

# A doutrina da concorrência

Denis Borges Barbosa (2002)

<b>A DOCTRINA DA CONCORRÊNCIA.....</b>	<b>1</b>
A RAIZ NA CONCORRÊNCIA .....	2
<i>Uma teoria da concorrência</i> .....	2
O fenômeno da liberdade agressiva .....	2
<i>O espaço da concorrência</i> .....	3
Existência de competição .....	3
Concorrência e direitos exclusivos.....	4
Direitos da concorrência e direitos de exclusividade: cumulação ou alternativa?.....	5
Atualidade da competição .....	6
Concorrência sobre um mesmo produto o serviço .....	6
Concorrência e rivalidade .....	8
Definição geográfica da concorrência.....	8
<i>Direito público e direito privado do concorrência</i> .....	8
CONCORRÊNCIA DESLEAL .....	9
Jurisprudência: o caso “Area Preta” .....	10
Jurisprudência: concorrência como liberdade .....	11
Concorrência desleal e consumidor .....	11
<i>Condições de concorrência</i> .....	12
Um parâmetro concreto e factual .....	12
Deslealdade, boa fé, abuso de direito e atos excessivos .....	13
Deslealdade e meio fraudulento ou insidioso.....	14
Listagem de atos e noção de deslealdade.....	14
Deslealdade, geografia e especialidade.....	15
<i>Concorrência desleal e concorrência interdita</i> .....	16
OS ATOS DE CONCORRÊNCIA DESLEAL NA LEI EM VIGOR .....	17
Ilícito civil .....	17
<i>Atos denigratórios</i> .....	17
<i>Atos confusórios</i> .....	18
<i>Atos contra as relações de trabalho</i> .....	18
<i>Atos contra o direito ao sigilo</i> .....	18
Sigilo de testes de toxidade.....	19
<i>Falsa afirmação de exclusiva</i> .....	19
<i>Competência do INPI e Concorrência Desleal</i> .....	19
Bibliografia: Concorrência Desleal.....	21
CONCORRÊNCIA INTERDITA: RESTRIÇÕES CONVENCIONAIS .....	22
<i>Impossibilidade da restrição ilimitada</i> .....	22
<i>Restrição de concorrência de empregado</i> .....	22
<i>Cessão de Estabelecimento</i> .....	23
<i>Restrições no contrato social e na compra e venda</i> .....	23
<i>Requisitos de Validade</i> .....	23
<i>Cláusulas de exclusividade</i> .....	24
<i>Restrições à concorrência e abuso do poder econômico</i> .....	24
Bibliografia complementar: a doutrina da concorrência .....	25
Bibliografia complementar: Direito Antitruste .....	27

## **A raiz na concorrência**

Como se viu na introdução a este livro, a proteção jurídica da Propriedade Intelectual se funda na tutela da posição do titular do direito na concorrência <sup>1</sup>. Mesmo no caso dos direitos autorais, onde a questão concorrencial pareceria menos flagrante, a prevalência da indústria cultural marca como *big business*, altamente concorrencial, o que poderia ser a autêntica tutela dos bens do espírito e dos direitos personalíssimos dos criadores <sup>2</sup>.

## **Uma teoria da concorrência**

Num sistema jurídico em que haja *liberdade de iniciativa*, ou seja, acesso juridicamente livre à atividade econômica, e *livre concorrência*, ou seja, autolimitação do Estado em face da prática privada desta mesma atividade, surge um espaço de proliferação de interesses econômicos *sem condicionamento primário de Direito*. Determinado no contexto histórico da Revolução Francesa, estas liberdades têm reflexão direta no direito vigente <sup>3</sup>.

Exercidos de forma razoável e compatível com a expectativa dos que ingressam e praticam a atividade econômica, não haverá intervenção do Estado, repressiva, modificativa ou de incentivo: um espaço menos de direito, que de liberdade <sup>4</sup>.

### O fenômeno da liberdade agressiva

A emulação, competição agressiva, mas leal, entre os agentes econômicos, é o pressuposto da utilidade social da concorrência. Os tribunais repetem este óbvio da ciência econômica.

Assim, como já dissemos, não há ilícito no dano que faz um concorrente a outro, na estrita obediência das regras do jogo competitivo. Gerando produto de tecnologia superior, ou a menor preço, um concorrente pode, e mesmo deve, alijar o outro do mercado, para o bem comum.

---

1 Vide sobre a questão Antonio Fonseca, Concorrência e Propriedade Intelectual, Revista da ABPI, Nº 36 - Jan. /Fev. 1997.

2 Interessante demonstração do uso dos direitos autorais como forma de abuso de concorrência são os repetidos casos judiciais e administrativos envolvendo as agências arrecadoras. A Suprema Corte Americana já decidiu que “The copyright laws confer no rights on the copyright owners to violate the antitrust laws” (A lei autoral não faculta aos titulares de direitos autorais violarem a lei antitruste) *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting Services*, 441 U.S. 1, 19 (1979). Vide Chisum e Jacobs, *Understanding Intellectual Property*, p. 4-229. Com base neste precedente e em outros, o Município do Rio de Janeiro insurgiu-se, em procedimento administrativo proposto perante a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, contra abuso praticado na cobrança de direitos autorais, obtendo provimento administrativo.

3 Lei de 2 e 17 de março de 1791: “il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d’exercer telle profession, art ou métier qu’elle trouvera bon (...). Carta de 1988, art. 5o. XIII: é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Art. 170. (...) observados os seguintes princípios: (...) IV - Livre Concorrência.

4 Julgou o Tribunal de Grande Instância de Estrasburgo em 17 de novembro de 1992: “Il faut rappeler qu’en matière commerciale la libre concurrence est de principe. Cette concurrence n’est répréhensible et dommageable qu’au cas où elle s’exercerait de façon déloyale”. Code de Propriété Intellectuelle, Litec, p. 3.

Nota Paul Roubier <sup>5</sup>, em sua obra clássica, que a liberdade de competir é uma *liberdade civil*:

“Cette liberté comporte normalement des discussions et des luttes, en vue de fixer les intérêts des uns et des autres ; dès lors, se trouve incluse, dans le fonctionnement même de cette liberté, la possibilité de causer des dommages à autrui ; il ne peut en être autrement, puisque le législateur est parti du principe, cher aux économistes libéraux, que la lutte entre les intérêts particuliers, par le triomphe des plus aptes, est le meilleur moyen de servir le progrès général de la société »

## O espaço da concorrência

No multifário crepitar das atividades econômicas, para que haja concorrência entre agentes econômicos é preciso que *exista efetivamente concorrência*, e se verifiquem três identidades:

- que os agentes econômicos *desempenhem* suas atividades *ao mesmo tempo*
- que as atividades se voltem para o mesmo produto ou serviço
- que as trocas entre produtos e serviços, de um lado, e a moeda, de outro, ocorram num mesmo mercado geográfico.

### Existência de competição

O primeiro elemento a se considerar, ao pesar uma hipótese de concorrência, é se ela *existe*. No caso específico da repressão à concorrência desleal, a existência de concorrência é um *prius* inafastável: não há lesão possível aos parâmetros adequados da concorrência se nem competição existe.

Mais ainda: esta competição tem de estar sendo efetivamente exercida para ser relevante. Dois competidores nominais que não se agridem não podem alegar deslealdade na concorrência.

A elaboração doutrinária e jurisprudencial quanto aos *crimes* de concorrência desleal ilumina este requisito básico, não menos necessário na vertente civil:

“Todos os crimes em questão pressupõem nos sujeitos ativo e passivo a qualidade de concorrentes, e somente são puníveis a título de dolo, ora específico, ora genérico”. <sup>6</sup>

“596 - Sujeito ativo e sujeito passivo são necessariamente concorrentes, atuais ou futuros, no exercício do comércio, da indústria ou da profissão (RT 197/98, 242/377, 306/436). Sobre a relação de concorrência ou situação de competição, cf. Delmanto, ob. cit., 21. O crime é próprio. Sujeito ativo, como sempre, será pessoa física, em geral integrante ou responsável por firma ou empresa, que pratique em seu nome ação delituosa. Embora possa o crime ser cometido por empregados ou prepostos, segundo a regra geral e os princípios que regem o concurso de agentes (RF 106/134) é indispensável que apresentem certa autonomia e capacidade de deliberação em nome da sociedade. Sujeito passivo será a pessoa jurídica” <sup>7</sup>.

“(…) Apenas podem perpetrar as infrações ora cuidadas aqueles que exerçam uma concorrência, pois, para que competição desonesta, exista, preciso se faz que haja, antes, a

---

<sup>5</sup> Paul Roubier, *Le Droit de la Propriété Industrielle*, Sirey, 1950, p. 527.

<sup>6</sup> Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. VII/381

<sup>7</sup> Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, 9ª ed., vol. I/530,

própria concorrência.

Assim, o sujeito ativo deverá ser um concorrente, já que a disputa não é apenas pressuposto da infração, mas, sim, elemento integrante do seu tipo legal. O não rival pode praticar um ato desleal, mas não um ato de concorrência desleal. Em razão da mesma exigência - uma rivalidade - o sujeito passivo deverá ser também um concorrente.

São, portanto, crimes próprios os de concorrência desonesta, posto que só o competidor os pode empreender; são, ainda, crimes bipróprios, pois tanto o autor, como o ofendido, precisam, ambos, ter a capacidade penal e a qualidade especial de competidores. Se não existir tal atributo em um deles, estará faltando um elemento típico: não haverá adequação ao modelo, em razão da carência da exigida condição especial do agente ou da vítima. Na palavra de Néelson Hungria, “todos os crimes em questão pressupõem nos sujeitos ativo e passivo a qualidade de concorrentes. (...)”

A conexão concorrencial de fato não é apenas a presente. Também a futura, ou potencial, permite que se integre a relação. (...) Ou, no reverso, ser vítima de um competidor ilegal”.<sup>8</sup>

### Concorrência e direitos exclusivos

Nos casos em que a concorrência é afetada por uma exclusividade legal – marca registrada, patente concedida, desenho industrial registrado (e examinado...), direito autoral, cultivar registrado – o exercício do direito independe de efetividade de concorrência, pois um dos atributos mais fragrantemente da exclusividade em propriedade intelectual é exatamente essa. Nesses casos (com exceção, como veremos, das marcas registradas) é irrelevante se o infrator é ou não competidor, e se está ou não em competição efetiva com o titular do direito.

