



CURSO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

Pedro Marcos Nunes Barbosa

Neste livro, o autor demonstra a frequência inoportuna com que os interessados que escapam às relações do segundo setor litigam fundados em causa de pedir afeita à concorrência desleal para ajuizar ações concernentes a desvio de clientela. Como exemplifica o autor, elas ocorrem mesmo no ambiente democrático das eleições, das relações sociais havidas nas lojas de Maçonaria, em relações próprias a templos religiosos, em casos de doações a fundações e associações destinadas a caridade, bem como em competições privadas de que são bons exemplos as do Carnaval e as das festas folclóricas.

Silmara J. A. Chinellato

A atuação de Pedro Marcos, seja como professor, jurista ou advogado, é definida pela preocupação com as consequências sociais da propriedade intelectual. O zelo pelo social, um parâmetro ético, faz de Pedro Marcos um jurista admiravelmente corajoso, que não teme rever conceitos, que não teme causar incômodos. A isto acresce-se uma curiosidade intelectual fantástica, que se revela na paixão pela leitura e culmina em uma situação de inteligência geral e abertura à experiência, emprestando a seus escritos um estilo próprio, lúcido, crítico, sensível e saboroso.

Em seu “Curso de Concorrência Desleal” Pedro Marcos, para além de oferece ao leitor um trabalho interessantíssimo, segue, no passo de suas obras anteriores, honrando com seus ideais e rigor científico.

Karin Grau Kuntz

CURSO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

Editor

João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial Brasil

Abel Fernandes Gomes
Adriano Pilatti
Alexandre Bernardino Costa
Ana Alice De Carli
Anderson Soares Madeira
André Abreu Costa
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Bruno Soeiro Vieira
Daniela Copetti Cravo
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diego Araujo Campos
Enzo Bello
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Antonio Lima de Oliveira
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado

Gina Vidal Marcilio Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Jean Carlos Dias
Jean Carlos Fernandes
Jeferson Antônio Fernandes Bacelar
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
José Ricardo Ferreira Cunha
José Rubens Morato Leite
Josiane Rose Petry Veronese
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha
Lúcio Antônio Chamon Junior
Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado

Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Manoel Messias Peixinho
Marcelo Pinto Chaves
Marcelo Ribeiro Uchôa
Márcio Ricardo Staffen
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcus Mauricius Holanda
Maria Celeste Simões Marques
Milton Delgado Soares
Murilo Siqueira Comério
Océlio de Jesus Carneiro de Moraes
Ricardo Lodi Ribeiro
Salah Hassan Khaled Jr.
Sérgio André Rocha
Simone Alvarez Lima
Valter Moura do Carmos
Vicente Paulo Barreto
Victor Sales Pinheiro
Vinicius Borges Fortes

Conselho Editorial Internacional

António José Avelãs Nunes (Portugal)
Boaventura de Sousa Santos (Portugal)
Diogo Leite de Campos (Portugal)

Conselheiros Beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*) | Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Filiais

Sede: Rio de Janeiro

Rua Octávio de Faria, nº 81 – Sala 301
CEP: 22795-415
Recreio dos Bandeirantes
Rio de Janeiro – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

Maceió

(Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Maceió – AL
Tel. (82) 9-9661-0421

São Paulo

(Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

CURSO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

—

Pedro Marcos Nunes Barbosa

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2022

Copyright © 2022 by Pedro Marcos Nunes Barbosa

Categoria: Direito Empresarial e Comercial

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Renata Chagas
Pintura da capa: Michelangelo Merisi da Caravaggio, obra de 1594, "The Cardsharps".

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

B238c

Barbosa, Pedro Marcos Nunes
Curso de concorrência desleal / Pedro Marcos Nunes Barbosa. – Rio
de Janeiro : Lumen Juris, 2022.
412 p. ; 23 cm.

Bibliografia : p. 345-391.

ISBN 978-65-5510-777-7

1. Propriedade intelectual. 2. Rivalidade. 3. Concorrência desleal.
4. Direito civil. 5. Responsabilidade civil. I. Título.

