



**IPTAN – INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRES. TANCREDO DE ALMEIDA
NEVES”**

ÉVERTON LEANDRO NASCIMENTO

CONCORRÊNCIA DESLEAL COMO ILÍCITO CIVIL

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

ÉVERTON LEANDRO NASCIMENTO

CONCORRÊNCIA DESLEAL COMO ILÍCITO CIVIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves” – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de Graduado, sob a orientação do Prof. Msc. Matheus Bevilacqua Campelo Pereira.

SÃO JOÃO DEL-REI

2014

ÉVERTON LEANDRO NASCIMENTO

CONCORRÊNCIA DESLEAL COMO ILÍCITO CIVIL

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves” – IPTAN – como requisito à obtenção do título de Graduado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.: Msc. Matheus Bevilacqua Campelo Pereira (Orientador)

Prof.: PhD. Deilton Ribeiro Brasil

Prof.: Dr. Celimara Teixeira de Almeida

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas graças que me foram concedidas ao longo de toda esta trajetória, sendo o vitalizador de minha fé, nos momentos difíceis durante esta etapa de minha vida.

A Magui, minha querida mãe, que todos os dias reforçava e me dava todo o apoio, e que nenhum momento deveria fraquejar, mesmo quando a situação era forte e contrária. E ainda porque, a busca de mais este objetivo, é graças a você, que construiu todo este alicerce, sou muito agradecido e te amo.

A Pedro, em memória de meu pai, que mesmo não estando presente ficaria honrado por esta conquista, porque dedicou a sua vida na preleção de pessoas e a construir gigantes durante toda a sua carreira de professor, por isso entende este caminho percorrido por mim, sou imensamente agradecido por tudo, sinto sua falta e te amo.

A minha Sofia, a minha filha que chegou em minha vida para alegrar este caminho de pedras, e para me dar forças, quando estava desanimado, com o seu sorriso mais singelo, com a sua alegria ao me ver chegar, na qual aquebrou qualquer emoção contrária, que estava comigo, te amo e todo este esforço é para você.

Ao meu orientador que acreditou na minha pesquisa, nas minhas palavras, nas minhas dificuldades e com paciência me direcionou, ao meu mais sincero agradecimento, sou grato a você.

RESUMO

O presente trabalho apresenta o instituto da concorrência desleal como peça principal da pesquisa, considerando a sua origem, seu fundamento basilar, sua compreensão, bem como sua caracterização como ilícito civil; apresenta também a relação do instituto da concorrência desleal com outros dois institutos do direito civil, a partir de uma interpretação mais ampla sobre o instituto da concorrência desleal; esta, com característica penal, se torna civil, tendo como base o instituto do abuso do direito do Código Civil. A utilização do abuso do direito como caracterizador da concorrência desleal origina o direito de reparação para o prejudicado e a cessação do dano que a concorrência desleal promove para o concorrente prejudicado. O resultado da presente pesquisa propõe outra forma de concorrência desleal sob o âmbito civil em relação aos dispositivos de crime de concorrência desleal inseridos no Código de Propriedade Industrial.

Palavras-chave: Concorrência desleal; abuso do direito; direito da concorrência; responsabilidade civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1.DA CONCORRÊNCIA DESLEAL NO BRASIL.....	8
1.1.Elementos Históricos da Concorrência Desleal no Brasil.....	8
1.2. Lei Propriedade Industrial.....	9
1.3. Ordem Econômica no Brasil e Intervenção do Estado.....	12
1.4. Princípios Fundamentais da Ordem Econômica.....	15
2.CONCORRÊNCIA DESLEAL.....	20
2.1.Conceito da Concorrência Desleal.....	20
2.2.Natureza jurídica da concorrência desleal.....	28
2.3.Distinção entre infração contra a ordem econômica e concorrência desleal.....	29
2.4.Concorrência Desleal e o Consumidor.....	31
2.5.Pressupostos da Concorrência Desleal.....	32
2.5.1.Concorrência.....	32
2.5.2.Clientela.....	32
2.5.3.Concorrência no Espaço.....	33
2.5.4.Existência de Colisão.....	33
2.5.5.Ato suscetível de repreensão.....	33
2.5.6.Desnecessidade de verificação de dano.....	34
3.VERTENTE CIVIL DA CONCORRÊNCIA DESLEAL.....	35
3.1.Vertente civil da Concorrência Desleal.....	35
3.2.Abusividade na concorrência desleal.....	35
3.3.Perspectiva do ilícito civil.....	37
3.4.Abuso do direito.....	38
3.5.Concorrência Desleal como Ilícito Civil caracterizado pela abusividade.....	40
3.6. Responsabilidade Civil.....	43
3.7. Tutela pretendida contra a concorrência desleal.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

Por muito tempo tem-se falado de concorrência desleal, sem uma pesquisa aprofundada sobre este instituto. Houve um crescimento nos estudos referentes ao tema, devido ao crescimento econômico do Brasil nos últimos anos, que tornou mais evidente a necessidade de proteções às empresas no Brasil.

Frequentemente, os empresários apresentam pouca habilidade nas gestões macroeconômicas e mercadológicas, principalmente no que se refere à concorrência; somente ela propõe o crescimento e desenvolvimento no âmbito mercantil.

A realidade do mercado é o contrário da afirmação de que existe somente igualdade de direitos, de boa-fé no cumprimento do dever jurídico que uma empresa representa sob a ordem social. A deslealdade no meio concorrencial, onde muitas empresas exercem suas atividades sem limites, expõe condutas antijurídicas que o ordenamento jurídico visa a promover.

Este trabalho trata de uma pesquisa sobre uma análise mais ampla do instituto da concorrência desleal, com enfoque na área cível. Será discutida uma interpretação mais sistêmica deste instituto utilizado pelas empresas no Brasil como mecanismo de obter lucro de forma ilícita, assim como sua relação com o complexo sistema de normas do direito brasileiro; isso porque, no cotidiano, os consumidores sentem, também, os efeitos provenientes de toda conjuntura econômica originada pela deslealdade concorrencial.

Nesta pesquisa, será apresentada a argumentação de como a norma foi incorporada pelo nosso ordenamento e como ela não condiz com a realidade do país.

O estudo pretende mostrar o que pode ser feito de contraposto com a norma penal natureza do instituto da Concorrência Desleal, na qual este instituto está presente e o que pode ser utilizado em nosso cotidiano para garantir proteção contra a deslealdade em todos os níveis empresariais, além de coibir tais atos.

Também demonstra os outros meios que a sociedade pode utilizar como mecanismo para não se ver prejudicada pela deslealdade da concorrência; é por isso que a parte básica deste trabalho consiste em demonstrar o enfoque e a utilização da correlação entre o instituto da concorrência desleal e o abuso do direito do nosso ordenamento que tutela a deslealdade empresarial na concorrência.

Nesse sentido, o trabalho descreve como o instituto da concorrência desleal se ramificou no ordenamento jurídico; será fundamentado, inicialmente, pelos princípios basilares da Constituição que envolve este instituto de concorrência desleal em nosso ordenamento jurídico.

Em seguida, será demonstrado toda a sua esquematização para o entendimento primário da concorrência desleal e como esta se vê presente nas normas de nosso ordenamento jurídico.

Finalmente, serão examinadas as alternativas de responsabilização do concorrente pela prática mais comum presente no simples ato de agir dentro do seu direito.

O presente trabalho será apresentado em três capítulos. No primeiro, abordaremos os elementos históricos da concorrência desleal no Brasil e como ela se desenvolveu fora da nossa realidade; nesse capítulo, serão apresentadas as normas gerais que parametriza a ordem econômica e financeira, bem como os seus princípios fundamentais. Será ainda apresentado um breve contexto da lei que originou o instituto da concorrência desleal.

No segundo capítulo, apresentaremos o quadro teórico e a abordagem conceitual sobre a concorrência e como se caracteriza a sua deslealdade em nosso ordenamento. O objetivo é apontar o entendimento sobre este instituto e suas relações com outras normas. Apresentaremos os pressupostos que analisam e caracterizam a concorrência desleal em nosso ordenamento, estabelecendo uma relação deste instituto no âmbito civil.

Por sua vez, no terceiro capítulo, apresentaremos outro instituto de natureza cível, bem como a sua vertente, caracterizando práticas de abusividade de um direito que o agente possui e o resultado proveniente desta prática. Neste capítulo, a reparação civil é o enfoque na perspectiva civil do ato.

1. DA CONCORRÊNCIA DESLEAL NO BRASIL

1.1. Elementos Históricos da Concorrência Desleal no Brasil

De início, podemos frisar que a concorrência desleal surgiu pela primeira vez para o Brasil no acordo internacional firmado em Paris, para tutelar a propriedade intelectual e industrial.

A referência inicial é a Convenção de Paris datada de 20 de março de 1883 como primeiro marco histórico da proteção da propriedade intelectual e industrial, que origina o instituto da Concorrência Desleal.

Este instituto surgiu da necessidade de proteção da propriedade intelectual e industrial, porque a existência de atos contrários aos titulares de direito de propriedade intelectual sempre reforçavam a impunidade dos apropriadores. A Concorrência Desleal, além de ser um desses atos, reforça a relação de deslealdade inserida no meio intelectual e industrial; por isso, a tutela da propriedade intelectual desse acordo internacional inseriu o instituto da concorrência desleal como um crime.

A inserção desse tema foi uma tentativa inicial de harmonizar diferentes sistemas jurídicos internacionais que firmaram o acordo em Paris em 1883, relativos à proteção da propriedade industrial e intelectual.

O Brasil incorporou, em seu ordenamento, a proteção à propriedade industrial e intelectual e, posteriormente, participou de outras seis revisões desse mesmo objeto de proteção à propriedade intelectual. A última revisão incorporada é a de Estocolmo, em 14 de julho de 1967, ratificando a preocupação da concorrência desleal (ALMEIDA, 2004, p. 122).

A evolução histórica do instituto da concorrência desleal está nas inúmeras revisões incorporadas dos tratados internacionais supracitados, conforme Almeida (2004, p. 122).