De outro lado, a análise da concorrência é sempre crucial em todos os casos relativos à propriedade intelectual. Não só pela pertinência para a definição das indenizações em caso de violação – pois o dano a ser considerado deve ser sempre efetivo. É obviamente inconstitucional, por ofensa ao *substantive due process of law*, as fixações *forfaitaires* (o valor de X exemplares) de penalidades, como no caso do direito autoral ou de cultivares. Mas também pela própria circunscrição do direito exclusivo, como ocorre no caso de patentes que não são violadas no caso de um uso *não comercial* – embora se possam imaginar usos comerciais fora da concorrência, difícil é conceber um uso não comercial por um concorrente. Outros impactos da concorrência real sobre a estrutura ou exercício dos direitos poderiam ser facilmente compilados.

Como nota Gama Cerqueira:

“a proteção das denominações sociais não pressupõe necessariamente o elemento “concorrência”, circunstância que apenas influi *para agravar a possibilidade de confusão*”<sup>9</sup>

No caso das marcas registradas, por efeito do princípio da especialidade, a análise da concorrência é sempre e em todos os casos indispensável. A confundibilidade das marcas como símbolo só é pertinente na proporção em que o consumidor passe a adquirir um produto de terceiro pensando que é do titular, ou pelo menos induzido pela memória genérica da marca deste. Ou seja, a *especialidade* da marca é elemento central do direito exclusivo.

Abandonada a idéia de que a marca registrada se exerce numa *classe* (vide o capítulo e

---

<sup>8</sup> Celso Delmanto, Crimes de Concorrência Desleal, p. 21,

<sup>9</sup> João da Gama Cerqueira, parecer constante na Revista dos Tribunais vol. 249/37

seção específica sobre a especialidade dos signos distintivos) a definição do direito passa assim pela análise da efetiva concorrência, em especial pela noção de substituibilidade de produtos e de serviços.

Verdade é que a questão das marcas não se reduz a esse fator singular; a projeção de outros elementos da concorrência material no mercado pertinente também são relevantes na proteção da marca: por exemplo, o fato de que outros concorrentes – ainda que não o titular - têm padrões de comercialização que compreendem os produtos A, B, e C, mesmo se o titular só o tenha em A, pode causar que a especialidade da marca abranja os segmentos B e C. Assim, são os parâmetros *da concorrência objetiva* e não só da competição envolvendo pessoal e subjetivamente o titular que são relevantes para a especialidade.

#### Direitos da concorrência e direitos de exclusividade: cumulação ou alternativa?

Uma questão interessante é se a existência de direito exclusivo exclui as pretensões relativas à concorrência desleal; se o *magis* da exclusividade exclui o *minus* da tutela à concorrência. Embora se encontrem eminentes argumentos neste sentido, fato é que a concorrência desleal (técnica ou metaforicamente) se acha correntemente cumulada na jurisprudência dos nossos tribunais. Tal se dá, especialmente, levando em conta os aspectos que excedem aos limites do direito exclusivo, ou como agravante da lesão de direito abstrata.

De outro lado, é corrente – e perfeitamente adequada – a arguição de concorrência desleal em certas situações em que o direito exclusivo não tenha condições de se exercer: elementos de criação não suscetíveis de direito autoral, marcas não registradas, etc.

Como regra, nestes casos o que cabe repressão é ao risco de confusão ou denigração, e não a proteção substantiva da criação tecnológica, do signo distintivo, ou da criação intelectual em si mesma.

Não se pode exercer, em particular, a tutela da concorrência desleal em situações em que a própria Constituição veda a constituição de interesses, como no caso de patentes extintas, ou direitos autorais no domínio público, onde – acima de qualquer interesse privado de concorrência – existe um interesse público na circulação e uso livre das informações tecnológicas e das criações estéticas. Neste caso, o interesse público impera, mesmo porque o interesse privado já foi plenamente satisfeito, segundo o balanceamento de interesses sancionado constitucionalmente.

Outro interessante aspecto da análise da concorrência é no conflito de duas exclusividades, hígdas e inatacáveis, resultantes, por exemplo, de títulos nulos mas cuja desconstituição se acha prescrita, ou entre títulos cuja exclusividade é legalmente limitada (nomes empresariais), ou ainda entre títulos jurídicos diversos (marca e nome comercial).

Nestes casos, a existência de concorrência real e do conflito exige solução judicial, e os critérios de anterioridade ou outros que a jurisprudência elaborar, serão aplicados mas somente *uma vez que tal lide se configure como lesão de concorrência*. Como nota julgado do TJRS, para se sancionar com proibitória o conflito de dois títulos vigentes e válidos, é preciso “situações de mesmo lugar, confusão manifesta, prejuízo evidente, concorrência de alguma forma, concorrência desleal, aproveitamento de situações e motivação de uso, mesmo ramo de negócios e outros incidentes viáveis”.

### Atualidade da competição

O primeiro requisito, de *atualidade* da competição, em seu conteúdo de efetividade e de temporalidade, é particularmente relevante para a doutrina da concorrência desleal. Para que haja comportamento competitivo reprovável, à luz deste capítulo da Propriedade Intelectual, é necessário que haja atualidade na concorrência.

Na análise do Direito Antitruste, é pertinente a *concorrência virtual*, ou seja, a possibilidade de que novos agentes econômicos possam superar as barreiras de entrada num mercado, nele ingressar e competir efetivamente (v.g., após um aumento de preços...).

Essa concorrência virtual assim atua:

“A condição de entrada, ou altura da barreira à entrada em uma indústria, pode em teoria tender a influenciar a conduta e o desempenho de mercado de duas formas. Em primeiro lugar, coloca um limite de longo prazo para os preços de venda que as firmas estabelecidas podem escolher não exceder de modo a impedir a entrada. Esta é uma possibilidade distinta se a indústria é oligopolística e se as firmas estabelecidas são grandes o suficiente para levar em conta os efeitos das suas políticas de preço sobre a entrada. Em segundo lugar, a decisão das firmas estabelecidas de exceder o preço limite induzirá a entrada, aumentará a produção da indústria e provavelmente tenderá no longo prazo a impedir que aquele preço seja excedido. Assim, de ambas as formas, a força da competição potencial, medida pelas condições de entrada, influencia a conduta de mercado e o desempenho.”<sup>10</sup>

Assim, no direito antitruste se considera como ator da concorrência mesmo aquele que não se propõe a competir no momento considerado, desde que *tenha condições de concorrer*. Não ocorre coisa assim na tutela jurídica da concorrência desleal. O que se verifica, no máximo, com base no interesse potencial de entrar no mercado, é a sanção de comportamento agressivo de agente econômico, na iminência ou com o propósito de ingressar na competição<sup>11</sup>.

Note-se, no entanto, que, em particular no tocante a signos distintivos, tem a propriedade industrial desenvolvido a noção de *parasitismo* (veja-se abaixo), ou seja, a ilicitude da utilização de uma oportunidade concorrencial *em espaços onde o utilizador original não compete*. Tal noção, que se baseia em parte na idéia de uma concorrência virtual, em parte numa proteção genérica contra o enriquecimento sem causa, também aparece no tocante à doutrina da *apropriação ilícita* de meios de posicionamento na concorrência (veja-se também abaixo).

### Concorrência sobre um mesmo produto o serviço

A concorrência, para ser relevante para a propriedade intelectual (inclusive e principalmente, para a repressão à concorrência desleal) é preciso que se faça sentir em relação a um mesmo produto ou serviço.

---

<sup>10</sup> Joe Bain and David Qualls, *Industrial Organization: A Treatise*, JAI Press Inc. 1987, Pp. 23, como citado no Ato de Concentração CADE 83/96.

<sup>11</sup> Recurso extraordinário criminal 116089-RJ. Ministro Sydney Sanches Julgamento: 1989/03/07 DJ data-30-06-89 pg-11651 Ementário do STF vol-01548-02 pg-00401 EMENTA: A concorrência desleal pode ocorrer, em tese, até mesmo quando alguém, como concorrente potencial, queira prejudicar a outrem, que, já atuando na mesma área, lhe possa afetar os interesses futuros. E pouco importa que tais concorrentes, um em potencial, outro já atuante, integrem empresas vinculadas. R.E. conhecido e provido para destrancamento da ação penal. Votação: unânime. Resultado: conhecido e provido.

A identidade objetiva pressupõe uma análise de utilidade do bem econômico: haverá competição mesmo se dois produtos sejam dissimilares, desde que, na proporção pertinente, eles atendam a algum desejo ou necessidade em comum. Assim, e utilizando os exemplos clássicos, a manteiga e a margarina, o café e a chicória, o álcool e a gasolina. É necessário que a similitude objetiva seja apreciada em face do consumidor relevante <sup>12</sup>.

Também na análise antitruste, a perspectiva do consumidor é primordial para definição da substituíbilidade:

Assim, a delimitação do mercado relevante predominante leva em consideração critérios de consumo, uma vez que as preferências dos consumidores são determinantes da substituíbilidade dos produtos entre si. <sup>13</sup>

Note-se que a análise da concorrência não se faz exclusivamente no tocante à satisfação da utilidade em tese; produtos que tem a mesma aplicação prática simplesmente não colidem, por se destinarem a níveis diferentes de consumo. Vê-se do teor do acórdão do caso Hermès, transcrito logo acima:

“porque a própria autora, em sua réplica, item 6, fl. 185, tivera como duvidosa a identidade entre os produtos de sua comercialização e os explorados pela ré: também se afigura duvidoso se os produtos de fabricação de sua casa-matriz francesa (da ré, ora apelante), ilustrados no catálogo de fls. 149/182, por seu notório e indiscutível grau de sofisticação, são conhecidos por uma parcela maior dos consumidores locais do que os artigos identificados com a marca Hermes', registro n. 209.695 (doc. de fls. 68), de titularidade da autora”.

Assim, ainda que as duas interessadas no mesmo signo distintivo (Hermes e Hermès) tivessem objetos sociais parcialmente coincidentes, os segmentos de consumo eram tão diversos, que nem mesmo a alegação de aproveitamento de fama do titular do signo mais famoso bastaria para superar a distância dos respectivos mercados.

