication.php?txtt=21&docc=3>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

³²Não se pode perder de vista que, principalmente no segundo caso, serão suscitadas questões concernentes à liberdade de associação, consagrada no art. 5º, incs. XVII e XXI, da CRFB/88, e o grau de autonomia que deve ser reconhecido aos associados. Assim, para que se possa melhor compreender o tema cumpre definir associação e indicar os direitos que decorrem de tal liberdade. "Associação é – no dizer de Pontes de Miranda – 'toda coligação voluntária de algumas ou de muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim (lícito), sob direção unificante. Não está em causa a personalidade,



No primeiro caso, a discussão repousa na possibilidade de o organizador do evento impedir que um atleta ou time exiba o nome ou logotipo de seu próprio patrocinador. Tal prática teve início com Linford Christie, que apareceu, utilizando lentes de contato com o gato da PUMA, durante as Olimpíadas de Atlanta em 1996³³.

Ao contrário das normas *anti-doping*, e.g., que buscam assegurar uma conduta adequada a competições esportivas e a manutenção de uma rivalidade saudável entre atletas, a atribuição de exclusividade a algum patrocinador não é inerente à organização da competição esportiva nem necessária para assegurar que os eventos esportivos transcorram

adequadamente. "As a result, there is a strong probability that the restraint be subjected to antitrust rules. Similar arguments to those reviewed in the UEFA Champion's League would certainly be made in relation to the exclusive sponsorship rights with a view to obtain an exemption³⁴".

Já na hipótese de se verificar a existência de conflitos entre Federações e seus membros, sejam clubes, times ou atletas, a questão repousa na possibilidade de algum anunciante reclamar da exclusividade garantida ao anunciante oficial (patrocinador). Dois casos ilustram bem esta situação.

Em 7 de outubro de 1997, o Conselho Francês da Concorrência (*French Conseil de la Concurrence*)

cont. ³²nem sequer, certa capacidade indireta de direito [...], como a de receber benefícios (e.g., *modus*). Por outro lado, não pode invocar o princípio constitucional a pessoa jurídica que se proponha a associar-se a outras pessoas jurídicas, ou a pessoas físicas; nem a que deseje aderir ao negócio jurídico de associação'.

[...]

A liberdade de associação, de acordo com o dispositivo constitucional em exame, contém quatro direitos: *o de criar associação (e cooperativas na forma da lei)*, que não depende de autorização; *o de aderir a qualquer associação*, pois ninguém poderá ser obrigado a associar-se; *o de desligar-se da associação*, porque ninguém poderá ser compelido a permanecer associado; e *o de dissolver espontaneamente a associação*, já que não se pode compelir a associação a existir". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 266-267. Mais do que isso, a questão também se reflete na livre iniciativa e em outras garantias constitucionais, conforme será adiante detalhado.

³³A relação entre o uso de imagem de desportista e o *ambush marketing* se dá nos casos em que há conflito entre o patrocinador pessoal do atleta e o patrocinador oficial do evento ou do time. Em ambos os casos, via de regra, o patrocínio pessoal do atleta ficará prejudicado durante o evento. É o exemplo clássico de atletas que são patrocinados por um material esportivo mas atuam em equipes cujo fornecedor é outro. A ele só resta usar o calçado de seu patrocinador pessoal (quando o calçado não compõe o uniforme obrigatório da modalidade esportiva). Nesse tocante, vale destacar que o direito de arena (direito de transmissão do evento) não se confunde com o direito de imagem, porque o primeiro pertence à entidade de prática desportiva, enquanto o segundo pertence à pessoa natural. Assim, em caso de conflito entre o patrocinador pessoal do atleta e o patrocinador oficial de um time ou evento, este último fará jus à exposição e à associação com o atleta apenas no tocante ao direito de arena, não tendo licença para exploração da imagem do atleta além da sua exibição esportiva.