Ao desenvolver a concorrência desleal no tratado em Bruxelas, onde o Brasil foi um dos signatários, a concorrência desleal se consolidou com a introdução de um artigo próprio, para originar uma proteção mais efetiva em relação à tipificação da concorrência desleal que se apresentava contra a propriedade intelectual.

O artigo 10 bis¹ define a concorrência desleal nos seguintes termos: “Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial e comercial” (CHORÃO, 1997, p.173).

Incorporado o Tratado Internacional de Paris e suas outras seis revisões, o Brasil, por meio de decreto legislativo, o tornou público pelo decreto nº 75.572, de 8 de abril de 1975, onde a legislação tratou do tema pelo Código de Propriedade Industrial, de 21 de dezembro de 1971 e posteriormente pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, tornando mais presente no ordenamento jurídico brasileiro a proteção contra a deslealdade na concorrência.

A proteção a Propriedade Intelectual se fundamenta na garantia da propriedade do titular de direito e na proteção jurídica que a Lei de Propriedade Intelectual veio garantir para a competitividade, um direito na concorrência e os direitos personalíssimos dos criadores; todos os direitos presentes na Constituição Federal dentro do Título da Ordem Econômica e Financeira.

No Brasil, o poder constituinte originário direcionou sua atenção para a ordem econômica na Constituição Federal de 1988, originando direitos e apresentando princípios constitucionais para efetivar a prática de políticas econômicas, além de criar regulamentações com as leis infraconstitucionais de proteção a infrações contra a coletividade, bem como a propriedade intelectual na qual o crime de concorrência desleal está inserido.

1.2. Lei Propriedade Industrial

O desenvolvimento do Brasil no plano econômico gerou uma preocupação frequente sobre criações no meio empresarial dentro do plano jurídico, isso devido aos diversos interesses econômicos, principalmente de caráter intelectual; criações identificam negócios, marcas, estabelecimentos, produtos ou serviços.

A proteção destes interesses deve ser respeitada porque, de um lado, estão os criadores intelectuais que são utilizados empresarialmente e, de outro, estão as empresas, que possuem direitos devido à titularidade garantida por direito através de contratos; essa ideia de Bittar (2005, p.15) introduz o uso de criações intelectuais pelas empresas.

Na proteção da Propriedade Intelectual, os conflitos se iniciam devido à

1 Expressão fiel do texto presente no Tratado de Paris de 1883.

apropriação indevida, abusiva por terceiros, podendo mencionar os concorrentes.

A propriedade intelectual pode ser definida como:

[...] a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiofusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial e científico, literário e artístico (BARBOSA,2002,p.30).

A definição da propriedade intelectual não se resume somente à parte intelectual, que necessita da suplementação da conceituação do que é Propriedade Industrial, para compreender, em uma acepção ampla, o direito inerente a essas propriedades.

Barbosa menciona o que vem a ser Propriedade industrial, presente na Convenção de Paris de 1883, que compreende um conjunto de direitos às-patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.

A concorrência desleal é devidamente repreendida perante os direitos estabelecidos aos seus titulares.

Ainda na perspectiva de Barbosa:

[...] a Convenção enfatiza que, conquanto a qualificação industrial, este ramo do Direito não se resume às criações industriais propriamente ditas, mas “entende-se na mais ampla acepção e aplica-se não só à indústria e ao comércio propriamente ditos, mas também às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos manufaturados ou naturais, por exemplo: vinhos, cereais, tabaco em folha, frutas, animais, minérios, águas minerais, cervejas, flores, farinhas”. (2002, p.31)

Não basta a participação do Brasil na Convenção que firma a tutela da Propriedade Intelectual e Industrial, mesmo que por meio deste Decreto legislativo possa ativar a proteção devida ao tema; existe a necessidade da especificidade que a lei visa a regulamentar sobre o direito complexo que envolve toda a matéria

industrial e intelectual.

Por isso a Lei 9.279 de 14 de maio de 1996, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, origina o Código de Propriedade Industrial no ordenamento jurídico brasileiro; tal Código estabelece direitos inerentes aos titulares da propriedade, considerando o interesse do próprio titular, sem se contrapor ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país contido no artigo 2º da Lei 9.279 de 1996.

O código estabelece direitos a concessões e todo o procedimento obrigatório para o seu cumprimento e regula-se à periodicidade que essa concessão permanece como direito ao titular, antes de cair no domínio público.

No artigo 2ª a repressão é outro objetivo da lei, por existir a necessidade de demonstrar os atos atentatórios ao direito de propriedade em tela previstos no:

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:

IV – repressão às falsas indicações geográficas; e

V – repressão à concorrência desleal (BRASIL, 1996).

A natureza da repressão é penal, o que caracteriza tipificação e utilização dos procedimentos penais contra as práticas de crime de propriedade defendido pelo código.

O próprio Código traz um Título específico para estabelecer os crimes contra a propriedade industrial, que são crimes contra as patentes, crimes contra os desenhos industriais, dos crimes contra a marca, dos crimes cometidos por meio de marca, título de estabelecimento e sinal de propaganda, dos crimes contra indicações geográficas e demais indicações, bem como o instituto da presente pesquisa que é o crime da concorrência desleal.

Estes crimes serão procedidos conforme:

Art. 199. Nos crimes previstos neste Título somente se procede mediante queixa, salvo quanto ao crime do art. 191, em que a ação penal será pública (BRASIL, 1996).

E ainda:

Art. 200. A ação penal e as diligências preliminares de busca e apreensão, nos crimes contra a propriedade industrial, regulam-se pelo disposto no Código de Processo Penal, com as modificações constantes dos artigos deste Capítulo (BRASIL, 1996).

Toda a natureza penal da repressão aos atos contra a propriedade industrial está, de forma clara, presente no Código de Propriedade Industrial.

Há ainda a necessidade de indicar que a violação do dever jurídico configura o ilícito, o que, quase sempre, acarreta dano a outrem, originando, assim, um novo dever jurídico, quer seja para reparar o dano; essa aceção é de uma obrigação de responsabilidade civil que o Código de Propriedade Industrial traz na interpretação da letra da lei; é o que se observa no Art. 209:

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial 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 (BRASIL, 1996).

A presente pesquisa vem dirimir o tema sobre os atos não elencados na Lei de Propriedade Industrial que se refere à Concorrência Desleal, na qual se suplementa a possibilidade de originar a responsabilidade civil do concorrente por ato ilícito causado por sua deslealdade, com a prática do abuso do direito.

1.3. Ordem Econômica no Brasil e Intervenção do Estado

Com o entendimento dos elementos históricos da Concorrência Desleal introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro através dos tratados internacionais e o surgimento do Código de Propriedade Industrial, pode-se entender os fundamentos nos quais essa norma tem como base jurídica; logo, apresentamos o entendimento sobre a ordem econômica presente na Constituição Federal.

A noção sobre o Estado começa com a formação de um Estado liberal, que evidencia o indivíduo e promove um Estado não intervencionista, ou seja, pautado

em uma intervenção mínima sobre o indivíduo. Nesse sentido, citamos (LENZA, 2010, p. 983).

A existência de um capítulo exclusivo sobre a ordem econômica se deu em 1934, quando o constituinte previu, no seu artigo 115 da carta constitucional que:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos uma existência digna. Dentro desses limites, é assegurada a liberdade econômica (BRASIL, 1934).

Dentro do próprio contexto, a evolução começa a evidenciar as necessidades sociais, surgindo, assim, o Estado Social, que prioriza uma preocupação principal focada nas questões de relevância social, tanto que a coletividade é um fim, como um bem maior. Logo, se torna claro que, para atender aos direitos sociais, o Estado deveria mudar a sua postura, tornando-se mais ativo e intervencionista, formando, assim, o Estado Social.

Ainda com Lenza (2010, p. 984), podemos afirmar que os clássicos institutos do direito de propriedade e a autonomia da vontade eram suficientes para regulamentar todas as atividades econômicas anteriores, porque o capitalismo era primitivo, afirmava-se na autorregulação, sem qualquer interferência estatal na economia.

A partir do século XX, com a globalização, tornaram-se mais evidente os comportamentos econômicos, porque era percebida a utilização e o descontrole por parte de uma minoria que se evidenciava com abusos de poder econômico.

Segundo o doutrinador retro, a ambientação se tornou propícia à constitucionalização da economia, conforme se observa no seu art. 170, caput, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer e assegurar à coletividade uma existência digna, conforme a justiça social, alicerçada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

Os pilares estão no diploma legal constituinte, nos termos do art. 1º, IV, que torna os fundamentos dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. A evidência destes princípios garante a todos a dignidade, justa existência, sobre os ditames da justiça social.

Nesta pesquisa, a importância está no Título VIII da Constituição Brasileira,

Da Ordem Econômica e Financeira.

Dentro do Título Da Ordem Econômica e Financeira, estão presentes os princípios estabelecidos no artigo 170 que apregoa, no seguinte texto constitucional:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas, sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 1988)

Os respectivos artigos balizam os princípios da ordem econômica e derivam leis específicas para a devida regulamentação econômica, atendendo a política econômica do presente Estado, originando outras temáticas como o direito concorrencial. O poder constituinte expôs no artigo 173, § 4º e § 5º:

Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. (BRASIL, 1988).

O parágrafo quarto do artigo menciona toda repressão aos atos praticados contra o princípio da livre concorrência com base nas inúmeras práticas anticompetitivas que possam trazer prejuízos para a coletividade, como a concorrência desleal, que são práticas das empresas pela busca de lucros. Com mais fundamento, o mesmo artigo autoriza a criação da lei Antitruste no ordenamento jurídico brasileiro, pela lei nº 8884 de 11 de junho de 1994 que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia;

tal artigo dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências para a regulamentação da concorrência. A referida lei foi revogada quase que totalmente pela nova Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que possui o seguinte escopo:

Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.(BRASIL, 2011).