CDD 346.048

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

*Ao Hydson Mário Barbosa, pediatra (UFRJ), amante
das culturas, integrante do 1ª Batalhão de Saúde da
1ª Divisão de Infantaria Expedicionária brasileira
na II Guerra Mundial e meu avô paterno que
compartilhou comigo todo seu amor e cuidado*

PEDRO MARCOS NUNES BARBOSA
PROFESSOR DO DEPARTAMENTO DE DIREITO DA PUC-RIO
DOUTOR EM DIREITO COMERCIAL (USP)
MESTRE EM DIREITO CIVIL (UERJ)
ESPECIALISTA EM PROPRIEDADE INTELECTUAL (PUC-RIO)
ESTÁGIO PÓS-DOCTORAL EM DIREITO CIVIL (USP)
PEDROMARCOS@DBBA.COM.BR

Agradecimentos

Este trabalho é um desenvolvimento das ideias e conceitos gerados durante a pesquisa do estágio Pós-Doutoral (2019-2021) desenvolvido junto ao Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo. Sou extremamente grato à minha supervisora (Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato) pela acolhida gentil e carinhosa, bem como pela chance de conhecer pessoas magníficas que gravitam o seu convívio (orientandas e orientandos inteligentes e fraternos). No ápice de tal pesquisa, tive a honra de ter meu labor avaliado pelo Conselho de Departamento, pelo Prof. Associado Francisco Paulo de Crescenzo Marino, bem como em banca presidida pela Supervisora e composta pelo Professor Associado Antonio Carlos Morato, Professor Associado José Augusto Fontoura Costa e Professor Associado Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Suas críticas, sugestões, conselhos e recomendações foram valiosíssimos.

Minha gratidão não é menor aos demais professores da USP (em especial ao meu eterno orientador de Doutorado, Prof. Dr. Newton Silveira), da UERJ (em particular a minha eterna orientadora de Mestrado, Profa. Titular Heloísa Helena Gomes Barboza), da PUC-Rio, da UCAM, da OMC, da OMPI, da Faculdade São Bento, do Santo Inácio e do Colégio Britânico pela minha educação formal e substantiva; aos grandes magistrados, membros do ministério público, procuradores e servidores públicos que se dedicam de corpo e alma pela luta em prol de um Brasil mais justo e que me ensinaram a ser um advogado apaixonado; aos colegas dos bancos escolares pela cooperação e inspiração; aos meus estudantes pela paciência, interesse temático e pelas perguntas inteligentes; aos sócios do escritório de advocacia pela resiliência e paciência; aos consócios da OAB e do IAB pelo aprendizado; aos amigos e família pelo amor.

Ao longo dos anos pude densificar algumas das ideias trocadas com os professores Denis Borges Barbosa (PUC-Rio/UFRJ/INPI – 1948-2016*), Dora Martins de Carvalho (Titular de Direito Comercial da UERJ – 1929-2017*), Ricardo Aronne (Titular de Direito Civil da PUC-RS – 1967-2017*) e Vera Helena de Mello Franco (USP – 1943-2015*). Eles seguem em minhas orações e com a minha gratidão.

Sou grato ao contribuinte pela oportunidade de cursar a Pós-Graduação *Stricto Sensu* em meu país. Espero ter honrado as oportunidades que me foram dadas.

Sumário

Prefácio	1
Apresentação.....	3
Introdução	5
 PARTE I – AS SITUAÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS DO DIREITO CIVIL NOS AMBIENTES DE CONCORRÊNCIA E DA RIVALIDADE	
(1) Concorrência e Rivalidade	15
1.1 Introdução.....	15
1.2 Relações Patrimoniais e Existenciais: uma nuance contextual.....	18
1.3 Destinatários Relacionais e uma Ótica Exógena: os interlocutores	24
1.4 Ótica Endógena: os emissores das relações abrasivas.....	29
1.5 Bens jurídicos distintos: rivalidade e concorrência	33
1.6 O Processo Comunicativo	36
1.7 Patrimonialização das Situações Jurídicas Existenciais: uma aproximação das situações de rivalidade e concorrência?	43
1.8 Conclusão	48
(2) A Teoria da Concorrência no Ambiente Privado	51
2.1 Introdução	51
2.2 A Geografia da Concorrência: o estado da arte	59
2.3 A Geografia da Concorrência: transformações contemporâneas.....	66
2.4 A Cronologia da Concorrência: o estado da arte	68
2.5 A Cronologia da Concorrência: transformações contemporâneas	72
2.6 A Identidade Objetiva: o estado da arte	75
2.7 A Identidade Objetiva: novos paradigmas.....	78

2.8 A Concorrência Concreta e o Fator Preço e Qualidade.....	80
2.9 Conclusão	85
(3) A Trilogia das Vedações Concorrenciais.....	87
3.1 Introdução	87
3.2 Da Juridicidade Conglobante.....	92
3.3 Da Concorrência Illegal.....	94
3.3.1 Célere Análise Sistemática do art. 195 da Lei 9.279/96.....	96
3.3.2 A Caracterização da Concorrência Illegal de Tipicidade Fechada.....	100
3.3.3 A Caracterização da Concorrência Illegal de Tipicidade Aberta	102
3.4 Da Concorrência Interdita	103
3.4.1 Limites Cronológicos, Espaciais, de Escopo e Subjetivos da Concorrência Interdita	106
3.4.2 Vetores e Contradições da Interdição Competitiva	108
3.5 Da Concorrência Desleal.....	111
3.5.1 Uma fattispecie por exclusão	113
3.5.2 Uma compreensão positiva do fato gerador da Concorrência Desleal.....	116
3.5.3 Concorrência Desleal e a Amplitude de Incidência	117
3.6 Conclusão	121