³⁴KOBEL, Pierre. International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good ?Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?, p. 47. Disponível em: < <http://www.ligue.org/publication.php?txtt=21&docc=3>>. Acesso em: 23 abr. 2013. Em relação aos jogos olímpicos, o COI (Comitê Olímpico Internacional), na tentativa de proteger seus patrocinadores, atualmente 12 no total, que pagam uma média de US\$ 750 milhões pela exclusividade no seguimento, editou, na última revisão da Carta Olímpica, a controversa regra de número 40, que diz: "Except as permitted by the IOC Executive Board, no competitor, coach, trainer or official who participates in the Olympic Games may allow his person, name, picture or sports performances to be used for advertising purposes during the Olympic Games." Há, claramente, uma tensão entre, de um lado, o COI, tentando defender os interesses de seus patrocinadores, e de outro lado, os atletas (sem os quais não há sentido a realização dos jogos) e seus patrocinadores pessoais. E diversos destes atletas, provavelmente quase todos, só conseguem competir em alto nível devido a esses patrocínios individuais que os acompanha ao longo de todo ciclo olímpico. É de se ressaltar que o COI não remunera os atletas para que esses possam competir nas Olimpíadas. Algumas Confederações, não todas, estabelecem premiações por metas alcançadas, porém, na maioria dos casos, ironicamente, o dinheiro que os atletas recebem é oriundo de premiações de patrocinadores individuais.

condenou a Liga Nacional de Futebol Francesa e a Adidas a pagarem uma multa, com base nos arts. 81 e 82 do Tratado de Roma, uma vez que, em abril de 1995, a referida liga decidiu modificar regras relativas aos campeonatos da primeira e segunda divisões, estabelecendo a obrigatoriedade de todos os times utilizarem uniformes Adidas (contrato de exclusividade de 5 anos) em troca de financiamento destinado a ela própria. Os outros anunciantes (fornecedores de material esportivo) aduziram reclamação perante o Conselho de Estado (*Conseil d'Etat*) e o já referido Conselho Francês da Concorrência (*French Conseil de la Concurrence*). Este último reconheceu a posição dominante da Adidas, tendo definido como mercados relevantes

the football outfit and the replicas market. On the French football shoes market, the "Conseil de la concurrence" stated that Adidas held a dominant position. In light of the public interest mission vested in the French National Football League it is not the principle of the agreement which was at stake but its contents, i.e. whether the clauses it contains had a restrictive object or effect. In light of 1) Adidas position on the market, 2) the fact that the agreement was not the outcome of a public tender, 3) its duration

foreclosing access to the market to Adidas' competitors, 4) the priority option given to Adidas at the end of the agreement (English clause allowing Adidas to match third parties' offers), and 5) the actual evidence of effects on the football clubs sponsorship decisions, the "Conseil de la concurrence" held that the agreement was illicit in the meaning a.o. of article 81 (85 at the time) of the Rome treaty. The option clause itself was held to be an abuse of a dominant position³⁵.

Outro caso consistiu na controvérsia entre a Liga de Futebol Nacional Americana (NFL) e o *Dallas Cowboys*, que negociaram, de forma independente, patrocínio com a Pepsi-Cola, em substituição à Coca-Cola, patrocinadora da própria NFL. Isto significava uma ameaça direta à hegemonia da NFL, uma vez que o *Dallas Cowboys* sinalizava que desejava negociar sem a interferência da liga. "legally speaking, the dispute had antitrust implications because the NFL Properties contract could be held as a restraint of trade. To our knowledge, the case was settled³⁶".

A partir desses casos, percebe-se que reclamações só serão admitidas quando for cerceada a oportunidade de algum anunciante/patrocinador competir³⁷. A princípio, apenas neste caso, poder-se-ia cogitar de

³⁵KOBEL, Pierre. *International Report on Question B : Ambush Marketing Too Smart to Be Good ?Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, pp. 47-48. Disponível em: < <http://www.ligue.org/publication.php?txxt=21&docc=3>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

³⁶KOBEL, Pierre. *International Report on Question B : Ambush Marketing Too Smart to Be Good ?Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, p. 48. Disponível em: < <http://www.ligue.org/publication.php?txxt=21&docc=3>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

"These are the conclusions apparently reached by the Commission in relation to the exclusive sponsorship agreement notified by the Danish Tennis Federation. As long as the selection process is open, based on objective criteria and the duration of the exclusivity limited, the mere fact of conceding exclusive rights to a limited number of sponsors appears to be licit. According to the notified agreement, Penn Slazenger and Tretorn tennis balls had the exclusivity in Denmark for three years on all competitions organized by the Danish tennis Federation. The official sponsors were entitled to apply a sticker on their packaging indicating 'DTF Official Balls' and to promote them as 'selected by' or 'approved by' the Danish Tennis Federation. The use of other brands were formally prohibited by the Danish Tennis federation and if a match within a tournament was not played with an 'Official Ball', the match was declared lost for the party who suggested not to use the selected balls. After the Commission notified a statement of objections a number of changes were made. The prohibition on the use of other brands and related sanctions were abandoned. All manufacturers were entitled to bid and the best bid would win. Contracts were made for