A instituição dessa nova lei transmite a forte preocupação de regulamentar o sistema complexo da concorrência em nosso ordenamento, que, devido ao efetivo desenvolvimento econômico, o ordenamento necessita de acompanhamento mais eficaz; mesmo com o advento dessa nova lei sobre o sistema de defesa da concorrência, a lacuna normativa, com a perspectiva na prática cotidiana das pequenas empresas, é evidente.

1.4. Princípios Fundamentais da Ordem Econômica

A Constituição Federal disciplina interesses nacionais, regulamentando com princípios fundamentais para dirimir controle e limites. No entanto, ainda expõe, de forma explícita e implícita, princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico, garantindo assim autonomia e proteção, apresentando uma posição soberana do Estado.

O princípio da ordem econômica, que evoluiu junto com a constitucionalização da economia, é o princípio da função social da propriedade, que garante direitos sobre a propriedade privada de forma ampla, inclusive das propriedades privadas como a propriedade intelectual, dos meios de produção e do comércio.

O próprio direito de propriedade é um direito fundamental já expresso no início da Constituição Brasileira, no art. 5º, inciso XXIII; logo, a propriedade deve possuir finalidade para exercer a função social, além de se desdobrar no seu diploma legal nas responsabilidades de seu agente, podendo ter que arcar com ônus em caso de ser responsabilizado.

Outro princípio da Constituição é o da Livre Iniciativa, que se refere à liberdade, existência digna e uma valorização social. Este princípio estrutural da economia nacional brasileira gera o incentivo contínuo de particulares para as empresas atuarem conjuntamente no complexo sistema capitalista, visando ao progresso econômico.

Segundo Eros Grau (2000, p. 227), a livre iniciativa é:

Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), descrevo a liberdade como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de condutas e de comportamento – aí a sensibilidade; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonegado – aí a acessibilidade.

A própria iniciativa traz desdobramentos para a liberdade, como uma liberdade de escolher os seus próprios caminhos profissionais e suas próprias atividades econômicas.

Segundo Almeida (2004, p. 95), o instituto da livre iniciativa é a própria atitude de iniciar uma atividade, representando uma situação econômica espelhada na realidade dos caminhos que o país deve seguir para o desenvolvimento de sua economia.

A livre iniciativa interpretada no campo subjetivo afasta a intervenção do Estado nas atividades econômicas, dando uma maior liberdade aos cidadãos, promovendo, assim, uma autonomia, uma liberdade em sentido expresso. A livre iniciativa, além de criar liberdade, origina-se do próprio princípio da iniciativa, um desdobramento para outro princípio que envolve uma liberdade, o princípio da livre concorrência.

O entendimento sobre a livre concorrência é que os particulares possuem direito de participar das atividades econômicas de forma a competirem entre si, sem abusos, de acordo com a ordem natural pré-estabelecida pelo ordenamento jurídico. Existe sim intervenção do Estado somente em atividades econômicas que podem gerar dano à segurança nacional ou à coletividade; somente por isso que o Estado intervêm para controlar, regular e blindar. Por esse motivo ocorre uma competição

natural entre os particulares, com finalidades comerciais e econômicas, criando, também, um limite à liberdade do particular, sem nenhuma participação de abusos provenientes dessa competição. Quando o limite da liberdade é ultrapassado, evidencia-se um abuso, que infringe direitos, caracterizando uma deslealdade, que avança sobre a liberdade e a ordem concedida e pré-definida pelo Estado brasileiro. Existe também o Princípio da Defesa do Consumidor presente na Ordem Econômica Brasileira; faz parte da tutela coletiva que o Estado participa para proteger o cidadão; podemos dizer que este é a parte hipossuficiente nas relações de consumo e na economia.

O consumidor é a fonte principal da atividade econômica e de toda a organização que envolve a atividade empresarial; justo por isso, a liberdade torna o mercado voraz, agressivo nas buscas da clientela e do lucro; isso gera a necessidade de proteção estatal para limitar os excessos.

O crescimento de mercado no contexto da globalização define o consumo como parte indispensável para o desenvolvimento de uma economia e das relações contratuais que o consumidor participa. O princípio da defesa do consumidor traz garantias de tutela no texto constitucional, tanto que o artigo 170, inciso V, expõe o próprio princípio fundamentado pela matéria constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. (BRASIL, 1988).

A preocupação com a parte fraca da relação de consumo traduz um importante passo a cidadania, motivo de preocupação em balizar essa proteção de forma mais específica com o advento da lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, instituindo o Código de Defesa do Consumidor, de forma a assegurar, assim, a tutela do Estado sobre o consumidor.

É importante mencionar o princípio fundamental da isonomia, no qual os valores de igualdade estão inseridos no próprio diploma legal, originando limitações e parâmetros a serem seguidos por todos, presente no texto legal de 1988, caput do artigo 5º da Constituição Federal, que trata todos isonomicamente, sem distinções e

que proíbe diferenciações arbitrárias.

As empresas são constituídas sobre regras do ordenamento jurídico brasileiro, gerando recursos e proveitos de relações comerciais e industriais; também estão inseridas na vertente do princípio da igualdade e se encontram resguardadas na legislação em inúmeros incisos do próprio artigo 5º e outros dispositivos de lei; por isso, as atividades empresariais também estão enquadradas no manto dessa igualdade.

O princípio compreende o dever de aplicar a igualdade no caso concreto, inclusive a igualdade entre os entes de atividade empresarial, de finalidade empresarial privada, garantida juridicamente na nossa legislação.

Outro princípio, exposto no artigo 170 sobre o favorecimento das empresas de pequeno porte, deve ser frisado:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas, sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 1988).

A instrução normativa direcionou criações de emendas e lei complementar para favorecer não só as empresas de pequeno porte, mas também as microempresas do país. A importância dessas atividades empresariais é tão grande que houve a necessidade de regulamentá-las por intermédio da lei complementar nº 123 e 14 de dezembro de 2006, instituindo o Estatuto Nacional da Microempresa e da empresa de Pequeno Porte, que, logo no seu primeiro caput, estabelece:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere: (BRASIL, 2006).

A mesma lei define quais se enquadram no artigo:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade

empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: [...] (BRASIL, 2006).

No entanto, tal favorecimento tem por base a regulamentação e proteção dessas empresas na economia brasileira; isso constituiu preocupação do poder constituinte em promover a sua manutenção o que denota fragilidade em nosso mercado, devido à agressividade originária da livre iniciativa e da livre concorrência, presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2. CONCORRÊNCIA DESLEAL

2.1. Conceito da Concorrência Desleal

A recepção do direito material da concorrência desleal no ordenamento jurídico brasileiro provém da evolução do tema pelos tratados internacionais, bem como de nosso ordenamento jurídico. O diploma constitucional dedica atenção à livre concorrência e diretamente à concorrência leal, daí a necessidade de consagrar o que pode desmoralizar tal fato. Desse modo, é importante apresentar as razões sobre as questões e preceitos das transgressões sobre a ordem econômica no contexto da concorrência desleal.

A definição sobre a concorrência desleal em nosso ordenamento jurídico deve-se iniciar com o entendimento contraposto à concorrência leal, que se amolda sobre ser contrário a boa fé e aos usos honestos da matéria concorrencial.

A concorrência leal está diretamente ligada ao princípio da livre concorrência; este é um desdobramento do princípio da livre iniciativa, ambos pertencentes à ordem econômica. Em decorrência disso, pode-se afirmar que a concorrência leal é um ato decorrente de uma liberdade individual subsidiada pela livre iniciativa, para promover um conjunto de atos de mercado dentro da liberdade, dos atos honestos, dos bons costumes, da boa fé e sempre dentro dos limites estabelecidos em lei, sem excessos. Isso sim é a concorrência leal, decorrente do princípio da livre concorrência.

Há dificuldade de compreender o termo uso honesto, por ser considerado subjetivo; a finalidade da concorrência leal, quanto a desleal é a mesma, que corresponde em ter a clientela para si, é auferir o lucro, como o resultado esperado, conforme observa Almeida (2004, p.125).

Portanto, a concorrência desleal é considerada crime, com as suas tipificações taxativas expostas em nosso ordenamento. Mas também os dispositivos que tipificam como crime a concorrência desleal não abrangem a totalidade de atos de deslealdades, não chegando a esgotar o tema, tanto que, como mencionado anteriormente, no próprio Código de Propriedade Industrial, local onde estão inseridas as tipificações da Concorrência Desleal, a tipificação das condutas que caracterizam como crime não abrange a totalidade dos atos; conforme o artigo 209

da Lei 9.279 de 14 de maio de 1996, que é o próprio Código de Propriedade Industrial.

A Convenção de Paris, precisamente com revisão de Estocolmo, visou a identificar uma definição dentro do seu próprio diploma, para explicar o que vem a ser contrário ao significado de uma concorrência leal. A intenção normativa a que o texto de lei se propõe é conceituar o ato e entender o significado e todo o contexto sobre a concorrência desleal, porque este artigo foi o primeiro a referenciar tal ato e ainda a direcionar atenção à proteção efetiva contra a Concorrência Desleal que deve ser suficiente para limitar as condutas proibitivas impostas aos particulares. Logo:

Artigo 10 bis

(1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal.

(2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

(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;

2º As falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar 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 (ESTOCOLMO, 1967).

No Brasil a validade prática da concorrência desleal foi incorporada com a ratificação pelo Decreto Legislativo nº 78, de 31 de outubro de 1974 e pela publicação por meio do Decreto nº 75.572 de 8 de outubro de 1975, se concretizando quando recepcionado pelo Código de Propriedade Industrial de 21 de dezembro de 1971 e, posteriormente, pela Lei 9.279, de 1996, conforme menção de Almeida (2004, p. 127).

É no Código de Propriedade Industrial que está inserido e instituído um capítulo sobre os crimes de concorrência desleal, segundo a Lei 9.279/1996 em seu artigo 195, porque a prática destes atos na concorrência já se tornou habitual; por isso que os atos são:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I – publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II – presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem (BRASIL, 1996).

Estes dois incisos explicitam os atos que têm o objetivo de prejudicar o concorrente, utilizando de meios insidiosos e articulados, através das publicações de informações falsas que afetam o negócio alheio do concorrente, são informações que visam a prejudicar de qualquer forma ou espécie.