Nota Bodenhausen, falando sobre a aplicação do art. 10 bis da Convenção de Paris:

What is to be understood by “competition” will be determined in each country according to its own concepts: countries may extend the notion of acts of unfair competition to acts which are not competitive in a narrow sense, that is, within the same branch of industry or trade, but which unduly profit from a reputation established in another branch of industry or trade and thereby weaken such reputation”. <sup>14</sup>

---

12 \* "A semelhança gráfica, a identidade de natureza fonética e a similitude nos ramos da atividade comercial, que possam provocar confusão entre o público consumidor, caracterizam concorrência desleal e ensejam abstenção de uso. (TJESP, AC nº 107.127-1-SP, de 9.03.89, in RJTJSP/LEX-119/235-238). \* Mandado de segurança - marca comercial - o registro de marca deve obedecer aos requisitos de distinguibilidade, novidade relativa, veracidade e licitude. Buscam, além disso, evitar repetições ou imitações que levem terceiros, geralmente o consumidor, a engano. De outro lado, cumpre observar a natureza da mercadoria. Produtos diferentes, perfeitamente identificáveis e inconfundíveis, podem, porque não levam aquele engano, apresentar marcas semelhantes. Rel. Ministro Liz Vicente Cernicchiaro, por unanimidade, conceder o mandado de segurança. \*Tribunal de Justiça de São Paulo Ementa. Propriedade industrial - Marca - Proteção - Uso da marca La Rochelle por um restaurante e por uma panificadora e confeitaria - Gênero comercial da alimentação - Possibilidade de gerar confusão entre os consumidores - Registro pertencente ao restaurante - Ação procedente - Recurso não provido. Apelação Cível n. 222.281-1 - São Paulo - 21.02.95 Apelante: La Rochelle Paes e Doces Ltda - Apelada: Saint Thomás Restaurante Ltda. \* Propriedade industrial - Marca - Abstenção de uso - Inadmissibilidade - Laboratório médico e de análises clínicas - Impossibilidade de confusão pelo usuário - Atividades, ademais, requisitadas por profissionais da área que sabem distinguir a especialidade de uma e outra - Recurso não provido. (Relator: Jorge Tannus - Apelação Cível n. 206.846-1 - Santo André - 09.06.94)

<sup>13</sup> Ato de Concentração CADE 27/95 (Caso Colgate-Kolynos), voto da relatora.

<sup>14</sup> Guide to the Paris Convention, Genebra, 1969, p. 144.

### Concorrência e rivalidade

Deve-se manter sempre em vista, além disso, que a competição relevante para a propriedade intelectual se faz entre *empresas*, tomadas aí como um ente algo mais vasto do que a definição do novo Código Civil <sup>15</sup>, mas não a ponto de compreender a rivalidade entre clubes de futebol e igrejas, ou entre um cantor lírico e outro. A liberdade tutelada é da *iniciativa* e da *concorrência empresarial*.

### Definição geográfica da concorrência

A fixação do mercado pertinente depende de fatores geográficos, tecnológicos e principalmente históricos. Uma padaria, especializada em pão francês, atenderá seu bairro, não competindo com outra em bairro distinto; uma pizzaria de entrega a domicílio terá um mercado maior. O mercado de açúcar, com maior ou menor influência das barreiras alfandegárias, tem escala internacional. Os tribunais têm aceito tal fixação como elemento primário de análise <sup>16</sup>.

A Comissão Européia define o mercado geográfico relevante, para efeitos de análise antitruste, como “o território no qual as empresas interessadas intervêm na oferta e procura de produtos ou serviços, no qual as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e em que as condições de concorrência são substancialmente distintas das prevalentes em territórios vizinhos.” <sup>17</sup>

Tal definição geográfica, crucial quando se apura a concorrência desleal, diminui de importância na proporção em que o interesse jurídico em questão tem seus limites geográficos definidos por lei, e não pelo fato da efetiva concorrência. Assim, seja qual o mercado pertinente, uma marca registrada terá proteção nacional, e o nome comercial o do estado ou estados pertinentes. No entanto, não se eliminará sua importância mesmo nesses casos, já que – por exemplo - quando se analisa a efetiva lesividade de uma violação dessa marca, o mercado efetivo, e não o legal, será tudo como parâmetro, sob pena do ataque ao *due process of law*, vedado pelo art. 5º da Carta da República.

### **Direito público e direito privado do concorrência**

A tutela jurídica deste espaço de liberdade compreende dois aspectos principais. O primeiro, que se volta aos limites da liberdade de cada um daqueles que exercem a atividade econômica, traça as fronteiras do comportamento de cada um em face dos demais; mas como não existe um *direito* ao espaço concorrencial (salvo no caso de monopólios jurídicos ou direitos de exclusiva, como patentes) a tutela é de razoabilidade.

Não se pode frustrar a *expectativa razoável de receita futura*, resultante do padrão

---

<sup>15</sup> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

<sup>16</sup> "Empresas com atividades idênticas e sediadas no mesmo território não podem usar denominações semelhantes, por induzir a clientela à confusão e possibilitarem a concorrência desleal. (TJESP, AC nº 106.046-2-SP, de 11.06.86, in RJTJSP/LEX-103/214-215);

<sup>17</sup> Ato de Concentração CADE 27/95, voto da relatora.

concorrencial pertinente. O comportamento inaceitável perante as práticas usuais da parcela do espaço concorrencial é vedado pelo Direito. Difícil como é no plano conceptual, tal tutela, não de direitos (interesse jurídicos), mas de interesses razoáveis, tem encontrado pacífica proteção no Direito dos vários países.

Igualmente é suscetível de tutela a expectativa razoável de receita futura componente do *fundo de comércio*, por exemplo, no caso das locações comerciais. Afirma-se, assim, já agora como um *direito subjetivo*, os benefícios assegurados na teia concorrencial pela atividade econômica próspera e socialmente útil, *mesmo em face da propriedade*.

O outro aspecto da tutela jurídica do espaço concorrencial é de caráter objetivo: não se visa regular o *comportamento* dos agentes, mas a própria existência da teia de liberdades. Assim, regula-se a atividade do próprio Estado, para que se conserve a concorrência possível entre os agentes privados, e assegura-se que haja uma pluralidade de agentes, em dimensão e poder compatíveis com a subsistência de uma competição.

Nesta última faceta da tutela da concorrência, certas práticas e comportamentos são também relevantes como índices de excesso de poder (ainda que nem sempre *abuso*); mas é a objetividade do espaço concorrencial, e não a *culpa* ou qualquer outro desvio de comportamento dos agentes, que é o objeto primordial da tutela.

Assim, a tutela jurídica da concorrência tem sua dimensão de direito privado, que vem sendo historicamente o objeto do segmento da Propriedade Intelectual denominado *concorrência desleal* e, na proteção do *fundo de comércio* ou do *aviamento*, pelo Direito Comercial. E tem sua parcela de direito público, seja na regulação do próprio Estado, seja na tutela geral do espaço concorrencial, esta objeto do chamado Direito de Defesa da Concorrência, ou Direito Antitruste.

Vide, quanto à questão constitucional da concorrência, o capítulo desta obra relativo à matéria.

## ***Concorrência desleal***

Tanto na esfera do Direito Internacional <sup>18</sup> como na lei interna <sup>19</sup>, a concorrência tem merecido atenção específica como fundamento da propriedade intelectual. Sem previsão no art. 5º., inciso XXIX, que trata da propriedade industrial, a proteção contra a concorrência desleal pode, no entanto, encontrar abrigo no princípio do art. 170, IV, da Carta que considera base da atividade econômica a *livre concorrência*.

A elaboração jurisprudencial tem desenhado os exatos termos desta tutela da concorrência leal como um objeto singular de direito, nem pessoal, nem direito real, mas uma figura *sui generis* <sup>20</sup>. Acompanhemos a reflexão dos nossos tribunais.

---

18 CUP, art. 10-bis, TRIPs, art. 39.

19 Lei 9.279/96, art. 195.

20 Quanto à Concorrência Desleal, vide Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, vol. 17, p.282 e seg.; Gama Cerqueira, Tratado da Propriedade Industrial, Forense, 1952, Heleno Fragoso, Lições de Direito Penal, Forense, 9a. Ed., 1989, Parte Especial, I/620; Tinoco Soares, Crimes contra a Propriedade Industrial e de Concorrência Desleal, Ed. RT, 1980; Magalhães Noronha, Direito Penal, Saraiva, 1961, vol. 3, p. 45; Silva Franco et alii, Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. RT, 5a. Edição, Vol. II, p. 1456-1463; Hermano Duval, Concorrência Desleal, Ed.

## Jurisprudência: o caso “Area Preta”

> Tribunal da Relação da Bahia, 1875

Meuron & Cia., Autores. Réos, José Eduardo Mendes e outros.

Sendo os suplicantes estabelecidos nesta cidade com uma fábrica de rapé, conhecida pela designação de Area Preta, começou a constar-lhe de certo tempo a esta parte já pelo testemunho de pessoas abonadas, já por certos indícios muito significativos, como se fosse a diminuição inexplicável manifestada no consumo dos seus produtos, que existia no mercado um rape, originário de outro estabelecimento, mas que se inculcara com envoltorios, marcas, firma, estampa, sello e avisos iguais aos da fábrica dos suplicantes ao ponto de iludirem completamente a boa fé dos compradores desprevidos.

Estimulados por todas essas razões vieram afinal os queixosos, mediante pesquisas longas e escrupulosas, a descobrir e verificar a realidade do crime, que se estava cometendo contra eles e contra o público, conseguido o que e havendo notícia de existir grande cópia do genero falsificado, não só na mencionada fábrica de Moreira & C., como na loja de José Pedro da Costa Junior, à cidade-baixa, e bem assim em muitas outras casas de comércio em Santo Amaro, Cachoeira, Nazareth, afora diversos outros lugares do recôncavo e do interior (...). (Revista “O Direito”, 1876, pg. 649)

Nesta preciosa decisão do Tribunal da Relação da Província da Bahia, em nosso primeiro caso judicial sobre marcas, o qual mereceu estudo específico, na época, de Ruy Barbosa, encontram-se quase todos elementos essenciais da tutela da concorrência leal.

Os autores do procedimento criminal, Meuron e Cia., subitamente viram-se lesados pela *diminuição inexplicável manifestada no consumo dos seus produtos*. Não foi em seus bens materiais, estoques, máquinas, imóveis, onde a indústria de rapé sofreu a lesão, mas na sua expectativa razoável de receita futura <sup>21</sup>. Claro, aí, o objeto da pretensão dos autores: reaver tal expectativa razoável, livre de quaisquer ações de terceiros, que fossem contrárias a direito.

Buscando a fonte de sua lesão, os autores determinaram que um concorrente vendia produtos se passando como os da Meuron & Cia: *que se inculcara com envoltorios, marcas, firma, estampa, sello e avisos iguais aos da fábrica dos suplicantes*. Inculcar, passar como, fingir de ou, numa expressão inglesa de intenso uso neste ramo do Direito, praticar o *passing off*, é criar uma aparência enganosa, de forma a atrair a clientela, que compra um produto ou serviço, como se viesse de uma origem prestigiosa ou de qualidade. É o que apontam os autores em sua queixa: a ilusão ia *ao ponto de iludirem completamente a boa fé dos compradores desprevidos*.