violação à liberdade de associação e de trabalho e à livre iniciativa, esta última prevista no art. 170 da CRFB/88, mesmo em se tratando de relações entre particulares, já que os direitos fundamentais produzem eficácia imediata e irrestrita, o que provoca a eficácia nas relações privadas, ou seja, a aplicabilidade do artigo 5º, § 1º da CF não se restringe somente ao Poder Público, mas também se aplica às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. O Texto Constitucional, ao prescrever que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", não delimita ou restringe sua atuação, isto é, não há óbice à aplicação dos direitos fundamentais em qualquer relação, seja ela pública, mista ou privada.

LIMITES PARA ASSEGURAR A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EVITAR O *AMBUSH MARKETING*

Em nossa "Constituição", o princípio da liberdade aparece como objetivo da República (art. 3º, I) e objeto de proteção em diversos dispositivos que dão materialidade positiva expressa aos itens XVIII e XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Dentre os diversos vetores, desde a menção no preâmbulo, passando pela cláusula pétrea inserta no artigo 5º, caput, e nos demais incisos, o constituinte originário registrou as liberdades de expressão intelectual criativa (científica ou artística) e da manifestação do pensamento no rol dos direitos fundamentais, e entre o capítulo que regula a Cultura e a Comunicação Social.

É inequívoco que as marcas, além de distinguir os produtos e serviços, muitas vezes se tornam expressão de um comportamento, de uma causa, de uma forma de pensamento, seja através de manifestações externas como a moda, seja pelos valores fundamentais que

cada sinal distintivo carrega consigo, presente em diversas manifestações culturais como cinema, música e artes visuais.

Nessa zona cinzenta entre a liberdade de expressão em sentido amplo, e no direito de exclusividade de exposição de marca dos grandes patrocinadores de megaeventos, evitando o *ambush marketing*, é que se encontra o choque de interesses.

Sendo a liberdade de expressão um valor assegurado pela "Constituição" da República como cláusula pétrea esculpida no art. 5º, inciso IX, ela só encontrará limitações quando exercida com abuso e em conflito com valores também constitucionalmente protegidos, não havendo fórmula pré-determinada de solução, sendo necessária uma análise casuística, através da técnica da ponderação.

Como conceitua Denis Barbosa, "o registro de marcas resulta na apropriação de uma expressão ou símbolo visual, extraído do universo das potencialidades semiológicas um determinado complexo significativo, cujo uso torna-se exclusivo ao titular para determinados contextos"³⁸.

Portanto, numa eventual colisão com a liberdade de expressão, é de se examinar qual o "contexto" que está sendo atingido, uma vez que a proteção marcária é garantida, com fundamento constitucional inclusive, mas, atendendo a uma finalidade específica e sempre de acordo com sua função social, havendo expressa previsão, no artigo 132, IV, da Lei 9.279/96 que: "O titular da marca não poderá: IV – impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo."

Sendo assim, o caso concreto é que dirá se o que se tem é uma manifestação livre da expressão do indivíduo, que, via de regra, sempre prepondera, ou,

cont.³⁷one year only and the 'Official Sticker' was abandoned. As a result was exempted". KOBEL, Pierre. *International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good ?Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?*, p. 49. Disponível em: <<http://www.ligue.org/publication.php?txtt=21&docc=3>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

³⁸BARBOSA, Denis. "Sobre a noção jurídica e econômica de marca". Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/notamarca1.pdf>. Consulta em: 31 de agosto de 2012.

se há uma ação de *ambush marketing* orquestrada por concorrentes dos grandes patrocinadores, casos esses em que se vê um abuso do direito da liberdade de expressão, sendo o caso mais evidente o ocorrido na Copa do Mundo de Futebol realizada na África do Sul em 2010, uma cervejaria holandesa, concorrente mundial da patrocinadora oficial, mandou diversas modelos, apenas para atrair os holofotes da mídia, que usavam um vestido laranja, sem nenhuma marca, porém, que era distribuído gratuitamente pela cervejaria na compra de um *pack* de seus produtos³⁹.

CONCLUSÃO E SUGESTÕES PARA NOVOS ESTUDOS

O presente estudo se debruçou sobre o *ambush marketing*, que consiste em uma estratégia de propaganda para tirar proveito publicitário invadindo um evento ou espaço de um veículo de comunicação sem amparo contratual dos organizadores e sem arcar com os custos dos patrocinadores oficiais, seja pela impossibilidade de competir financeiramente, seja porque só se admite um patrocinador por segmento. O tema ganha relevância ante ao vertiginoso crescimento dos valores envolvidos nos patrocínios aos chamados megaeventos.