E ainda devem-se observar os limites que estes atos denegridores possam afetar diretamente o concorrente, uma vez que, na prática habitual da concorrência, os concorrentes utilizam informações comparativas para enaltecer seu negócio frente ao concorrente; esses limites não podem ultrapassar a barreira do aceitável, porque todos os dois incisos visam ao objetivo de desviar a clientela do concorrente.

O próximo inciso também possui a finalidade de desvio da clientela, fato comum proveniente de uma concorrência, mas a utilização de fraude, essa sim deve ser combatida e repreendida. O inciso III, do artigo 195, se compõe pelo desvio da clientela por meio de fraude de forma mais ampla:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

III – emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; (BRASIL, 1996).

Nos incisos IV e V do artigo 195, a utilização de sinais e expressões alheios são para criar uma confusão para o cliente consumidor, levando-o a confundir e adquirir produtos ou serviços do concorrente desleal; o ato de usar indevidamente o bem imaterial do concorrente, de forma a apropriar e subverter o uso, está tipificado no inciso V do referido artigo; no entanto, deve-se observar que, nestes incisos, o legislador deu importância à proteção de um bem imaterial da empresa, logo:

IV – usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V – 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;

VI – substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento (BRASIL, 1996).

O Inciso VI deste artigo possui, na sua redação, a clara apropriação do bem imaterial do concorrente, buscando auferir lucro e clientela como resultado de engano que o cliente comete com esta substituição de denominações.

Nesse sentido, a utilização de meio ardil é claro na tipificação taxativa destes atos presentes nos dispositivos apresentados; por isso, a proibição ao particular de utilizar títulos e outras distinções que visam a sobrepor o concorrente, não sendo verdadeiras, são condutas limitadas pelo próximo inciso, que seria:

VII – atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; (BRASIL, 1996).

O próximo dispositivo apresenta duas distinções de condutas típicas que configura o crime de duas formas diferentes, sendo a primeira vender, expor ou oferecer a venda e a segunda a valer-se de recipiente ou invólucro de outrem para negociar produtos de mesma espécie. Na primeira hipótese, deve haver a falsificação e, na segunda, a adulteração do produto deve ser evidente, porque, na adulteração, o produto deve sofrer qualquer uma das alterações na sua composição, aparência e forma, conforme entendimento de Almeida (2004, p.165):

VIII – 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 (BRASIL, 1996).

Já no inciso IX, o objetivo é tutelar a imoralidade, tanto que se caracteriza também outra tipificação presente no Código penal que é a corrupção ativa com o objetivo de obter vantagens. A obtenção de vantagem na utilização do empregado concorrente é evidência clara de dano causado pelo concorrente, quando o suborno

é aceito pelo empregado e ele trabalha contrário aos interesses do negócio; isso porque o empregado, ao aceitar o suborno, falta com o seu dever com o empregador, originando a quebra de confiança. Neste dispositivo, a caracterização ocorre quando:

IX – dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X – recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; (BRASIL, 1996).

Da mesma forma que o entendimento anterior, a conduta grave do empregado é imoral, e o dispositivo X deste artigo tipifica outra conduta referente à promessa de recompensa.

XI – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de 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;

XII – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou (BRASIL, 1996).

O presente inciso XI apresenta a apropriação de informações e conhecimentos inerentes ao negócio sem autorização por parte dos dirigentes da empresa ou qualquer relação de emprego que o empregado teve para com a empresa. Está situação é a mais habitual e a que traz grave dano ao negócio, porque o segredo do negócio é indispensável para as inovações e o desenvolvimento da empresa e a violação do bem imaterial que a empresa possui.

O inciso XII é similar ao dispositivo anterior, mas, neste dispositivo, as informações ou conhecimentos foram obtidos com a utilização de meios ilícitos.

XIII – 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; (BRASIL, 1996).

Neste caso, Almeida (2004, p. 169) explica que o que pretende afastar é o uso de informações falsas, em face de uma propriedade adquirida através da patente depositada ou concedida, ou ainda a falsa afirmação do registro do desenho industrial, que o concorrente visa a utilizar.

Por sua vez, no último dispositivo do artigo 195 da tipificação da Concorrência Desleal, está a questão que envolve a necessidade de regulamentação do produto ou serviço por uma entidade reguladora, uma vez que devem existir aprovações nas entidades governamentais antes da comercialização do produto.

Almeida (2004, p.170) explica por que deve ser autorizada a comercialização; a autorização da administração pública direta ou indireta, nessa situação, deve ser inerente ao ato, sob pena de negar ingresso ao mercado.

Aproveitando-se de tais situações, o agente apropria-se de informações sigilosas para gerar lucro proveniente desta indevida apropriação. O dispositivo expõe o ato:

XIV – 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.

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

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público. (BRASIL, 1996).

Almeida (2004, p.126) menciona ainda que o ato de se apropriar da clientela é um objetivo fim, é uma concorrência leal, mas ultrapassar a barreira do aceitável,

lançando mão de meios desonestos, direciona ao ato de deslealdade, tanto que a própria legislação baliza esse limite de aceitação, enumerando, em sua legislação, os mais comuns atos consagrados como desleais, que visam a prejudicar o concorrente.

Portanto, a taxatividade está na tipificação do art. 195 do Código de Propriedade Industrial que, para fins penais, devem ser interpretados como tais.

Conclui-se, em um primeiro momento, que a concorrência desleal pode tomar posse do conceito de confusão, que não traz clareza ao ato, direcionando ao erro e ao engano. A finalidade de induzir o consumidor ao erro fica clara, para que se possa auferir a clientela e o lucro proveniente de tal relação.

Soares (1980, p.16) descreve a diferença entre concorrência desleal específica e a genérica; a primeira atende aos comportamentos dos agentes que geram atos graves, que o referido art. 195 do Código Propriedade Industrial tipifica taxativamente. Como no caso de patentes, modelos de utilidades, desenhos industriais, segredos de negócio, nomes comerciais, marcas e processos comerciais de uso exclusivos. Por sua vez, a concorrência desleal genérica, foco da presente pesquisa, se diferencia pela a ótica de que os fatos não estão previstos na lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula os direitos e obrigações da propriedade industrial, caindo sob o domínio de direito comum, que é o direito de propriedade atribuído à determinada pessoa.

A definição da concorrência desleal ainda continua a ser uma tarefa difícil de ser compreendida, porque existem diferenças de crimes de propriedade industrial e de concorrência desleal. Se existir requisitos que atendam os procedimentos obrigatórios que o Código de Propriedade Industrial estipula para o registro o crime, não seria de Concorrência Desleal, mas, se esses atos fogem à regra do código, mesmo que os atos estejam enquadrados sobre uma mesma perspectiva, trata-se de concorrência desleal, observa se:

Quando esses sinais distintivos se acham registrados como marcas, a hipótese cai sob o domínio da lei respectiva, sendo punível como contrafação (Decreto-lei 7.903/45, art.175).Tratando -se de sinais não registrados, é condição essencial á ação baseada em concorrência desleal [...] (SOARES, 1980, p. 16).

Já o doutrinador Almeida entende que:

Assim, o artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial apresenta, para os efeitos penais, atos descritos em seus incisos, contudo, esses mesmos atos serão meramente exemplificativos ao se tratar de concorrência desleal pura (2004,p. 131).

Também:

À vista da tipificação dos crimes e do princípio da reserva legal, do ponto de vista criminal a lista do artigo 195 é taxativa, no sentido de que apenas os atos nele previsto podem ser reprimidos criminalmente, descabida analogia. Demais práticas delituosas detectadas no mercado poderão gerar tão somente reparação civil mediante a aplicação dos artigos 207 a 210 da Lei nº 9.279/96 combinados com o artigo 159 do Código Civil. (FIGUEREIDO,2000, p. 40).

É necessário uma ressalva sobre a combinação dos artigos, conforme referenciado; seria a forma correta hoje, devido ao Código Civil de 2002,; a combinação aplicaria os artigos 207 a 210 da Lei nº 9.279/96, lei propriedade industrial, com o artigo 927 do Código Civil.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.(BRASIL,2002).

O dispositivo anterior do Código Civil versa sobre a possibilidade da responsabilidade civil no fato jurídico contrário ao direito. A reparação civil se torna o caminho que o concorrente tem para tutelar o seu direito dentro do prisma da livre concorrência. O que não se pode ter é interpretação análoga, isso gera dúvida sobre a distinção entre concorrência desleal e a concorrência ilícita.

Para o entendimento sobre a concorrência desleal, além de sua tipificação enquanto crime, não podemos esquecer que também existe diferença entre o crime da concorrência desleal e concorrência desleal, conforme o Almeida expôs anteriormente; existem atos não mencionados no rol taxativo do artigo 195 da lei de propriedade industrial.

Portanto, o crime de concorrência desleal se limita aos atos expostos na norma; já a outra perspectiva se contrapõe em pontos de interpretação mais extensivos ou amplos, na qual não indica crime, mesmo porque o nosso

ordenamento não conseguiu abranger a totalidade do instituto da concorrência desleal.

2.2. Natureza jurídica da concorrência desleal

A demonstração da vontade nesse ato de prejudicar outrem, no caso do concorrente, é a conduta do agente, que esclarece, em seu comportamento prejudicial, desonesta a prática desleal. Porém não se pode afirmar ser a única razão tipificada no ordenamento de prática da concorrência desleal.

O fim a que se propõe a prática da concorrencial leal e da desleal, que resulta em ônus, um dano, é o de auferir lucro, porém, um concorrente que utiliza-se de articulações naturais, de experiências, de habilidades e estratégias comerciais está dentro da proposta do poder constituinte, de expor o seu direito constitucional que é a sua livre iniciativa e livre concorrência.