Em resumo, pois, toda a questão da deslealdade na concorrência: frustrado na sua expectativa razoável de ter receita na venda de seus produtos, os autores determinaram que um concorrente utilizava métodos não aceitáveis de práticas de mercado, buscando o socorro nos tribunais <sup>22</sup>.

---

Borsoi; Tavares Paes, Ação de Concorrência Desleal, Saraiva, 1986 e Da concorrência do Alienante do estabelecimento comercial, Saraiva, 1980; Waldemar Ferreira, Tratado de Direito Comercial, Saraiva, 1961, v. 3.

<sup>21</sup> Como ensina Tulio Ascarelli, Teoria della Concorrenza e dei beni Immateriali, 3a. Ed. Giuffrè, 1960, é este precisamente o bem imaterial protegido pelo direito. Como mencionado, Paul Roubier, Le Droit de la Propriété Industrielle, Sirey, Paris, 1952, vê na imaterialidade de tais direitos apenas a eventualidade dos direitos de clientela: eventuais pois que incertos e futuros, mas protegidos quanto ao direito à eventualidade.

<sup>22</sup> Aliás, frustrando-se também na via judicial. O direito brasileiro não tinha, à época, legislação de marcas, nem, muito menos, de concorrência desleal. O Tribunal reconhecendo a existência do fato e da lesão, não pode reconhecer, porém o

## Jurisprudência: concorrência como liberdade

> Supremo Tribunal Federal

“A livre concorrência, com toda liberdade, não é irrestrita, o seu direito encontra limites nos preceitos dos outros concorrentes pressupondo um exercício legal e honesto do direito próprio, expresso da probidade profissional. Excedidos esses limites surge a CONCORRÊNCIA DESLEAL...”

Procura-se no âmbito da concorrência desleal os atos de concorrência fraudulenta ou desonesta, que atentam contra o que se tem como correto ou normal no mundo dos negócios, ainda que não infrinjam diretamente PATENTES ou SINAIS DISTINTIVOS REGISTRADOS”. (R.T.J. 56/ 453-5).

O Supremo Tribunal Federal examina a matéria da lealdade na concorrência a partir da noção de *liberdade*, ecoando, assim, o princípio do art. 170, IV, da Carta. É nos confins dessa liberdade, na liberdade alheia de também concorrer, que se desenha a tutela da concorrência leal. Presume-se que cada concorrente haja em *um exercício legal e honesto do direito próprio*, entendendo-se como tal *o que se tem como correto ou normal no mundo dos negócios* <sup>23</sup>.

Assim, não é a lei que define os limites da concorrência, mas as práticas, localizadas no tempo, no lugar, e no mercado específico, dos demais concorrentes, que vão precisar o que é lícito ou ilícito. Quando cada concorrente entra num mercado específico, encontra aí certos padrões de concorrência, mais ou menos agressivos, que vão definir sua margem de risco. Embora tais padrões possam alterar-se com o tempo, ou conforme o lugar, há padrões esperados e padrões inaceitáveis de concorrência. Dentro de tais padrões, pode-se formular uma *expectativa razoável de receita futura*.

O direito tutela tal expectativa, mesmo que inexistam patentes, registro de marcas, ou obra literária ou estética protegida.

Havendo um direito de exclusiva, patente, marca, ou direito autoral, a tutela se remete aos documentos da patente, para se definir a extensão do direito, ou ao certificado de registro da marca, ou à obra autoral, registrada ou não. O padrão é de direito, e não leva em consideração se existe, ou não efetiva concorrência entre as partes. Se não há direito de exclusiva, o padrão é fático, e a primeira consideração é a existência de concorrência - efetiva, atual e localizada.

Assim, o titular de uma marca, cujo registro tem alcance nacional, pode-se opor ao seu uso por um comerciante de cidade remota, onde nunca concorreu ou concorrerá; mas para exercer seu direito de uma concorrência leal, sem ter direito de exclusiva, é preciso demonstrar que sua marca *não registrada* é utilizada no mesmo mercado, no mesmo local, no mesmo tempo, pelo concorrente desleal.

### Concorrência desleal e consumidor

A legislação brasileira prevê, no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), Art. 4º e incisos, os princípios da Política Nacional de Relações de Consumo. No inciso VI a lei

---

crime de falsificação. O Poder Legislativo do Império, sob o clamor desta questão judicial, amplamente discutida na imprensa e na literatura jurídica, imediatamente votou a nossa primeira lei de marcas.

23 Conselho Federal de Medicina. Registro nº 00149 - CFM/C : 18.93 315.91. Rel: Cons. Wilson Cleto de Medeiros. D.O.U. 23/JUN/94 Seção I pag. 9345. Ementa: Constitui falta ética a pratica comprovada de concorrência desleal.

menciona como propósitos a serem alcançados a "coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal (...) *que possam causar prejuízos aos consumidores*" (grifamos). Isso, pois que há concorrências desleais que favorecem, e não lesam, os consumidores – como o rebaixamento de preços (*dumping*) que não afete o mercado de forma a atrair a sanção antitruste.

O Código também lista os direitos dos consumidores (Art. 6º e incisos), dentre eles, "a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços".

Mas de nenhuma forma a concorrência desleal se reduz, e antes sempre transcende o consumidor. Na concorrência, a relação é essencialmente horizontal, entre concorrentes, e afeta tanto à montante (os credores, que se retraem pela insolvência de uma empresa cujo nome é igual ou similar à devedora) quanto à jusante (os consumidores iludidos).

### **Condições de concorrência**

Os termos da concorrência – mais aguerrida, cavalheiresca, colaborativa, brutal – são um fator essencial para definição da escolha do campo de investimento. Cada competidor, ao escolher vender vestuário, e não defensivos agrícolas, desenvolve uma expectativa razoável de receita futura levando em conta não só a demanda e os preços, mas também o padrão de comportamento que seus concorrentes vem praticando usualmente.

Na tutela da concorrência desleal não se protege a *universitas rerum* do estabelecimento, nem a idéia organizativa da empresa como se fossem propriedades ou quase propriedades, mas exatamente a expectativa razoável de um padrão de competição.

É o que enfatiza Tulio Ascarelli, num trecho que em tudo concordamos:

“el interés tutelado es precisamente el de la lealtad de la concurrencia en relación con la probabilidad de aquella ganancia que corresponde al ejercicio de la actividad frente a terceros en régimen de (leal) concurrencia”.<sup>24</sup>

(...) Lo que la represión de la concurrencia desleal quiere tutelar no es en absoluto el aviamiento o la clientela como caza reservada; es la probabilidad para quien explota la empresa de conseguir aquellos resultados económicos que pueden derivarle del desarrollo de su actividad en régimen de libre concurrencia (...).

O que venha a ser *lealdade* ou *deslealdade* na concorrência resulta da conformidade ou não do comportamento do competidor ao padrão esperado. Assim, não se apura só o *dolo* do competidor – especialmente no caso de um crime de concorrência desleal – mas a existência de *deslealdade*.

#### Um parâmetro concreto e factual

Para que se configure *deslealdade* na concorrência o parâmetro não é legal, mas fático. É preciso que os atos de concorrência sejam contrários aos “usos honestos em matéria industrial ou comercial” (Convenção de Paris, art. 10-bis) ou a “práticas comerciais honestas” (TRIPs, art. 39) - sempre apurados segundo o contexto fático de cada mercado, em cada lugar, em cada tempo. Os textos internacionais fixam parâmetros básicos para o

---

<sup>24</sup> Teoria, op. cit., p. 172.

que seja, em princípio, desleal, mas em cada caso a ponderação do ilícito será feita contextualmente.

Destes “parâmetros mínimos” indicativos, se notam os *atos confusórios*, as *faltas alegações de caráter denigratório*, e indicações ou alegações *suscetíveis de induzir o público a erro* (Convenção de Paris) e violação ao contrato, abuso de confiança, indução à infração, e a obtenção de informação confidencial por terceiros que tinham conhecimento, ou desconheciam por grave negligência, que a obtenção dessa informação envolvia práticas comerciais desonestas (TRIPs) <sup>25</sup>. As leis nacionais assimilam tais indicações dos textos convencionais, fixando frequentemente alguns deles como ilícitos penais, e outros como ilícitos simplesmente civis, mas em geral <sup>26</sup> remetendo à noção contextual de “práticas honestas”, avaliado o contexto internacionalmente, nacionalmente ou localmente, conforme o mercado pertinente.

O parâmetro legal, assim, é a expectativa objetiva de um *standard* de competição num mercado determinado, o qual fixa o risco esperado de fricção concorrencial.

#### Deslealdade, boa fé, abuso de direito e atos excessivos

Note-se aqui, neste ponto crucial para o entendimento da noção de concorrência desleal, que a deslealdade não se identifica com a boa fé subjetiva <sup>27</sup>, nem exatamente com aquilo que, no Direito do Consumidor, se denomina boa fé objetiva <sup>28</sup>.

A contextualidade e concretude do que é “leal” ou “desleal” é um elemento básico da tutela da concorrência desleal. O que se leva em conta não é a abstração da boa fé objetiva, mas a materialidade da expectativa do investidor em face de padrões de comportamento dos concorrentes:

“el código no a hecho referencia a una valoración general y abstracta, sino a la valoración que se da en determinado período (y que por lo demás podrá ser entre nosotros diversa de la de otros países), en relación con una efectiva, y por ello históricamente variable valoración social, traducida en una practica efectivamente observada en términos generales, en relación con las que el juez será después llamado a valorar el acto concretamente realizado”. <sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Note-se que TRIPs excede, em suas exigências, o parâmetro da lei *penal* nacional. Alguns dos fundamentos nela citados – como a infração de certos contratos – não se acham admitidos no direito penal brasileiro vigente, embora certamente possam ser alcançados pelo art. 209 do CPI/96, que trata dos ilícitos civis.

<sup>26</sup> Em alguns sistemas jurídicos, como no alemão, entende-se o ilícito privado de concorrência como a transgressão de parâmetro abstratos, de cunho legal.

<sup>27</sup> A boa-fé subjetiva supõe uma intenção de não provocar um dano ao próximo. O oposto da boa-fé subjetiva seria a *má-fé*, a vontade de causar dano ao outro.