PARTE II – AS SITUAÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS DA CONCORRÊNCIA DESLEAL E OS NOVOS PARADIGMAS

(4) Deslealdade: Perfis Estruturais.....	125
4.1 Introdução	125
4.2 A Deslealdade em Si e os Marcos Jurídicos Internacionais de Referência.....	127
4.2.1 A CUP e a tutela contra os atos desleais	127
4.2.2 O Decreto 1.355/1994 e o teor da ‘Deslealdade’	130

4.2.3 Contributos às fontes normativas endógenas com base em CUP e TRIPs.....	134
4.3 Boa-Fé e Honestidade	136
4.3.1 Boa-fé e as Relações Jurígenas com Consumidores.....	137
4.3.2 Boa-fé e as Relações Jurígenas do âmbito do Direito Civil	142
4.3.3 Boa-fé e as Relações Empresariais	148
4.4 Os Segmentos Concorrenciais e suas Características	152
4.4.1 A Boa-fé e a Lealdade Intranicho.....	153
4.4.2 A mutabilidade e a calculabilidade dos atos tidos como desleais	155
4.5 Conclusão	159
(5) Deslealdade: Perfis das Condutas (Ilícitos Clássicos).....	161
5.1 Introdução	161
5.2 Valores Profissionais Retilíneos.....	163
5.2.1 Deontologia é Fator Determinante da Deslealdade?	165
5.2.2 As Vicissitudes e Peculiaridades Mercantis	169
5.3 O Papel do Estado na Concorrência Privada: As Liberdades Negativas	171
5.4 O Papel do Estado na Concorrência Privada: As Liberdades Positivas.....	177
5.5 As Formas Clássicas do Abuso da Liberdade Concorrencial.....	181
5.5.1 A relativa autonomia da concorrência desleal clássica	185
5.5.2 A concorrência desleal ‘clássica’ e as relações societárias.....	187
5.5.3 A concorrência desleal clássica e questões publicitárias.....	191
5.6 Conclusão	196
(6) Os Novos Paradigmas da Concorrência Desleal	199
6.1 Introdução	199
6.2 O Estado e a Tributação: Deslealdade e Pluriofensividade.....	200
6.3 A Administração Pública e a Regulação	214
6.4 Os Consumidores e Cumplicidade na Concorrência Desleal	225

6.5 Mercados a Montante e a Jusante: tratamentos iníquos	227
6.6 Novas Tecnologias e Concorrência Desleal	229
6.7 Conclusão	231

PARTE III – AS SITUAÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS DO
APROVEITAMENTO PARASITÁRIO E O DIÁLOGO
COM A RIVALIDADE E A CONCORRÊNCIA

(7) O Sujeito Ofensor no Ato Ilícito da Concorrência Desleal	237
7.1 Introdução.....	237
7.2 O Destinatário Imediato da Concorrência.....	238
7.3 O Emissor da Concorrência: recortes teóricos	240
7.4 O Terceiro Setor e o Discurso Concorrencial	246
7.5 A Hipertrofia do Discurso Empresarial-Concorrencial no Segundo Setor.....	253
7.6 Uma proposta restritiva do Discurso Concorrencial.....	262
7.7 Conclusão.....	265
(8) Concorrência Desleal Comum, Concorrência Desleal Parasitária e o Aproveitamento Parasitário sem Concorrência	269
8.1 Introdução	269
8.2 Concorrência Desleal Comum	275
8.3 A Concorrência Desleal Parasitária.....	277
8.3.1 O Parasitismo Concorrencial	280
8.3.2 O Parasitismo Concorrencial como uma Série Coordenada de Atos.....	283
8.4 O Denominado Aproveitamento Parasitário Sem Concorrência.....	287
8.4.1 Precedentes e outros Julgados sobre Aproveitamento Parasitário sem Concorrência	289
8.4.2 A Ultraespecialidade como Exceção	294
8.5 Inaplicabilidade da Teoria da Vedação ao Enriquecimento sem Causa	299