Por mais que suas ações sejam agressivas, utilizando-se de ações para ganhar mercado, seduzir e até manter clientela, e que, em seu fim, prejudica o concorrente diretamente e indiretamente, porque esse perdeu mercado, posição e lucratividade, ainda assim tal comportamento não se caracteriza como deslealdade. Mesmo porque esse comportamento de concorrência é mais pertinente, apresentando toda a sua vontade e exposição clara de ações comerciais efetivas, de modo a apresentar uma livre concorrência e não uma deslealdade.

Uma empresa necessita de lucro para a sua manutenção e evolução, um alimento empresarial da cultura capitalista, que sempre contrapõe a oferta e a procura, administrando tanto a sua escassez quanto a abundância de recursos; se existir parte deste meio comercial e industrial numa relação direta e indireta de concorrência, esses agentes sempre disputarão a fonte de recurso do lucro, aqui denominado de cliente.

Logo nessas relações de mercado, empresas se destacam porque possuem um grande poder econômico, tornando-se concentrações essas empresas que detêm dominação de mercado, porque conseguem unilateralmente modificar a seu favor o mercado com seu poder econômico; na outra vertente do mercado, outros agentes como as micro e pequenas empresas ausentes de estruturas como as empresas dominantes.

Nesses últimos tempos, o Brasil criou um cenário propício ao empreendedorismo, gerando assim milhares de micro e pequenas empresas com personalidades jurídicas que sustentam a base econômica do país. Tanto que constitucionalmente houve preocupação de favorecer e dar sustentabilidades a esses agentes.

São essas empresas que ficam mais prejudicadas e sujeitas ao ilícito civil, precisamente o abuso como forma de deslealdade, nos atos de comércio. Portanto, a necessidade da explicação civil em relação a estes atos torna-se indispensável para o entendimento do contexto.

2.3. Distinção entre infração contra a ordem econômica e concorrência desleal

A origem de toda esta matéria está nas convenções internacionais em que o Brasil foi signatário. O interesse na matéria de propriedade intelectual originou repressão à concorrência desleal, porque já era uma preocupação internacional e dos nacionais de controlar matérias provenientes de concorrências.

O processo de desenvolvimento econômico que o Brasil obteve tornou óbvio e explícito a necessidade de controlar e limitar o complexo sistema das relações comerciais e econômicas; isso porque junto com o desenvolvimento vêm as imposições necessárias que a liberdade de agir economicamente traz consigo. Por isso o poder constituinte se preocupou com a normatização da ordem econômica, presente hoje em nosso texto constitucional.

Outro ponto que deve ser mencionado é a distinção clara de infração da ordem econômica e a concorrência desleal genérica. Porque o nosso ordenamento criou limitações a estes dois segmentos de concorrências; a primeira sendo infrações de ordem econômica e outra como o objeto do presente tema a concorrência desleal.

Infrações à ordem econômicas são integralmente correlacionadas ao prejuízo causado a coletividade, porque o bem indisposto nesta tutela gera um gravame de proporções que alcança uma ampla gama de consumidores; a liberdade de participar de uma atividade empresarial, salvo os impedidos por lei traz uma participação ativa na concorrência, origina as inovações e criatividade para o desenvolvimento de novos bens ou serviços a serem comercializados ou

produzidos; a proteção da concorrência, sob a égide de infrações econômicas, visa a tutelar um sistema estrutural da economia.

As empresas articulam participações ativas para dominar o mercado e estratégias agressivas para gerar interesses dos consumidores para o seu negócio. A liberdade de agir e de concorrer com empresas que possuem a mesma atividade e o mesmo objetivo gera um dano a outrem ou à coletividade, isso tudo pelas articulações de sedução ao consumidor; tudo provem de um complexo sistema capitalista. Por isso o texto constitucional patrocina proteção contra estas infrações.

Já a outra porção da defesa da concorrência está sobre a concorrência desleal genérica; os afetados são os da esfera pessoal, no âmbito particular, porque os atos de concorrência desleal visam a prejudicar somente o concorrente, retirando a sua clientela e os meios que possam atingir e causar prejuízos.

A Lei de Propriedade Industrial, lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, foi criada com a preocupação com o desenvolvimento econômico tanto que no seguinte caput:

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:

- I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
- II - concessão de registro de desenho industrial;
- III - concessão de registro de marca;
- IV - repressão às falsas indicações geográficas; e
- V - repressão à concorrência desleal. (BRASIL, 1996).

A finalidade da norma evidencia a preocupação de regulamentar – o que é pertinente ao desenvolvimento econômico do país. Outro ponto sobre a mesma norma é a preocupação de reprimir a concorrência desleal. Por isso que especificou foi especificado um capítulo para tipificar o crime com o rol de todos os seus atos. Mas também estabeleceu; estabeleceram-se também, nesta mesma norma, outros crimes que não são crimes de concorrência desleal, a exemplo do como crime contra patentes, crimes contra desenhos industriais, dos crimes contra as marcas, crimes por meio de marcas, título de estabelecimento e sinal de propaganda, dos crimes bem como aqueles contra indicações geográficas e demais indicações.

2.4. Concorrência Desleal e o Consumidor

Como parte de um microsistema normativo a que se refere a concorrência desleal, existe também a preocupação do Código do Consumidor de repreender tais atos de concorrência desleal sendo as leis genéricas não elencadas em dispositivos, e ao passo que as específicas estão presentes, tais como crime no rol taxativo do artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial e os crimes expostos na Lei de Propriedade Industrial:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; (BRASIL,1990)

Pode-se observar que a preocupação contra qualquer prática de abusos a concorrência desleal é explícita em todo o desdobramento normativo, de forma que o texto constitucional se deu através da ordem econômica; ainda dentro do próprio Código do Consumidor, em seu Artigo 6º, temos que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

V - 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 (BRASIL,1990).

A coletividade representada pelo consumidor traz como direito fundamental a sua proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais; estes podem ser interpretados como os crimes já expostos em matéria penal ou outros meios que a norma não expôs e deixou de forma implícita, mas com a necessidade de proteção.

A concorrência desleal possui duas vertentes, sendo que a primeira está exposta no rol taxativo do art. 195 da Lei de Propriedade Industrial que possui os atos descritos em seus incisos, caracterizando-se crimes de concorrência desleal; já

a segunda vertente cai sob domínio comum do direito e possui uma grande amplitude de estudo de casos concretos para compreender a segunda vertente da concorrência desleal.

2.5. Pressupostos da Concorrência Desleal

Os tipos de pressupostos que ratificam a existência da concorrência desleal são os do tipo doutrinários e de maioria corrente, porque, na inexistência de qualquer dos pressupostos, a ação de concorrência perde sua força.

2.5.1. Concorrência

A verificação do pressuposto concorrência se dá pela necessidade de entender como se caracteriza a concorrência desleal. Um dos pressupostos principais e condicionais é haver concorrência, porque se pode falar em concorrência desleal se não existe concorrência; por isso, é uma condição necessária. Nesse sentido:

A concorrência é, portanto, a possibilidade de competitividade entre os fornecedores de um mesmo bem ou serviço, com o objetivo de trazer para si o maior número de consumidores (clientes) (ALMEIDA, 2004, p. 139).

A concorrência é um concurso de agentes econômicos buscando um mesmo fim, ou seja, agentes com atividades econômicas competindo entre si em um mercado, que disputam a comercialização de um bem; de acordo com Barbosa (2002, p. 26), na existência de dois ou mais competidores nominais que não se agridem, não se pode alegar deslealdade na concorrência.

2.5.2. Clientela

Se existe uma competição entre dois agentes econômicos, é porque ambos possuem um mesmo objetivo, mesmo que já exista um com o maior número de clientela em seu denominador comum; no entanto, não há como falar nem em concorrência se não existem clientes.

O entendimento de Bittar (2005, p.48) é que toda a direção tomada das ações dos competidores nominais nesse campo se volta para a clientela e que a disputa pela sua captação qualifica como o ato, pois trata-se de concorrência desleal, quando se utiliza de meios abusivos.

Quando existe a concorrência desleal, esta deve ser reprimida, porque se utiliza de meios e práticas que superam a barreira do aceitável, lançando mão de meios desonestos para alcançar a clientela alheia. Conforme entende Almeida (2004, p.140), para a existência de concorrência, leal ou desleal, será sempre necessária a clientela, porque é dela que se extrai o sucesso do negócio.

2.5.3. Concorrência no Espaço

O ponto de vista sobre o território é que, se a competitividade não subsistir sobre uma mesma base territorial, não existe uma competição nominal, mesmo porque, na inexistência de agentes no plano competitivo em um determinado setor, região ou até uma mesorregião que estejam atuando de forma ativa, não há de se entender como deslealdade; havendo discussão sobre essa perspectiva, há violação direta ao princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, porque não haveria liberdade do agente econômico para promover a sua atividade sobre este posicionamento.

2.5.4. Existência de Colisão

Para caracterizar a concorrência desleal, deve existir um lide entre as partes envolvidas, podemos pensar que a colisão é o conflito entre dois interesses em comum. A finalidade dos dois interesses também devem estar correlacionadas, para que uma das partes tenha o direito a ser pleiteado.

Para converger esta colisão no direito material, a prática desta infração pode ir contra o afetado ou pode ser infração contra a ordem econômica.

2.5.5. Ato suscetível de repreensão

Para a concorrência desleal se promover, deve ser destacada das boas

práticas normais dos negócios, sem métodos coercitivos; isso porque há de se falar em uma qualificação por ausência ou desrespeito a preceitos de direito, da moralidade, que traz consigo praticas de excessos, tanto que Bittar (2005, p.49) explica que se cumpre a deslealdade, que se trate como repreensível e que constitua abuso, na justificativa da própria existência da concorrência desleal.

Já Almeida (2004, p. 141) considera que:

[...] a deslealdade como um ato resultante da violação de normas e de usos honestos, que seja suscetível de repreensão e que venha ou possa a vir causar prejuízo.

Claro que se observa que a duas vertentes da concorrência desleal se distinguem pelo seguinte entendimento. O crime de concorrência desleal, em suas tipificações taxativas, é matéria de direito. Já a concorrência desleal, em seu sentido amplo, já é matéria de fática.