<sup>28</sup> A boa-fé objetiva (acolhida especificamente na parte contratual do novo código civil) impõe às pessoas pertinentes uma conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, não se resumindo à intenção do agente; o dever de agir se ajusta a modelo de conduta social. No entanto esse dever, se é objetivo, é no entanto abstrato, não referido, como no caso da concorrência desleal, a uma situação objetiva, que é a expectativa de comportamento numa situação concreta de concorrência. Diz Ramon Mateo Júnior, A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo código civil, encontrado em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2786>>, visitado em 2/7/02: “Na concretização desses princípios o magistrado irá guiar-se pela retidão de caráter, honradez e honestidade, que expressam a probidade que todo cidadão deve portar no trato de seus negócios. São conceitos abstratos, mas neles se pode visualizar o que podemos chamar de mínimo ético, patamar onde o Juiz deve lastrear sua decisão”.

<sup>29</sup> Tulio Ascarelli, Teoría de la Concurrencia..., op. Cit.

Com efeito, como analisa magistralmente Paul Roubier <sup>30</sup>, não ocorre, em tal deslealdade, sequer um *abuso de direito*, eis que a liberdade civil não é um direito, estipulado e contido nas lindes da lei, mas um poder de ação cujas regras estão no costume, ou “nos hábitos honestos do comércio”. Roubier define a natureza da deslealdade como a de um *ato excessivo* no exercício de uma liberdade:

“On part, en somme, de cette idée qu’il y a une conduite normale et une conduite anormale, que ce qui dépasse le volume ordinaire du droit doit être condamné ; (...) celui que fait usage de sa liberté d’une manière excessive, c’est-à-dire non conforme aux usages, transgresse un devoir social, c’est-à-dire un devoir que résulte des mœurs et des usages, et qui est issu naturellement de la vie en société. »<sup>31</sup>

Dos exemplos que suscita Roubier, é particularmente interessante o que deriva dos direitos de vizinhança – deve-se suportar o usual, o esperado, mas não o inesperado e o excessivo.

Tulio Ascarelli, analisando o direito italiano, insiste porém que se terá, lá, um *direito subjetivo* (ou mais precisamente, uma *potestas*), que se exerce sem se levar em conta qualquer dolo, culpa ou subjetividade do concorrente, quando se tratar de tutela proibitória <sup>32</sup>. Apenas para a indenização se levariam em conta os elementos subjetivos.

Outras jurisdições tem enfatizado a noção de deslealdade como os limites à liberdade do comércio <sup>33</sup>.

#### Deslealdade e meio fraudulento ou insidioso

Os penalistas têm uma certa tendência de identificar a deslealdade e a fraude:

«Fraudes para o desvio de clientela. O aliciamento de clientela é um ato lícito, mas se há o emprego de meios fraudulento para o desvio de clientela alheia, assume o fato caráter antijurídico. É incriminado (art. 178, III) todo expediente insidioso para captar a freguesia de outrem: em tal caso, o animus disputandi se alia à fraude para a desleal aplicação de golpes baixos.»<sup>34</sup>

#### Listagem de atos e noção de deslealdade

Alguns sistemas jurídicos, ao invés de se referirem aos usos e costumes, fornecem uma listagem específica de práticas nocivas, entre elas, sempre, os atos confusórios, os atos denigratórios, os atos que atentam à organização do concorrente (como a apropriação do segredo industrial ou a corrupção de pessoal especializado) e mesmo, chegando às fronteiras do direito antitruste, os atos cujo efeito é desorganizar o mercado objetivo.

Mas a listagem é sempre imperfeita; o que deve ser tutelado, num contexto de liberdades civis, é algo muito mais dúctil, mutável, localizado, que são as “expectativas razoáveis” de

---

<sup>30</sup> Op. cit, p. 526.

<sup>31</sup> Op. cit. P. 529.

<sup>32</sup> Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Imateriales, Barcelona, 1970, p. 160.

<sup>33</sup> Vide a Suprema Corte dos Estados Unidos: "The necessity of good faith and honest, fair dealing, is the very life and spirit of the commercial world." *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 U.S. 470, 481-82 (1974) (quoting *National Tube Co. v. Eastern Tube Co.*, 3 Ohio C.C. (n.s.) at 462). See also *E.I. duPont deNemours & Co. v. Christopher*, 431 F.2d 1012, 1016 (5th Cir. 1970) ("[o]ur devotion to free wheeling industrial competition must not force us into accepting the law of the jungle as the standard of morality expected in our commercial relations."), cert. denied, 400 U.S. 1024 (1971). See generally *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 U.S. 470, 481 ("The maintenance of standards of commercial ethics and the encouragement of invention are the broadly stated policies behind trade secret law.").

<sup>34</sup> Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967, Vol. VII, págs. 382/383

um comportamento de mercado:

“Improper” will always be a word of many nuances, determined by time, place, and circumstances. We therefore need not proclaim a catalogue of commercial improprieties. Clearly, however, one of its commandments does say “thou shall not appropriate a trade secret through deviousness under circumstances in which countervailing defenses are not reasonably available.”<sup>35</sup>

No caso do Direito Brasileiro, a noção de deslealdade não se limita à lista dos crimes do art. 195. Como se vê do art. 209 do CPI/96, quaisquer atos – desde que importando em concorrência desleal - *tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio* serão ilícitos. Claro está que a fórmula “atos tendentes a prejudicar os negócios alheios” não se resume à denigração (“a reputação”) ou à confusão. Na verdade, a única coisa que distingue os atos lícitos, tendentes a prejudicar os negócios alheios (o pressuposto da concorrência...) dos ilícitos é a deslealdade.

Mesmo no caso de crimes listados no art. 195, não se deve ceder a tentação de considerar os tipos como abstratos; não satisfeito o *prius* da deslealdade, faltará um elemento crucial do crime, eis que inexistente o objeto da proteção penal. No mais genérico e abrangente dos tipos, por exemplo, o inciso III, “- emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;”, a fraude aí é apenas uma remissão aos *usos e costumes do comércio*.

#### Deslealdade, geografia e especialidade

Que usos e costumes são esses?

Serão os usos gerais do comércio, ou os específicos daquele mercado? Paul Roubier, enfatizando a necessidade de se manter pelo menos níveis básicos de honestidade, nota que:

“On ne peut pas, en effet, accorder semblable valeur a tous les usages, car il y a des milieux où fleurit la déloyauté ; l’esprit de cupidité qui a fait apparaître le ‘marché noir’ en a montré à l’époque actuelle des nombreux exemples. Il y a donc usage et usage ».<sup>36</sup>

Mas há veementes razões para definir os usos e costumes como os próprios ao mercado específico, definido por especialidade, e não parâmetros genéricos da economia. É intuitivo que os costumes do setor financeiro não são os mesmos do de alimentação, nem (indo em detalhe) as livrarias especializadas em obras religiosas têm os mesmos costumes das lojas vendendo exclusivamente livros de erotismo.

É o que entendeu a Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *International News Service V. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918):

Obviously, the question of what is unfair competition in business must be determined with particular reference to *the character and circumstances of the business*. The question here is not so much the rights of either party as against the public but their rights as between

---

<sup>35</sup> E.I. duPont deNemours & Co., Inc. v. Christopher U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit, 431 F.2d 1012 (1970)

<sup>36</sup> Op. cit. P. 517. Atenção neste ponto: a posição de Roubier não deve ser entendida como o da aplicação de um parâmetro abstrato, mas sim o de um limite extremo, além do qual a tutela jurídica estaria sancionando o estatuto de uma *societas sceleris*. Um exemplo desta distinção está no Acórdão do STJ no RHC nº 3.313-4, em que certos comportamentos, que seriam talvez censuráveis a partir de um parâmetro abstrato de conduta profissional, são validados quanto a um contexto concorrencial típico de uma situação e de um momento histórico. Mas certamente a corte teria repellido como inaceitável outros atos mais extremos, ou mesmo os mesmos atos – se se tratasse de ação cível e não penal.

themselves.

Note-se que, embora os elementos de correção profissional existentes nas leis de regulação dos advogados, representantes profissionais, nos códigos de auto-regulamentação (como os do CONAR), ou nos códigos de ética de associações de empresas sejam bons índices do que é leal ou desleal entre os concorrentes, nada supre a análise da materialidade da concorrência – o que é matéria de prova. Usos e costumes do comércio (que não se confundem com os costumes *assentados* nas Juntas comerciais...) são sempre sujeitos à prova.

Uma vez definida a noção da especialidade dos usos e costumes, cabe definir o escopo geográfico de onde se apurarão tais usos. É o mercado finito onde se processa a concorrência. Assim, se é na zona sul do Rio de Janeiro que se processa a competição, não serão os hábitos de Dresden os usados como parâmetro; nem, possivelmente, os da zona norte, se o mercado em questão é bem característico por oposição ao outro.

No entanto, para a aplicação dos princípios do art. 10 bis da CUP, Bodenhausen aconselha outro critério:

“Any act of competition will have to be considered unfair if it is contrary to honest practices in industrial or commercial matters.

This criterion is not limited to honest practices existing in the country where protection against unfair competition is sought. The judicial or administrative authorities of such country will therefore also have to take into account honest practices established in international trade.

If a judicial or administrative authority of the country where protection is sought finds that an act complained of is contrary to honest practices in industrial or commercial matters, it will be obliged to hold such act to be an act of unfair competition and to apply the sanctions and remedies provided by its national law. A wide variety of acts may correspond to the above criterion”.<sup>37</sup>

A óbvia presunção de Bodenhausen é de que, para suscitar a aplicação direta do art. 10 bis, estar-se-ia perante um ato praticado num mercado internacional. Salvo na hipótese do mínimo ético internacional de Roubier, o padrão ético é o padrão do mercado onde a concorrência se faz.

### **Concorrência desleal e concorrência interdita**

Não se confunde concorrência *desleal* e concorrência *interdita*<sup>38</sup>. É interdita, por lei, a concorrência de um competidor do titular da patente quanto ao objeto do privilégio; é interdita por via contratual a concorrência do vendedor de um fundo de comércio, que presta a garantia com que compra o negócio. O sistema de patentes é o meio clássico de interdição de concorrência; mas os monopólios legais, os pactos de não concorrência e outros mecanismos de exclusividade também podem vedar legalmente a competição. O parâmetro de proibição é a lei, o privilégio ou o contrato pertinente.

De outro lado, a sanção importa ao concorrente desleal não é, como no caso de que faz

---

<sup>37</sup> Guide to the Paris Convention, Genebra, 1969.