Contudo, é inegável que se faz necessária uma melhor delimitação dos requisitos ou elementos necessários à constatação do marketing de emboscada, o que se acredita só será possível mediante a realização de outros estudos. A par da necessidade de tal delimitação e da insegurança que, em alguma medida, dela decorre, é digno de nota que, sob o prisma legal, atualmente, o Brasil dispõe de normas para combater o marketing de emboscada.

A primeira a ser citada reside no Código Civil de 2002, que prevê, em seu art. 884, a vedação ao enriquecimento sem causa.

A Lei de Propriedade Industrial (Lei nº. 9.279/96), ao seu turno, prevê, no art. 2º, a proteção aos direitos relativos à propriedade industrial mediante concessão

de registro de marca e repressão à concorrência desleal. Este último expediente adquire especial relevo no art. 195 da referida lei, que prevê como crime de concorrência desleal o emprego de meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem.

É alvissareiro ainda salientar que o Brasil é signatário dos principais tratados para a harmonização internacional da proteção de propriedade intelectual: a Convenção da União de Paris (CUP – Decreto nº. 75.572 de 8 de abril de 1975) e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPs – Decreto nº. 1.355, de 30 de dezembro de 1994).

Mais do que isso, a Lei Pelé (Lei nº. 9.615/98) assegura às entidades de administração do desporto ou prática desportiva a exclusividade de uso dos símbolos no âmbito esportivo e comercial, e a Lei do Ato Olímpico (Lei nº. 12.035/09) confere proteção contra o uso específico, não autorizado, dos símbolos e expressões relacionados às Olimpíadas de 2016. Além disso, busca assegurar, aos órgãos internacionais, que o Brasil é capaz de conferir proteção à violação marcária, em relação às marcas e expressões ligadas às Olimpíadas. Neste particular, cumpre ainda ressaltar que o Brasil é signatário do Tratado de Nairóbi sobre a proteção de símbolos olímpicos, incorporado no ordenamento pátrio pelo Decreto nº. 90.129, de 30 de agosto de 1984.

Por fim, no que tange à proteção aos símbolos olímpicos e mascotes, deve-se destacar a Lei de Direitos Autorais (Lei nº. 9.610/98), no sentido de que cabe ao titular do direito autoral o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra. Desse modo, confere-se proteção legal às obras que não estejam amparadas pelo Tratado de Nairóbi, Lei Pelé e Lei da Propriedade Industrial.

Resta saber se, na prática, diante das incertezas que ainda permeiam o tema, tais diplomas legislativos

³⁹Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/futebol/copa-do-mundo/holanda/noticia/2010/06/holandesas-acusadas-de-publicidade-ilegal-sao-detidas-na-africa-do-sul.html>. Consulta em: 03 de setembro de 2012.

serão suficientes e adequados para coibir o *ambush marketing*. A Lei nº. 12.035/09, por exemplo, busca evitar a "associação indevida de quaisquer produtos e serviços, ou mesmo de alguma empresa, negociação ou evento, com os Jogos Rio 2016 ou com o Movimento Olímpico" (art. 8º). Tal modalidade de associação está definida, no art. 32 da Lei Geral da Copa, como sendo aquela que, por meio direto ou indireto, tenta criar algum tipo de vínculo com um grande evento, sem pagar cotas de patrocínio para tal, conforme anteriormente exposto. A dúvida que aqui permanece é se será possível, em cada caso em que for suscitada a prática de marketing de emboscada por associação, realizar-se uma análise adequada, à luz de definição tão genérica, sem que isso represente uma mácula, principalmente, à livre iniciativa.

Insta também salientar que, na esfera extrajudicial, adquire relevo a atuação do Conar, que consiste em uma associação encarregada de fazer valer o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. O art. 31 do referido Código condena os proveitos publicitários indevidos e ilegítimos, obtidos por meio de "carona" e/ou "emboscada", mediante invasão do espaço editorial ou comercial de veículo de comunicação.

Analisou-se ainda, no presente trabalho, como o *ambush marketing* se relaciona com a concorrência desleal, o direito antitruste e a associação ilícita pelo uso de marca e sinais protegidos.