2.5.6. Desnecessidade de verificação de dano

O entendimento do doutrinador Bittar (2005, p. 48) é que este pressuposto não exige a concretização de dano; basta existir uma possibilidade ou um perigo de sua concretização, uma vez que o simples perigo de risco de dano se acha suficiente como parâmetro da ação de concorrência que visa cessar os atos definidos como repreensíveis, reparando-se, assim, os prejuízos.

Assumir o risco é uma característica própria da atividade empresarial, por isso que o empresário ao gerir os seus atos, os mesmos devem ser feito com cautela e dentro dos limites legais. Para que não ultrapasse os limites estabelecidos em lei, em caso de cometer tais atos, não se precisa haver dano, simplesmente assumiu o resultado do risco.

3. VERTENTE CIVIL DA CONCORRÊNCIA DESLEAL

3.1. Vertente civil da Concorrência Desleal

A vertente civil não vem demonstrar o fator criminal da concorrência desleal, mas um ponto distinto: o instituto denominado abuso do direito presente no Código Civil que caracteriza a concorrência desleal no âmbito civil.

O abuso do direito direciona a concorrência desleal em contraposto ao artigo 195 da lei de Propriedade Industrial, que traz o rol das condutas típicas do crime de concorrência desleal.

Desse modo, neste capítulo, a matéria a ser discutida está sob o enfoque da ilicitude civil caracterizada sobre o abuso do direito como espécie de ato ilícito originando a responsabilização civil do concorrente desleal.

Como a concorrência desleal é matéria fática, existe a necessidade de buscar um mecanismo mais efetivo para caracterizar a concorrência desleal como ilícito civil que direcione a responsabilização do dano para o concorrente prejudicante, mesmo porque é pouco eficaz provar e imputar crime de concorrência desleal do concorrente pela parte prejudicada.

Aparentemente, na fase de explicação da vertente civil da concorrência desleal, apresentamos o instituto do abuso do direito como forma de estabelecer reparação do dano na relação da concorrência desleal, porque essa deslealdade é a mais ampla entre as mencionadas no rol taxativo presente no Código de Propriedade industrial.

Existe muita discussão sobre o tema, tanto que, de acordo com Almeida (2004,p.31): esses doutrinadores entendem que não é possível afirmar a abusividade de um direito, uma vez que, sendo direito, não poderia ser abusivo e, sendo abusivo, não seria direito.

Portanto, a relevância da conceituação do instituto da abusividade na concorrência desleal faz compreender a importante espécie genérica da concorrência desleal como ilícito civil.

3.2. Abusividade na concorrência desleal

A prática da concorrência desleal se incorporou no ordenamento jurídico brasileiro através da ratificação do instituto na Lei de Propriedade Industrial.

Este instituto se desmistificou na referida lei e expandiu-se em inúmeras partes do ordenamento jurídico brasileiro, originado pelo desdobramento dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, diferenciando as infrações contra a ordem econômica e o crime de concorrência desleal.

Outro local que se expandiu, e encontramos referências sobre a concorrência desleal, está nas relações de trabalho, na divulgação de segredos de negócios ou nas cláusulas contratuais de trabalho, que envolvem concorrência na relação entre empregado e empregador, sem esquecer as que envolvem segredos de negócio.

Encontra-se também referência no Código de Defesa do Consumidor, que expõe os direitos básicos do consumidor e a aversão a métodos coercitivos e desleais, praticados pelos fornecedores de produtos ou serviços.

A concorrência desleal também está presente na lei antitruste de 2011, nas ações do Sistema de Defesa Econômica do Brasil, tanto que frisamos o desenvolvimento da autarquia federal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com finalidade de prevenir e reprimir práticas provenientes de atos de concentração econômica das empresas detentoras de domínio do mercado.

Após essa breve passagem, lembramos que a presente pesquisa é sobre a presença de concorrência desleal genérica sob a ótica dos moldes civilistas, com a prática de abusividade pelos excessos que a sociedade empresarial pratica.

Por isso que a atenção ao termo abusividade sempre esteve presente em nosso ordenamento, seja no Código Civil, seja no Código do Consumidor e em outras normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, pode-se generalizar ao interpretar e utilizar como mecanismo o artigo 187 do Código Civil onde se localiza o instituto do abuso do direito, na manifestação dos limites anormais que o concorrente atua. Este exercício anormal de direito praticado pelo concorrente busca auferir lucros que manifestam desequilíbrios entre os interesses presentes nas práticas de ato ilícito.

Por isso posicionamos a utilização do abuso do direito, quando o concorrente pratica ato que ultrapassa os limites de direito, uma vez que a responsabilização do

concorrente que comete abusos dos direitos se sobrepõe aos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e as boas práticas de mercado.

Portanto, o que será analisado é o abuso do direito sobre uma liberdade concedida pela livre concorrência como mecanismo de repressão para concorrência desleal genérica como ilícito civil; por isso explica-se:

Quando o detentor desse direito (livre concorrência) que deve exercê-lo de forma leal, abusa desse direito (abusa do direito) estará praticando um ato de concorrência desleal, justamente em razão de utilizá-lo de forma irregular, afastando-se de sua finalidade (ALMEIDA, 2004, p. 190).

Nesse sentido, o abuso do direito é um ato racional que evidencia o uso excessivo do direito para um objetivo econômico, justificado pelo excesso de liberdade proveniente do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência caracteriza o ato de ilícito civil praticado pela concorrência desleal.

Serão discutidas ainda a análise sobre a ótica civil, e a concorrência desleal genérica.

3.3. Perspectiva do ilícito civil

A abordagem sobre o ilícito civil é praticado pelo concorrente na utilização do abuso do direito independente de direcionamento penal do artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial; tanto que o Código Civil expressa:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

Almeida (2004,p.131) relata sobre a responsabilidade civil no que tange a eventuais perdas e danos a serem reclamados, tanto nas situações taxativas da norma, quanto outras não elencadas no referido artigo 195 do código propriedade industrial. Desse modo, entende que poderão ocorrer outros atos que, embora não sejam caracterizados como crime, são concorrência desleal.

O artigo 187 do Código Civil ampara a análise sobre a ilicitude do ato, praticado pelo concorrente para auferir lucro, quando tal ato ultrapassa os limites de

liberdade concedidos pelo princípio da livre concorrência.

O resultado é o ato ilícito que, no exercício desta liberdade pela concorrência, prática excessos, porque a prática excessiva desses limites impostos pelo nosso ordenamento jurídico enquadra a Concorrência Desleal como ilícito civil, utilizando, como complemento de fundamentação, o referido artigo 187 do Código Civil.

Em complemento, a norma civil ampara tal assertiva com o artigo 187 do Código Civil:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

No próprio artigo, a referência do excesso manifestado contraria o ordenamento jurídico, trazendo prejuízo ao concorrente; o fim econômico é o objetivo principal do concorrente quando abusa do direito para lucrar com tal ato.

3.4. Abuso do direito

As definições sobre o abuso do direito são inúmeras; como referência, podemos trazer a conceituação de Pereira (1995, p. 430):

Abusa do seu direito, o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.

O conceito acima se posiciona em definir que existe abuso do direito quando excede os limites impostos para a prática do ato. O conceito da referência anterior expõe posicionamento perante um dano que o agente pratica ultrapassando os limites do particular.

Neste primeiro momento, já se percebe o instituto do abuso, no qual o ato ultrapassa os limites marginais já pré-estabelecidos; isso porque a finalidade comum da norma é parametrizar o direito; quando os limites são ultrapassados, pode gerar ônus a coletividade ou para um particular.

Se analisar sob o ponto de vista concorrencial, mesmo que um agente não

possua intenção de causar um dano, poderá dar ensejo ao uso excessivo do direito, mesmo que proveniente de direito justificado, prejudicando alguém. Este ato se fundamenta pela responsabilidade objetiva que o concorrente possui em seus atos devido ao risco da atividade econômica no qual o concorrente está inserido; dentro da liberdade que o princípio da livre iniciativa expressa na Constituição Brasileira não pode existir excessos que ultrapassem os limites individuais e invadam a fronteira do prejudicado. Mesmo que o agente se fundamente na livre concorrência, seus atos excessivos de buscar a clientela, originando, assim, um conflito entre princípios e colisão de normas.

A clientela em si perante a concorrência é um objetivo que qualquer empresa busca, e, com certeza, a sedução da sua preferência é o alvo de todas as empresas, que, por isso, direcionam todos os seus esforços para esta finalidade. É obvio que alguma empresa obterá clientela alheia pela prática cotidiana de atividade empresarial, o que acaba por causar um prejuízo para o perdedor, mas estas ações devem acontecer dentro dos limites da boa fé e da legislação.

Portanto, se o agente possui o interesse de utilizar o seu direito à livre concorrência, ele está dentro do exercício normal estabelecido pelo ordenamento jurídico; no entanto, se causar excessos manifestados pela concorrência, o comportamento do prejudicante gera responsabilidades de indenizar o prejudicado pelo ato do concorrente.

O ilícito civil presente no artigo 187 do Código Civil possui característica única que é a manifestação excessiva do direito, o abuso do direito como ilicitude objetiva, contrário à fé e os bons costumes, ferindo assim um direito subjetivo do agente, resultado da busca de um fim econômico, tanto que a responsabilidade civil independe da culpa.

Segundo Almeida (2004, p. 33), o ponto simples e fático de causar um prejuízo na utilização de um direito, mesmo que intencional, não se implica necessariamente na ocorrência do abuso do direito, tanto que o doutrinador conclui que o abuso do direito pode existir independentemente da intenção de causar prejuízo proveniente do comportamento do prejudicante.

Para se chegar ao ponto compreensivo de caracterizar o abuso, procede uma intenção de causar dano, sem conseguir afastá-la, mesmo que esta ação esteja dentro do exercício regular do direito.

A identificação do abuso poderá ser definida nos seguintes termos:

[...] Abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito (FRANÇA, 1977, p. 45).