<sup>38</sup> Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, vol. 17. Magalhães Noronha, Direito Penal, vol. 3 p. 40, Ed. Saraiva. JUTACRIM 81/367.

concorrência interdita, a proibição de continuar a atividade econômica; é, sim, a imposição de continuá-la dentro dos usos e praxes comerciais. A concorrência negocialmente proibida, no dizer de Pontes de Miranda <sup>39</sup>, não impede somente a prática de uma atividade exercida fora de tais usos e práticas; impede todas as modalidades, leais e desleais, dentro dos parâmetros do pacto específico.

## ***Os atos de concorrência desleal na lei em vigor***

A lei 9.279/96 mantém a tradição brasileira de dar tratamento duplo à concorrência desleal: há atos típicos, classificáveis como *crime*, e há um vasto campo para a repressão do ilícito simplesmente civil.

Diz Celso Delmanto:

“O uso de meios ou métodos desleais transfigura em desonesta a competição permitida: é a concorrência desleal. Mas alguns desses expedientes são tão perigosos ou graves, que o legislador os considera como delituosos: é a concorrência desleal criminosa. Os primeiros, mesmo não sendo delituosos, continuam desleais, permitindo-se aos prejudicados por seu emprego o ressarcimento em perdas e danos. Os outros, além de desonestos, são criminosos, incorrendo os autores nas sanções penais e em igual obrigação de indenizar <sup>40</sup>.

### Ilícito civil

O campo do ilícito é dos atos de concorrência desleal tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios a criar contusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

Diz, assim, o CPI/96:

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de (...) e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, *tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.*

## **Atos denigratórios**

Comete crime quem publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem; ou presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem. <sup>41</sup>

Tais regras – penais – incorporam o parâmetro da CUP:

Art. 10º bis

(3) Deverão proibir-se particularmente (...)

2º As falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente.

---

<sup>39</sup> Tratado, vol. 17, pg. 313 e ss.

<sup>40</sup> Celso Delmanto, Crimes de Concorrência Desleal, p. 13.

<sup>41</sup> Lélío Denicoli Schmidt, A Publicidade Comparativa à Luz da Lei de Propriedade Industrial, Revista da ABPI, Nº 52 - Mai./Jun. de 2001, p. 3. Alberto Camelier, Propaganda Comparativa e a Lei de Propriedade Industrial 9.279/96, Revista da ABPI, Nº 45 - Mar/Abr de 2000.

## **Atos confusórios**

Comete crime quem emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; usa expressão ou sinal de propaganda alheio, ou os imita, de modo a criar contusão entre os produtos ou estabelecimentos; usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave.

O gênero é o descrito na CUP:

Art. 10º bis

(3) Deverão proibir-se particularmente

1º Todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; (...)

3º As indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.

Como nota Nelson Hungria:

Fraudes para o desvio de clientela. O aliciamento de clientela é um ato lícito, mas se há o emprego de meios fraudulento para o desvio de clientela alheia, assume o fato caráter antijurídico. É incriminado (art. 178, III)[Nota do autor: agora, art. 195, III do CPI/96] todo expediente insidioso para captar a freguesia de outrem: em tal caso, o animus disputandi se alia à fraude para a desleal aplicação de golpes baixos. In exemplis: (...) Usar os sinais distintivos não-registrados do concorrente (se registrados, o crime será outro)” ...”.

## **Atos contra as relações de trabalho**

Comete crime quem dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; ou recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador <sup>42</sup>.

## **Atos contra o direito ao sigilo**

Comete crime quem divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de

---

42 Ementa: justa causa - concorrência desleal - caracterização. Quem em pleno horário de trabalho, faz negociações de sua força de trabalho para terceiros, está violando a principal obrigação contratual que é a prestação dos serviços ajustados. Se esta violação adentra o campo da concorrência, a situação torna-se ainda mais grave, caracterizando a concorrência desleal. Acórdão: 003084/93 nº do processo TRT: 13081/91-7 proc.Orig. 01913/90 - 1a. JCY de Campinas. Relator: Luiz Antonio Lazarim revisor: Mario Masato Murakami

serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; ou divulga, explora ou se utiliza, sem autorização, tais conhecimentos ou informações, obtidas direta ou indiretamente por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude, ou com conhecimento de que foram obtidos desta forma <sup>43</sup>.

Note-se que o Art. 44 § 1º do CPI/96 também prevê fora do contexto de concorrência desleal, como sanção à violação ao sigilo da patente depositada mas não publicada, a extensão da indenização prevista no *caput* do mesmo artigo aos atos de infração mesmo anteriores à publicação.

#### Sigilo de testes de toxidade

Segundo a Lei 9.279/96, num dispositivo de flagrante inconstitucionalidade <sup>44</sup>, também comete crime quem divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

#### **Falsa afirmação de exclusiva**

Comete crime quem vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser.

#### **Competência do INPI e Concorrência Desleal**

Diz o art. da Lei 9.279/98:

Art. 2º. A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

(...)

V - repressão à concorrência desleal.

Nem na lei de criação, nem em qualquer outro diploma, se dá competência ao INPI para fazer valer, *diretamente e por via administrativa*, a repressão da concorrência desleal. Para todos os demais itens do art. 2º., o Código encerra regra de competência (O INPI concederá..., as marcas serão registradas pelo INPI...) e regra de devido processo legal (oposição, prova, impugnação, recurso, etc.). Não no caso da concorrência desleal.

Jamais o INPI voltou-se contra o empregado, que subtraiu *segredo de indústria* do seu empregador - o que é claramente concorrência desleal. E não o faz por inexistência de regra

---

43 Vide Considerações sobre o tratamento do segredo de negócio – Os efeitos da nova Lei de Propriedade Industrial, por José Antonio B.L.Faria Correa, Revista da ABPI 27 (1997). Paulo Roberto Costa Figueiredo, Crimes de Concorrência Desleal; Crimes de Violação de Segredo de Fábrica e de Negócio. Revista da ABPI, Nº 49 - Nov./Dez. de 2000. p. 39.

44 Vide, adiante, nosso capítulo específico sobre segredos de empresa e, em particular, o nosso Licitações, Subsídios e Patentes, Ed. Lumen Juris, 1997, em seu capítulo sobre "Dados sigilosos, registro sanitário e concorrência desleal". Vide João Marcos Silveira, A Proteção Jurídica dos Segredos Industriais e de Negócio, Revista da ABPI. Nº 53 - Jul./Ago. de 2001, p. 18

de competência. Nem reprime o INPI *corrupção de empregado*, nem a publicação de falsa afirmação a respeito do concorrente. Pela mesmíssima razão.

Com efeito, a única norma interna referente à matéria está no Art. 195 da Lei 9.279/96, sem regra de competência - é norma de caráter penal, cuja administração certamente não compete à autarquia.

Em nenhuma disposição do Código de Propriedade Industrial, nem de qualquer outra lei ou tratado em vigor, se dá poderes ao INPI para atuar diretamente em matéria de Concorrência Desleal. Sem dúvida, ao denegar registro para marcas já anteriormente registradas por outrem, ou ao fazê-lo no tocante a *indicações de procedência notória*, o efeito indireto da ação do INPI é a tutela da concorrência leal. Mas, note-se bem, nestes casos, o Instituto aplica a norma legal específica para a qual a lei lhe dá competência e não a regra genérica de concorrência desleal, para a qual a lei deferiu competência ao Poder Judiciário.

Com efeito, ao contrário do que ocorre com as questões técnicas para as quais o INPI foi constituído, para a apuração da concorrência desleal são necessárias provas e exames de mercado, perícias contábeis, análises de concorrência, só apuráveis na instância judicial ou - talvez - em órgãos como o CADE. Desaparelhado para a análise, sem atribuições legais para fazê-la, impossível ao INPI decidir diretamente com base no dispositivo em tela.

Não se diga que, sendo a concorrência desleal parte da Propriedade Industrial, caberia naturalmente ao INPI administrá-la. Também compõe a Propriedade Industrial a proteção dos nomes empresariais, que incumbe às Juntas Comerciais.

Em suma não há competência para o INPI aplicar diretamente a regra de concorrência desleal. Sempre tal competência recaiu no Poder Judiciário. Como ocorre no Estados Unidos, na França, na Alemanha, e em todos os países em que a Propriedade Industrial é matéria de primeiríssima importância.

A listagem do art. 2. do CPI em vigor, ao listar a “repressão à concorrência desleal” entre os itens próprios à propriedade industrial, é regra de inclusão, *mas não é regra de competência do INPI*.

Lembra Hely Lopes Meirelles <sup>45</sup>:

“A competência resulta da lei e é por ela delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de usa prática é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico de manifestar a vontade da Administração. Daí a oportuna advertência de Caio Tácito, de que “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito”.

Num detalhismo minucioso, o art. 124 da Lei 9.279/98 elenca todos os casos em que se pode recusar o registro; não existe, em nenhum destes casos, poder administrativo para recusar registro no caso de “concorrência desleal”. Mais ainda, não existe nem na Lei, nem em qualquer procedimento a ela subsidiário, nenhuma regra de *devido processo legal* para apurar a existência de uma alegada “concorrência desleal” como fundamento para denegação de registro.

Note-se que, para a hipótese de concorrência desleal, não se examina um símbolo em tese, em abstrato - como se faz para examinar a colidência de um pedido com um anterior.

Concorrência desleal se apura *na materialidade do espaço concorrencial*. Não existe, na doutrina ou na jurisprudência da concorrência desleal, hipótese de ilicitude quando não existe a *materialidade e atualidade* da concorrência. Não existe “concorrência desleal potencial”, como não existe propriedade, ou seja, exclusividade da marca não registrada.

Por isso, a apuração da concorrência desleal se faz num procedimento judicial plenamente sujeito ao devido processo legal, com apuração de fatos, ampla perícia, avaliação dilatada, tudo que inexistente no restrito, inespecífico e (no que toca à concorrência desleal) incompetente procedimento registral do INPI.

Voltando aos mestres, relembremos Miguel Seabra Fagundes<sup>46</sup>:

“A competência vem rigorosamente determinada no Direito Positivo como condição de ordem para o desenvolvimento das atividades estatais, e, também, *como meio de garantia para o indivíduo, que tem na sua discriminação o amparo contra os excessos de qualquer agente do Estado*”.