Aqui se percebeu que o marketing de emboscada é mais comum durante eventos esportivos e os esportes são diferentes das demais atividades no que concerne à aplicação das regras antitruste. Como já dito, o "mercado" dos esportes é parcialmente regido pelas "regras do jogo", uma vez que tais regras disciplinam a atividade esportiva em si e condicionam o mercado. É também digno de nota que os esportes são caracterizados pela interdependência entre times competidores, clubes ou atletas e por uma estrutura piramidal que culmina em um campeonato mundial. Essa interdependência modifica a estrutura do mercado e dificulta a aplicação do Direito Antitruste. Desse modo, reclamações com base na legislação antitruste só serão admitidas quando for cerceada a oportunidade

de algum anunciante/patrocinador competir.

Além disso, restou evidenciado a atual tensão entre os atletas e os organizadores dos eventos, no que toca ao uso da imagem dos desportistas, que competem gratuitamente e são impedidos de expor seus patrocinadores pessoais, que os acompanham e remuneram durante todo o ciclo de preparação, possibilitando o desempenho em alto rendimento, em detrimento dos patrocinadores oficiais, que pagam valores milionários pela exclusividade e tornam um evento dessa magnitude possível.

Por fim, buscou-se estabelecer algumas balizas para o estabelecimento de limite entre a liberdade de expressão, protegida por dispositivo constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, tanto na dimensão substantiva como instrumental, e o *ambush marketing*, quando essa liberdade é usada como escudo por empresas concorrentes, que buscam burlar a exclusividade dos patrocinadores oficiais através de ações publicitárias que usam expectadores locais para atrair a atenção da mídia. Nesta seara, o caso concreto é que dirá se o que se tem é uma manifestação livre da expressão do indivíduo, que, via de regra, sempre prepondera, ou se há uma ação de *ambush marketing* orquestrada por concorrentes dos grandes patrocinadores.

Referências

"**A-Z of ambush marketing**". Disponível em: <http://articles.economicstimes.indiatimes.com>. Consulta em: 20 de agosto de 2012.

ABPI. "Documento – Marketing de Associação: o Brasil preparado para receber as Olimpíadas de Verão de 2016." **Revista da ABPI**, n. 99, mar/abr 2009.

BARBOSA, Denis. "**Sobre a noção jurídica e econômica de marca**". Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/notamarca1.pdf>. Acesso em: 31 de ago. de 2012.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. "Liberdade de

Expressão, Internet e Signos Distintivos". **Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual**, v.3, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria prática da concorrência desleal**. Atualizador Carlos Alberto Bittar Filho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

CAHUDHRY, Rahul; BHALLA, Shalika. "Ambush marketing and protection of IP." **World Intellectual Property Review**, Sep./Oct. 2009.

CHADWICK, Simon BURTON, Nicholas. "The evolving sophistication of ambush marketing: A typology of strategies." **Thunderbird Int'l Bus Rev**, n.53, 2011.

DIAS, José Carlos Vaz; GARROTE, Camila Garcindo Dayrell. "**Ambush marketing**: conceito, aspectos jurídicos e suas conseqüências". Disponível em: http://www.cursodireitodoentrenimento.com/uploads/4/5/6/4/4564731/ambush_marketing_junho_2012_uerj.pdf. Acesso em: 24 de ago. 2012.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOULART, Ana Carolina Velloso. "O Direito Olímpico

e a Propriedade Intelectual." **Revista Eletrônica do IBPI**, n. 2, jul/10. Disponível em: www.ibpibrasil.org. Acesso em: 22 de agosto de 2012.

KOBEL, Pierre. **International Report on Question B: Ambush Marketing Too Smart to Be Good ?Should Certain Ambush Marketing Practices Be Declared Illegal and If Yes, Which Ones and Under What Conditions?** Disponível em: < <http://www.ligue.org/publication.php?txtt=21&docc=3>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

MELBOURN ELLIS LLP. "Olympic symbols and trademarks". Disponível em: <http://www.mewburn.com/library/information-sheets/olympic-symbols-and-trade-marks-london-2012>. Acesso em: 24 de agosto de 2012.

MENDES, Paulo Parente Marques. "Brazil moves fast to fight ambush marketing." **World Intellectual Property Review**, Jan./Feb., 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WOLTZENLOGEL, Constanza. "Uma Breve Visita ao Marketing de Emboscada." **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, v. 84, set/out. 2006.

RECEBIDO EM 17/7/2013

ACEITO EM 22/5/2014