Nesse sentido, observa-se que o abuso do direito identifica uma utilização errada, distorcida de um direito, com um propósito específico contra alguém; o ato abusivo se apresenta simplesmente na existência de uma intenção, sendo esta mascarada como atitude lícita do agente, para contrariar o direito com a conduta antijurídica.

3.5. Concorrência Desleal como Ilícito Civil caracterizado pela abusividade

O presente instituto esteve presente no Código Civil de 1916, com a seguinte redação:

Art.160 – não constituem atos ilícitos:
I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido [...] (BRASIL, 1916).

Muitos autores civilistas, em análise da norma de 1916, abordaram com atenção o tema, como, por exemplo, a seguinte e indispensável explicação de que:

[...] abuso de direito, pois, é um ato ilícito, não podendo ser estudado senão figurando dentro da teoria geral do ato ilícito, verdade que tem elevado alcance para atingir importantes conclusões como haveremos de ver (SANTOS, 1980, p. 339).

Na época, o entendimento doutrinário não era dirigido ao comportamento contrário do abuso de um direito, porque havia um ponto convergente ao enquadramento do abuso de direito, conforme Almeida (2004, p. 75).

Martins (2002, p. 164) entende que o ato abusivo na doutrina brasileira, no Código Civil, não se identifica de forma direta com o ato ilícito, porque considera essa expressão um sentido tradicionalista devido à característica de que não constitui um delito nem um quase delito. Logo só seria considerado ilícito se entenderem também os atos praticados no exercício anormal de um direito de modo

que gere para terceiros danos extensos provenientes da vantagem que o seu titular poderia auferir, estabelecendo um grave desequilíbrio entre os interesses mais presentes.

Já Almeida (2004, p. 77) se posiciona sob o aspecto de que o instituto do abuso de direito em nosso ordenamento se manifestaria como um ato ilícito *sui generis*, que se fundamenta por ser única em seu gênero.

Nesse sentido, o abuso do direito é um ato racional, que possui, em seu contexto, o uso excessivo e manifesto sobre os limites impostos pela ordem econômica em seu fim econômico e sobre a sua função social, bem como contrário às boas práticas dos costumes e à boa fé.

No Código Civil de 2002, o art. 187 expressa o abuso do direito. Conforme a interpretação do artigo, o abuso do direito está em exceder os limites impostos em sua finalidade, sem querer distorcê-las, porque, se assim acontecer, ocorre, de forma clara o ato ilícito.

Conforme o estudo, até o presente momento, a própria norma constitucional prevê um direito fundamental de liberdade em que os sujeitos podem auferir proveitos econômicos com sua atividade lucrativa, atendendo a um fim social de sua propriedade, dentro do princípio da livre iniciativa e que atende também aos objetivos da evolução econômica do país.

Concorrência é importante para a promoção de mudanças, dentro de uma limitação imposta pela própria norma e no exercício regular de um direito, sem condutas antijurídicas; logo, observa-se que a concorrência é essencial e estabelece uma base econômica fundamental para o desenvolvimento do Brasil.

No entanto, a prática da concorrência desleal como ilícito civil caracteriza-se pelo uso excessivo de um direito, o abuso de direito, de que o prejudicante se utiliza para auferir lucro, podendo gerar como resultados as condutas de subversão de um direito.

A jurisprudência a seguir apresenta como se caracteriza a abusividade de um direito, na Apelação Cível N° 1.0620.08.028695-3/003 - Comarca de São Gonçalo do Sapucaí - 1º Apelante(S): Gtw Eletromecânica Ltda - 2º Apelante(S): Gutward Brasil Ind Com Export Ltda - Apelado(A)(S): Vibração Equipamentos Ltda - Relator: Exmo. Sr. Des. Fabio Maia Viani, data da publicação 19 de março de 2010:

EMENTA: AÇÃO COMINATÓRIA - DOMÍNIO DE INTERNET – REGISTRO QUE REPRODUZ NOME EMPRESARIAL DA CONCORRENTE – ABUSO DE DIREITO - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.- Constitui abuso de direito o registro de domínio de internet que reproduz o nome empresarial de concorrente, objetivando confundir e desviar potenciais clientes daquela sociedade empresária.- Os honorários de sucumbência arbitram-se na medida do empenho do advogado e da complexidade da causa.- A pena por litigância de má-fé só se justifica no caso de violação do dever de lealdade processual.

O exemplo torna claro o abuso por parte do prejudicante em registrar o domínio que reproduz o nome empresarial do concorrente, porque o domínio independe de registro na junta comercial; mas para tutelar os consumidores de não serem induzidos ao erro e ainda o concorrente ficar prejudicado perante a sua clientela, o prejudicado deve buscar responsabilização civil objetiva, caracterizando concorrência desleal com ilicitude civil, de forma que:

É incontestável que qualquer veiculação objetivando disseminar serviço ou produto atinente à marca de propriedade da apelada via internet, cujo nome de domínio na rede pertence a um terceiro, traz fortes indícios de enriquecimento ilícito deste, razão pela qual o endereço eletrônico deve mesmo pertencer ao respectivo detentor da marca, nome empresarial e título da sociedade empresária (Ap. Cível 1.0439.03.021925-7/001, Des. Valdez Leite Machado, DJ 30/5/08).

A ilicitude civil desta prática de concorrência fática gera pleno direito de utilizar os mecanismos do ordenamento jurídico Brasileiro para tutelar proteção contra estas práticas de concorrência desleal. Devem-se minimizar os prejuízos com os resultados de responsabilização civil sobre os prejudicantes, sem se preocupar em imputar crime de concorrência desleal dos moldes do artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial, ainda que exista lacuna normativa na tipificação criminal para caracterizar a concorrência desleal, por não abranger a totalidade dos atos.

Recupera-se o argumento de que, mesmo depois de inúmeras revisões sobre a tutela da coletividade, que envolvem as revisões do instituto da concorrência desleal, as ações ficaram prejudicadas devido a tais atos, porque é ineficaz a amplitude do instituto sobre o enfoque de imputar crime de concorrência desleal para solucionar hoje as relações comerciais e industriais empresas, mesmo porque a imputação não cessa o ato prejudicante.

Por isso que se deve utilizar de outras analogias e mecanismos jurídicos para solucionar a deslealdade presente no cotidiano do mercado. Os empreendedores sentem dia a dia estes abusos e muitas das vezes não conseguem prova inequívoca do ato.

3.6. Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil está inserida no âmbito do direito das obrigações, no vigente Código Civil de 2002 e possui caráter de responsabilizar alguém decorrente de um dano; na presente pesquisa, é o resultado esperado para cessar o dano e satisfazer o prejuízo com a sua reparação.

A responsabilização está instituída também em vários dispositivos do ordenamento jurídico, mas o enfoque é sobre a responsabilização civil decorrente da prática de concorrência desleal promovida por uma empresa, na qual utiliza excessos em seus atos, caracterizando o abuso do direito que é uma espécie de ato ilícito no Código Civil de 2002 conforme o exemplo exposto pela referida jurisprudência.

Cavaliere Filho (2002, p. 22) expõe o sentido da responsabilidade exprimir uma ideia de obrigação, um encargo, uma contraprestação a ser satisfeita. Em sentido jurídico, é o dever que alguém tem como obrigação de reparar devido a uma violação do dever jurídico.

O mesmo autor se posiciona afirmando que só existe responsabilidade civil onde existir um dever jurídico violado e um dano causado a alguém e que toda conduta de violar um dever jurídico causando um prejuízo a alguém é fonte geradora de responsabilidade civil. Ao ato ilícito, conceito de maior relevância para o tema em estudo, por ser o fato gerador da responsabilidade civil, Cavaliere Filho, (2002, p. 25).

Por isso, para caracterizar a reparação sobre a prática de concorrência desleal como um ilícito civil, devemos compreender a relação da concorrência desleal em seu sentido mais amplo, que é a genérica, e dos atos decorrentes desta prática de concorrência, onde o agente utiliza, de forma excessiva, a liberdade concedida pela livre concorrência, caracterizando o abuso do direito. E ainda onde se compõe o ilícito civil nesta tese.

A concorrência desleal genérica, que não envolve condutas criminosas que

estão além das mencionadas na Lei de Propriedade Industrial, ainda amparadas pela fundamentação do artigo 209 da mesma lei, direciona para a responsabilização civil do prejudicante concorrente.

Para complementar o entendimento anterior, a caracterização do abuso do direito, presente no art. 187 do Código Civil, traz o amparo legal para a responsabilização do concorrente desleal. Claro que devem existir todos os pressupostos da deslealdade na concorrência, porque não há de se falar em concorrência se faltarem os requisitos que caracterizam a deslealdade na concorrência; quando o concorrente pratica o abuso do direito, o próprio instituto já se pressupõe como ato ilícito, por ser de seu próprio gênero. Cavalieri Filho entende que:

Embora sustente que o caráter antijurídico da conduta e o seu resultado danoso constituem o perfil do ato ilícito – violação de uma obrigação preexistente [...] (CAVALIERI FILHO, 2002, p. 25)

A obrigação preexistente é de participar do mercado dentro do sistema econômico brasileiro, amparado sobre os moldes da livre concorrência e tutelado pelas boas práticas, a boa fé e os bons costumes, sob o manto do ordenamento jurídico. Por isso Cavalieri Filho (2002, p. 21) sustenta, com sua argumentação, que o objetivo principal da ordem jurídica é dirimir proteção ao lícito e repreensão sobre o ilícito; por essa razão, o ordenamento jurídico estabelece deveres a serem cumpridos:

De onde se conclui que não basta, para ensejar o dever de indenizar, a prática de um ato prejudicial aos interesses de outrem; é indispensável a ilicitude - violação de dever jurídico preexistente. Se alguém, por exemplo, instala o seu comércio perto de outro do mesmo ramo, poderá causar prejuízo ao dono deste último diminuindo-lhe o movimento e os lucros, mas nada terá que lhe indenizar, por não ter violado nenhum dever jurídico. A ilicitude só surgirá - e, conseqüentemente, o dever de indenizar - se vier a praticar a concorrência desleal (CAVALIERI FILHO, 2002, p. 29).