Note-se que a situação, no tocante à invocação de concorrência desleal para impedir registro marcário nada mudou no contexto do novo Código da Propriedade Industrial, que entrou em vigor em 13 de maio de 1997, reintroduzindo o princípio da impugnação do pré-utente do CPI de 45<sup>7</sup>. Com efeito, diz Lucas Rocha Furtado<sup>46</sup>:

“Embora o INPI não tenha competência para reprimir a utilização indevida de marcas não registradas, poderá o comerciante prejudicado por ato de concorrência desleal utilizar-se das medidas judiciais cabíveis e, com isso, impedir a continuação da prática desleal”

#### Bibliografia: Concorrência Desleal

ASCENSÃO, José de Oliveira. Concorrência desleal. Lisboa : AAFDL, 1994.

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. O tipo legal da concorrência desleal : o princípio da legalidade. Lisboa : [s.n.], 1994.

CARVALHO, Júlia de Fátima Leite da Silva Ferreira de. Concorrência desleal e direitos dos consumidores. Lisboa : [s.n.], 1994.

CHORÃO, Luís Bigotte. Notas sobre o âmbito da concorrência desleal. Lisboa : [s.n.], 1994.

FERREIRA, Abel C Sequeira. A concorrência desleal e o direito da publicidade. Lisboa : [s.n.], 1994.

FERREIRA, Paulo Miguel Gêrault Marrecas. A confusão com o nome de estabelecimento, objecto da concorrência desleal. Lisboa : [s.n.], 1994.

MARQUES, Paulo Manuel da Conceição. Concorrência desleal interesses protegidos : concorrentes, consumidores, interesse público. Lisboa : [s.n.], 1994.

PAES, P. R. Tavares. Ação de Concorrência Desleal. Editora Saraiva.

---

46 Em seu Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro, Brasília Jurídica, 1996, p. 138.

## **Concorrência interdita: restrições convencionais**

### **Impossibilidade da restrição ilimitada**

A cláusula de não mais exercer indústria, comércio ou profissão, sem qualquer restrição de tempo ou espaço, no entender de Pontes de Miranda, é contrário a direito. Rubem Requião, João Eunápio Borges, Waldemar Ferreira e Alberto da Rocha <sup>47</sup>, no tocante à cláusula de não concorrência em contrato de venda de estabelecimento, também são acordes em considerar inválida a restrição sem limites.

### **Restrição de concorrência de empregado**

Em particular, no caso de cláusula inserida em contrato de trabalho, tem-se um precioso e único julgado do Supremo, o RE 67.653-GB RTJ 55/42, onde a Corte, sem julgar o mérito, pronunciou-se enfaticamente no sentido da legalidade da disposição, para valer após o termo do respectivo emprego (já que a proteção contra a concorrência do emprego, durante o contrato, está prevista no art. 482, “c” e “g” da CLT).

Em tal julgado, citou o Ministro Eloy da Rocha a Carvalho de Mendonça <sup>48</sup>

“Dissemos que podiam ser estipuladas no contrato de emprego no comércio obrigações de natureza particular. A esse respeito aparece a questão: é lícito o pacto pelo qual o preposto se obriga a, quando despedido, não se empregar em outra casa, que explore indústria idêntica ou não exercer a profissão comercial?”

Esse pacto é de ordinário chamado cláusula de concorrência.

Conforme a opinião radical, este pacto é nulo por ofender a liberdade de trabalho e de comércio, garantido constitucionalmente. Ele obrigaria o preposto a trabalhar forçadamente na casa do proponente, pois o privaria dos meios de prover honestamente a subsistência. a ordem pública repeliria esse pacto, que importa na condenação à ociosidade.

Outra opinião, porém, conciliando os interesses do preposto com os dos proponentes é pela validade do pacto, desde que limitado no tempo e no espaço.

O que se não pode admitir em absoluto é a restrição perpétua, que evitaria o livre progresso e o melhoramento individual e privaria o direito à existência. O direito ao trabalho não é outra coisa que o direito à vida.

O pacto pode ser tolerado, uma vez que não inutilize o futuro do preposto. Para a sua validade são essenciais as limitações de lugar e de tempo, sendo, quanto a este, bom critério não exceder o período de duração efetiva do contrato”.

Ao que ajunta o julgador:

“Em atenção ao princípio constitucional de liberdade de trabalho, ou ao direito ao trabalho, não será admissível cláusula de não concorrência, sem tais limitações. Não será lícito impedir o empregado de exercer determinada atividade, sem limitação de tempo e espaço. É claro que a limitação se restringirá, igualmente, ao objeto de atividade do empregado.”

---

47 Respectivamente, Curso de Direito Comercial. Saraiva, 1977, pg. 236 e seg.; Curso de Direito Comercial. Forense, 1975, pg. 198 e seg; Tratado de Direito Comercial. Ed. Saraiva, vol. V. pg. 378; Curso de Direito Empresarial. EDUC, 1976, vol. I, pg. 114.

48 Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. II, no. 462.

## **Cessão de Estabelecimento**

O alcance do pacto ou cláusula de não concorrência, em alienações de fundo de comércio foi minuciosamente triturado na “cause célèbre” em que se constituiu o processo entre a Fábrica Nacional de Juta e o Conde Penteadado, que reúne Rui Barbosa (vide o vol. XI, Tomo I, de suas obras Completas) e Carvalho de Mendonça (vide o Tratado, Vol VI, nr. 767 e os três volumes de seu Memorial) como advogados, e Pedro Lessa como julgador, num voto parcialmente dissidente (Revista do STF, 1914, vol. III, 1ª. parte, pg. 8 e vol. II, 1ª. parte, pg. 474).

Não de discutia, então os requisitos de validade, mas sim se tal obrigação é implícita na compra e venda de estabelecimento (conferência de bens ao capital de companhia) sob o art. 214 do Código Comercial. O Tribunal, que não contestou a validade, desde que limitada em tempo, espaço e objeto, concluiu, à época, pela tese de Rui, segundo a qual não haveria tal obrigação implícita. Conforme Hermano Duval e Tavares <sup>49</sup>, a jurisprudência posterior, mais tranqüila ou menos soterrada de razões (além dos dois advogados, opinaram Vivante, Planiol, Lyon-Caen, Louis Renalt, Thaller, Rousset, Labori, Cândido de Oliveira e Lafayette Rodrigues Pereira) pende para a tese de Carvalho de Mendonça .

## **Restrições no contrato social e na compra e venda**

Rubem Requião ainda introduz a hipótese de tal cláusula, no contrato social, impedindo os sócios de concorrerem com a sociedade (também. Cód. Comercial, art. 317 para as sociedades de Capital e Indústria), além da obrigação estatutária ou contratual, em relação aos administradores (art. 155 da lei das S.A.).

Pontes de Miranda <sup>50</sup>, além da compra e venda de fundo de comércio, ainda distingue esta cláusula ou pacto, na venda de coisas móveis e imóveis, e na locação, de forma a afetar o bem a certa destinação, ou a vedar o seu uso em determinados empregos. No caso, seria um condicionamento da atividade empresarial do comprador ou locatário, restringindo a concorrência.

O mesmo autor, de outro lado, estabelece o limite razoável das restrições à concorrência. O critério para precisar a licitude de tais acordos, dizia ele, é determinar em que proporção o exercício da concorrência pode causar dano ao outorgado. Em outras palavras, em que proporção tal disposição é necessária para proteger o interesse do beneficiário.

## **Requisitos de Validade**

Todas estas considerações possibilitam configurar os requisitos de validade e uma cláusula ou pacto em restrição à concorrência, na perspectiva do direito comum. as restrições devem ser limitadas no tempo, espaço e objeto, para subsistirem tão somente na proporção em que forem úteis, necessárias, para proteger um interesse legítimo do beneficiário. Assim sendo, tais cláusulas e pontos teriam uma função acessória, de garantir o ajuste principal, cujo

---

49 Hermano Duval Concorrência Desleal. Saraiva, 1976, pg. 237 e seg. Tavares, Da Concorrência do Alienante no Estabelecimento Comercial. Saraiva, 1980. Também - Fábio Konder Comparato: O Poder de Controle da Sociedade Anônima. Revista dos Tribunais, 1977, pg. 221. O autor considera que a legítima cláusula de não concorrência em cessão de controle, principalmente quando o controlador obteve “personal goodwill”.

50 Op. cit. loc. cit.

propósito não é afetar diretamente a concorrência.

Porém depreende-se naturalmente mais um requisito: a limitação à concorrência não pode ser, por outra razão, contrária à lei, ou lesiva ao direito de terceiros. Neste último passo, já se está na fronteira entre as disposições do direito comum e os imperativos do direito antitruste.

### **Cláusulas de exclusividade**

Coisa diversa são as cláusulas a que Pontes de Miranda classifica como “de não permitir concorrência”. Em outros termos, a cláusula de exclusividade, pela qual um comprador, vendedor, locador ou locatário se compromete a só receber de ou só dar a uma determinada pessoa, com exclusão de seus concorrentes.

Também para estas, Pontes de Miranda limita a validade à proporção necessária para proteger o interesse do beneficiário. Se um fornecedor se apresta a suprir um consumidor de grandes proporções, e para isto reúne equipamentos, pessoal e capital em uma dimensão que não poderia fazer, se não estivesse certo da exclusividade, esta cláusula é razoável enquanto assegurar ao beneficiário uma taxa de lucros proporcional ao risco e ao trabalho despendido.

Rubem Requião também condiciona, citando Ripert, tais cláusulas de exclusividade aos limites espaciais, temporais e objetivos colocados quanto às cláusulas de não concorrência. E vai além <sup>51</sup>:

“Ora, dessa forma, desde que a exclusividade seja concedida tendo em vista a organização das vendas para proporcionar maior garantia e comodidade aos consumidores, sobretudo no que diz respeito aos serviços de atendimento pós-venda, sendo em suma isenta da idéia de fraudar a liberdade do comércio, é ela legítima, e nesse sentido se têm inclinado os autores e, de forma mais acentuada atualmente, a jurisprudência francesa.”

Desta maneira, valem, tanto para as cláusulas de limitação à concorrência, quanto as de não permitir concorrência, os seguintes princípios comuns:

- a)devem ser limitadas no tempo, na extensão, no espaço e no objeto, na proporção necessária para proteger o interesse do beneficiário;
- b)devem ser subsidiárias a outro negócio jurídico, cujo propósito principal não é a limitação da concorrência;
- c)devem ser examinadas à luz dos benefícios que dela eventualmente decorram para a comunidade;
- d)não podem ser contrárias à lei, nem ferir o legítimo interesse de terceiros.