Por isso que é relevante o entendimento da caracterização da responsabilidade civil, para suplementar a compreensão sobre a caracterização da concorrência desleal na prática do abuso do direito.

3.7. Tutela pretendida contra a concorrência desleal

O prejudica visa a buscar a reparação a sua lesão na prática de concorrência desleal como ilícito civil sob diversos campos. Mesmo porque a utilização desta proteção objetiva reprimir a concorrência desleal.

Bittar (2005,p. 76) compreende que o concorrente prejudicado pela deslealdade, originada pelo abuso do direito, deve buscar abstenção da continuidade dos atos desleais e abusivos por parte do concorrente desleal, que enseja a cessação imediata da prática antijurídica e lesiva. É clara a reparação civil de prejuízos de ordem material e moral decorrentes da conduta lesiva, podendo ainda incluir o dano emergente e os lucros cessantes. Se desta prática originar em coisas nascidas do ilícito, deve-se requerer a apreensão para eliminar a continuidade da lesividade e do prejuízo decorrente de origem da coisa.

Como todo o entendimento compreendido da presente pesquisa, no âmbito civil, deve se buscar a reparação com a responsabilidade civil objetiva, caracterizada pela prática de abuso do direito praticado na concorrência que tornou desleal tal prática. Tanto que se devem dispensar provas de prejuízos decorrentes desta intenção e ainda utilizar de ação ordinária de reparação em qualquer ato desleal do concorrente, fundamentado pela abusividade do direito, tendente a prejudicar a sociedade empresarial ou o negócio, ainda com a particularidade de dispensa de provas. Pode-se também requerer medidas protetivas e tendentes a registros, averbações, cancelamentos, anulações sobre o que deve proteger deste ato desleal.

Ainda de forma mais suplementar, pode requerer medidas cautelares, como a busca e apreensão de alcance mais amplo e instrumento eficaz para a medida preventiva e preparatória para cessar, evitar ou obviar a violação, uma vez que pode incluir ainda protestos, notificações e interpelações para prevenir a responsabilidade e ressaltar de direitos a responsabilidade do prejudicante, conforme entende Bittar (2005, p. 78).

O presente trabalho tenta trazer mecanismo para garantir proteção contra a concorrência desleal de forma mais ampla para empresas que estejam sob ato lesivo e contrário à ordem econômica garantida pela Constituição Brasileira, além de manter o manto da igualdade de competição garantida pelos preceitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A origem da presente pesquisa advém da necessidade de combater a deslealdade no seio comercial e industrial no qual as empresas brasileiras estão inseridas em seu cotidiano. A isonomia na concorrência e sua harmonia de direitos dos envolvidos é o objetivo maior e tendente a trazer grandes desempenhos para a economia e desenvolvimento para o Brasil. A preocupação geral é manter a ordem jurídica no que se refere à concorrência entre as empresas.

Por isso originou-se a Lei de Propriedade Industrial para tutelar o titular de um direito de criação, de conhecimento e de sua propriedade, originada por meio intelectual ou industrial.

Esta mesma lei buscou proteção contra um malefício da concorrência: a deslealdade. A evidência dos comportamentos econômicos mais desenvolvidos no Brasil, gerou apreensões contra abusos concorrenciais.

Este trabalho não buscou trazer uma postura crítica sobre o tema, mas sim efetivar um mecanismo que as empresas podem aproveitar para tutelar contra a antijuridicidade da deslealdade.

O tema deste trabalho envolve o direcionamento de responsabilização do concorrente sobre o foco do prejudicado, responsabilizando objetivamente o concorrente contra a abusividade advinda da manifestação excessiva de um direito.

Pelo mesmo motivo, houve a necessidade da explicação, no primeiro capítulo, sobre os princípios constitucionais balizadores do presente tema. O entendimento destes princípios objetiva a compreensão da origem da concorrência desleal e como a mesma se caracteriza pela subversão do direito que os princípios originaram.

A proteção à competitividade que o texto constitucional expõe e as leis que a garantem buscam uma harmonização sobre os ditames da justiça social e a ampla concorrência das atividades econômicas do Brasil.

Em termos teóricos, foi demonstrada a conceituação do instituto da concorrência desleal, sob argumentação do que é a concorrência leal, para contradizer a concorrência desleal e também diferenciar como são as transgressões sobre a ordem econômica.

A posição do trabalho foi a de apresentar a subdivisão da concorrência desleal, sendo a concorrência desleal específica, que está presente em seu artigo

195 da Lei de Propriedade Industrial no rol taxativo da norma, que se caracteriza pelas condutas típicas de crime de concorrência desleal.

A segunda divisão, por sua vez, que é a própria concorrência desleal em si, considerada como genérica, não como crime, é a concorrência que cai sobre o domínio do direito comum, atribuído o direito de propriedade a uma determinada pessoa ou empresa; é esta a concorrência desleal que deve ser caracterizada como ilícito civil, mesmo que o praticante do prejuízo não seja tipificado pelo crime da concorrência.

Pode-se considerar que toda a argumentação de que a concorrência desleal é crime está exposta em nosso ordenamento jurídico, dentro do rol taxativo do art. 195 da Lei de Propriedade Industrial com inúmeras condutas típicas; isto está em desacordo com a totalidade dos atos existentes de concorrência desleal, não presente nos textos normativos do nosso ordenamento jurídico brasileiro.

A proteção contra a concorrência desleal, sobre os atos de deslealdade e abusos, que traz prejuízo dia a dia pela agressividade do mercado, é um dos problemas que o presente trabalho busca efetivar.

A busca do lucro e da clientela não pode gerar infrações contra a ordem econômica e concorrência desleal. As infrações contra a ordem econômica visam o dano à coletividade, uma discussão que o Estado estabelece tutelar com a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Já a concorrência desleal genérica foi um mecanismo teórico de proteção que o particular buscou no direito comum para tutelar a deslealdade, dentro do âmbito particular, contra o concorrente prejudicante que utiliza de meios insidiosos para auferir lucro sobre o concorrente.

A concorrência é, sem dúvida, essencial para o desenvolvimento econômico, desde que seja devidamente enquadrada na proposta e nas intenções que as normas buscam efetivamente resultar a partir do texto constitucional.

No caso de deslealdade, esses resultados aparentemente podem utilizar-se da caracterização do ilícito civil na concorrência desleal para buscar reparação patrimonial e cessação do dano. Por isso que a responsabilização civil do concorrente de forma objetiva é o caminho que deve ser buscado.

No entanto a responsabilização civil será o resultado da caracterização do ilícito civil devido a prática do abuso do direito por parte do concorrente.

Para recuperar o argumento deste trabalho, quando o concorrente promove a deslealdade, a tipificação penal pelo ato praticado pelo concorrente não teria tanta eficácia como a responsabilização civil, devido a cominação da pena que o crime de concorrência desleal propõe.

O resultado favorável e eficaz se traduz na cessação imediata do dano, que pode ser feita pelas cautelares presente no Código de Processo Civil e a reparação patrimonial decorrente do risco que a atividade empresarial está inserida.

Para concluir, promover uma ação de concorrência, o melhor caminho para a atividade empresarial é direcionar para a responsabilização civil decorrente da prática de ilícito civil devido ao abuso do direito, porque a reparação do dano pode ser mensurada e assim promover a igualdade de concorrência, podendo assim qualquer atividade empresarial ficar sob o manto da igualdade, da livre iniciativa e a livre concorrência. Porque toda atividade empresarial deve atender o seu dever jurídico, sob pena de ser responsabilizado, justamente por estar inserido em atividade de risco quando o lucro é o objetivo da empresas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do direito e concorrência desleal*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2004.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade industrial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria e prática da concorrência desleal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRASIL. (1916). *Lei nº 3.071 Código Civil, 1 janeiro de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 16 set. 2014.

_____. (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 16 set. 2014.

_____. (1971). *Lei nº 5.772 Código de Propriedade Industrial, 21 de dezembro de 1971*. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5772.htm> Acesso em: 16 set. 2014.

_____. (1975). *Decreto n. 75.572, de 8 de abril de 1975. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, revisão de Estocolmo, 1967*. Diário Oficial da União 1975.

_____. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. (1990). *Lei nº 8.078, 11 de setembro de 1990. Código do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 16 set. 2014.

_____. (1994). *Lei nº 8.884, 11 de junho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. (1996). *Lei 9.279 de Propriedade Industrial, 14 de maio de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 22 mai. 2014.

_____. (2002). *Código Civil. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: de 10 jan. 2002.

_____. (2006). *Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. (2009). *Decreto nº 7.030/2009. Promulga a Convenção de Viena*

sobre Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em 16 set. 2014.

_____. (2011). *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, Estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>, Acesso em: 16 set. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRANCHESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRANÇA, R. Limongi. *Abuso de direito*, in Enciclopédia Saraivado Direito. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 1977.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 14. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível n. 1.0620.08.028695-3/003. GTW Eletromecânica LTDA *versus* Gutward Brasil Ind. Com. Export Ltda - Vibração Equipamentos Ltda. Relator: Des. Fabio Maia Viani. Minas Gerais, Acórdão de 19 mar. 2010. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 set. 2014.

PARIS. (1883). *Convenção de União de Paris, 20 de março de 1883*. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/CUP.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SANTOS, J.M de Carvalho. *Código Civil Brasileiro interpretado*. III volume, 11. ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1980.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Concorrência desleal*. São Paulo: Resenha Tributária, 1990.

VIENA. (1969). *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 23 maio de 1969*. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CCoQFjAC&url=http%3A%2F%2Facademico.direito-rio.fgv.br%2Fccmw%2Fimages%2F5%2F53%2FConven>>

%25C3%25A7%25C3%25A3o_de_Viena_sobre_Direito_dos_Tratados-.pdf&ei=-
jQgVledB_f-
sATu7oD4Bg&usg=AFQjCNHBcDr371FJwEOLaFDXf8u7s9MFEw&sig2=QYw1la22v
hMG0jjWyOm1KQ&bvm=bv.75775273,d.cWc> Acesso em: 16 set. 2014.