### **Restrições à concorrência e abuso do poder econômico**

Tendo tratado até agora das restrições de concorrência do ponto de vista do direito comum, vale também chamar atenção para seu impacto no direito público da concorrência, ou Direito Antitruste.

---

51 Aspectos Modernos do Direito Comercial, Saraiva, 1977, p.133.

A Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990, em seu Art. 4º, I a) e II, considera como crime contra a ordem econômica abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante ajuste ou acordo de empresas, assim como formar acordo, convênio, ajuste ou aliança, visando o controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas.

Também neste caso se aplicará o exame da razoabilidade da restrição, levando em conta, por exemplo, a ampliação eventual do mercado ou o desenvolvimento da tecnologia <sup>52</sup>.

No âmbito da atuação administrativa do Ministério da Justiça e do CADE, há que se lembrar também a Lei 8.884 de 11 de junho de 1993, que, em seu art. 20 § 2º. considera ser *posição dominante* a da empresa que domina mais de 20% de um mercado, e abuso a fixação de acordo com competidor para fixar preços, dividir mercados, limitar o acesso a novas empresas, regular mercados, etc. Independe de culpa a punição dos envolvidos, e são sujeitos às sanções não só os efeitos anti-concorrenciais (mesmo não visados), quanto as hipóteses em que, havendo o objetivo, não sejam os efeitos alcançados.

Note-se que, pela Lei 8.884/94, em seu art. 54 <sup>53</sup>, acordos firmados entre competidores ou outras pessoas, que de outra forma possam resultar na dominação do mercado relevante de bens e serviços, devem ser autorizados pelo CADE <sup>54</sup>. A autorização será deferida se o acordo:

- a) tiver por objetivo aumentar a produtividade, ou melhorar a qualidade de bens e serviços, ou propiciar a qualidade de bens ou serviço; e, além disto,
- b) os benefícios resultantes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; e
- c) não implique na eliminação de parte substancial do mercado relevante; e
- d) sejam observados os limites de restrição à concorrência estritamente necessários para atingir os seus objetivos.

Mesmo no caso em que as quatro condições não sejam atendidas, poderá haver a autorização se forem satisfeitas três delas (por exemplo, seja eliminada a concorrência numa parte substancial do mercado), mas não sejam prejudicados os consumidores e seja atendido motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.

A autorização pressupõe o estabelecimento de um compromisso de desempenho qualitativo e quantitativo pelo CADE (art. 58).

#### Bibliografia complementar: a doutrina da concorrência

Araújo Junior, José Tavares de, Tecnologia, concorrência e mudança estrutural: a experiência brasileira recente Rio de Janeiro : IPEA, Instituto de Pesquisas, 1985.

Azevedo, Álvaro Villaça. Concorrência Desleal. Revista do Tribunal de Justiça do Estado

---

52 Sodré Filho e Lionel Zaclis, Comentários à Legislação Antitruste, Atlas, 1992, p. 33.

53 Aperfeiçoando um mecanismo já constante da Lei 4.137/62, em seu art. 75.

54 O pedido é necessário, por disposição expressa da lei, sempre que houver concentração econômica, através de agrupamento societário e qualquer dos participantes tiver faturamento anual superior a 400 milhões de reais ou participação no mercado igual ou maior de 20%. Mas qualquer outro caso de acordos entre concorrentes ou não, que tenham o efeito de limitar a concorrência ou dominar os mercados está sujeito à autorização.

- do Para, Vol. 32 N 45 P 5 A 23 1988.
- Barbosa, Mario Figueiredo. Valor da Clientela No Fundo de Comercio Forense. 1989.
- Bittar, Carlos Alberto, Teoria e Pratica da Concorrência Desleal. Saraiva 1989
- Bittar, Carlos Alberto. A Concorrência Desleal e A Confusão Entre Produtos. Revista do s Tribunais, São Paulo, Vol. 70 N 550 P 20 A 31 Ago. 1981.
- Bittar, Carlos Alberto. Bittar Filho, Carlos Alberto. Tutela dos Direitos da Personalidade e do s Direitos Autorais Nas Atividades Empresariais. Revista do s Tribunais. 1993
- Bittar, Carlos Alberto. Concorrência Desleal: A Imitação de Marca (Ou de Seu Componente) Como Forma de Confusão Entre Produtos. Revista de Informação Legislativa, Vol. 22 N 85 P 343 A 364 Jan./Mar 1985.
- Bortolotti, Fabio. A Tutela do Know-How No Ordenamento Italiano. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Nova Fase, Vol. 30 N 23/25 P 242 A 274 1980/1982.
- Braga, Antônio de Oliveira. Propriedade Industrial; Imitação e Concorrência Desleal (Alegações). Scientia Ivridica, Vol. 29 N 164/165 P 141 A 149 Abr./Jun. 1980.
- Braga, Antônio de Oliveira. Propriedade Industrial; Imitação e Concorrência Desleal (Alegações). Scientia Ivridica, Vol. 29 N 164/165 P 141 A 149 Abr./Jun. 1980.
- Bulgarelli, Waldirio. Publicidade Enganosa; Aspectos da Regulamentação Legal. Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro,
- Domingues, Douglas Gabriel. Segredo Industrial, Segredo de Empresa : Trade Secret e Know-How e Os Problemas de Segurança Nas Empresas Contemporâneas. Revista Forense, Vol. 85 N 308 P 27 A 33 Out./Dez 1989.
- Dutoit, Bernard. O Direito da Concorrência Desleal e A Relação de Concorrência: Dupla Indissociável? : Uma Perspectiva Comparativa. Revista do s Tribunais, São Paulo, Vol. 717 N 84 P 7 A 18 Jul. 1995.
- Fuld, Leonard M., Administrando a concorrência, - Rio de Janeiro : Record, [1991].
- Israel M. Kirzner, Competição e atividade empresarial, tradução de Ana Maria Sarda. - Rio de Janeiro : Instituto Liberal, 1986. de: Competition and entrepreneurship.
- Marcondes Pereira , Marco Antonio, Concorrência Desleal por meio da publicidade, Ed. Juarez de Oliveira
- Moreira Lima, Everardo. Livre concorrência x monopólio: publicidade em catálogos telefônicos - 2ª ed. - Rio de Janeiro : Expressão e Cultura, 1970.
- Porter, Michael, Estratégia competitiva : técnicas para análise de industria e da concorrência, tradução Elizabeth Maria de Pinho Braga. - 2ª ed. - Rio de Janeiro : Campus, 1989.
- Possas, Mário Luiz, Dinâmica e concorrência capitalista: uma interpretação a partir de Marx, São Paulo, Hucitec ; Ed. da UNICAMP, 1989.
- Prunes, José Luiz Ferreira. Violação de Segredo da Empresa Como Justa Causa Para Despedida. Genesis : Revista de Direito do Trabalho, Vol. 4 N 22 P 406 A 410 Out. 1994.
- Reale Junior, Miguel. Concorrência Desleal e Interesse Difuso No Direito Brasileiro. Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro, Nova Serie, Vol. 22 N 49 P 5 A 13 Jan./Mar 1983.
- Reale Junior, Miguel. Desvio de Clientela e Violação de Segredo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 1 N 1 P 112 A 120 Jan./Mar 1993.
- Silveira, Newton. Limites Convencionais à Concorrência. Revista de Direito Mercantil

Industrial Econômico e Financeiro, Nova Serie . Vol. 20 N 43 P 47 A 58 Jul./Set. 1981.

Silveira, Newton. Limites Convencionais à Concorrência. Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro, Nova Serie, Vol. 20 N 43 P 47 A 58 Jul./Set. 1981.

Silveira, Newton. Propriedade Imaterial e Concorrência. Revista dos Tribunais, São Paulo, Vol. 75 N 604 P 264 A 271 Fev. 1986.

Simonsen, Mário Henrique, Teoria da concorrência perfeita / [Rio de Janeiro] : Instituto Brasileiro de Economia da FGV, 1966.

Stewart Jr , Donald., A concorrência e a livre iniciativa / - Rio de Janeiro : Instituto Liberal, 1987.

Tavares Paes, Ação de concorrência desleal / - São Paulo : Saraiva, 1986.

### Bibliografia complementar: Direito Antitruste

Abuso do poder econômico : (coletânea de pareceres emitidos em procedimentos vinculados ao diploma legal) : Lei n. 4.137/62 e legislação complementar / [compilado por] Elbruz Moreira de Carvalho. - 1ª ed. - Rio de Janeiro : Barrister's Ed., 1986.

Antônio C. de Azevedo Sodré Filho, Lionel Zaclis. Comentários à legislação antitruste: direito econômico: defesa da livre concorrência, São Paulo : Atlas, 1992.

Arnoldo Wald. O direito do desenvolvimento. - Rio [de Janeiro] : s.n., 1968.

Carlo Barbieri Filho, Disciplina jurídica da concorrência: abuso do poder econômico, São Paulo : Resenha Tributaria, 1984.

Cláudio de Souza Baptista, Controle de concorrência com transações multiníveis - Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Paraíba, Departamento de Sistemas e Computação 1991.

Ellen Sampaio, Lucia Helena Salgado, orgs. Defesa da concorrência : a prática brasileira e a experiência internacional - Brasília : IPEA, 1993."Conferencias e comentários do Seminário Internacional sobre Praticas de Defesa da Concorrência, Brasília, 26-28 junho 1991".

Eros Roberto Grau, A ordem econômica na Constituição de 1988 : interpretação e critica / . - São Paulo : Rev. dos Tribunais, 1990.

José Inácio Gonzaga Franceschini, Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro, São Paulo : Rev. dos Tribunais, 1985.

José Wilson Nogueira de Queiroz, Direito econômico / - Rio de Janeiro : Forense, 1982.

Lúcia Helena Salgado, As políticas de concorrência ou antitruste: um panorama de experiência mundial e sua atualidade para o Brasil, Brasília : IPEA, 1992.

Lúcia Helena Salgado, As políticas de concorrência (ou antitruste) : um panorama de experiência mundial e sua atualidade para o Brasil / Lúcia Helena Salgado. - Brasília : IPEA, 1992.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Direito constitucional econômico / São Paulo : Saraiva, 1990.

MELLO, M. T. L. (1995) Propriedade Intelectual e concorrência: uma análise setorial. Campinas, Unicamp-IE (Tese de Doutorado).

Werter R. Faria, Defesa da concorrência no Mercosul / Brasília, D.F. : Senado Federal, 1992.

Werter R. Faria, Disciplina da concorrência e controle das concentrações de empresas no Mercosul / Brasília, D.F. : Senado Federal, 1993.