8.6 Conclusão	303
(9) A Responsabilidade Civil no Ambiente da Concorrência	
Desleal	305
9.1 Introdução.....	305
9.2 O Dano e o Papel da Culpa no <i>Quantum Debeatur</i>	310
9.2.1 Danos patrimoniais	312
9.2.2 Danos extrapatrimoniais	323
9.2.3 Danos e Reiteração de Conduta pelo Ofensor	329
9.3 A Valia da Tutela Inibitória e a Reparação <i>in Natura</i>	330
9.4 Conclusão.....	336
Conclusão	339
Bibliografia.....	345
Decisões Judiciais.....	379
Fontes Legislativas	389
Fontes Normativas Administrativas.....	391

Abreviações

AC	–	Apelação Cível
ADIN	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	–	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	–	Agravo de Instrumento
ANTT	–	Agência Nacional de Transportes Terrestres
AO	–	Ação Ordinária
BACEN	–	Banco Central do Brasil
CADE	–	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	–	Código Civil
CDC	–	Código de Defesa do Consumidor
CONAR	–	Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária
CP	–	Código Penal
CPC	–	Código de Processo Civil
CPI	–	Código da Propriedade Industrial
CRFB	–	Constituição da República Federativa do Brasil
CUP	–	Convenção da União de Paris
CVM	–	Comissão de Valores Mobiliários
Des.	–	Desembargador(a)
DJ	–	Diário de Justiça
ED	–	Embargos de Declaração
HC	–	<i>Habeas Corpus</i>
J.	–	Julgado
LDA	–	Lei de Direitos Autorais
LOMAN	–	Lei Orgânica da Magistratura Nacional
Min.	–	Ministro
P.	–	Página

STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
TJRS	– Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJRJ	– Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	– Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF-2	– Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRIPs	– <i>Trade Related Aspects of Intellectual Property Law</i>
RE ou REx	– Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial

Prefácio

O autor, embora jovem, é já reconhecido especialista no âmbito da Propriedade Intelectual ou Direitos Intelectuais, notadamente quanto à propriedade industrial bem como à concorrência desleal, o que se deve à inequívoca dedicação a estudos aprofundados.

Pude comprovar tal louvável qualidade como supervisora de seu Estágio Pós-Doutoral junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para cuja conclusão apresentou o trabalho *Novos paradigmas da rivalidade, da concorrência desleal e do aproveitamento parasitário sob a ótica do ordenamento jurídico nacional* no qual, com grande percuciência e profundidade analisou tema original e pouco tratado que se refere à rivalidade que se qualifica como relação civil, distinguindo-se da concorrência.

Nessa interessante tese apresentada junto ao Departamento de Direito Civil – aprovada com louvor pela Banca Examinadora composta pelos Professores Associados (Livre-docentes) da FADUSP Antonio Carlos Morato, Otávio Luiz Rodrigues e José Augusto Fontoura Costa – incorporada à presente obra, o autor demonstra a frequência inoportuna com que os interessados que escapam às relações do segundo setor, litigam fundados em causa de pedir afeita à concorrência desleal para ajuizar ações concernentes a desvio de clientela. Como exemplifica o autor, elas ocorrem mesmo no ambiente democrático das eleições, das relações sociais havidas nas lojas de Maçonaria, em relações próprias a templos religiosos, em casos de doações a fundações e associações destinadas a caridade, bem como em competições privadas de que são bons exemplos as do Carnaval e as das festas folclóricas.

Destaca com oportunidade

“...enquanto (a1) nas relações abrasivas de rivalidade a persona do receptor é específica, personalíssima e infungível; (a2) não há qualquer ganho necessário (para si ou terceiros) pela existência da rivalidade em si, salvo a autoafirmação ou maniqueísmo de posições; (b1) nas relações igualmente desgastantes da concorrência, os destinatários mediatos são abstratamente reconhecidos como consumidores (clientes ou fregueses, potenciais ou atuais), (b2) os destinatários mediatos muitas vezes são beneficiados (por exemplo com a diminui-

ção da assimetria informacional) pelo impacto concorrencial entre os agentes econômicos fornecedores, e (b3) os destinatários imediatos costumam cambiar ao longo do tempo, muitas vezes lidam com a automatização, despersonalização, e têm na racionalidade econômica o esteio do seu agir. Em outras palavras, enquanto nas situações de rivalidade a possibilidade de externalidades é marginal (ainda que existente), nas situações de concorrência (leal) a tendência é a de externalidades positivas”.

A obra que ora prefacio ultrapassa essas discussões, uma vez que se trata de Curso de Concorrência Desleal, fruto de estudos aprofundados do autor, bem como lastreado na experiência vasta como advogado militante no escritório que ostenta o nome do renomado jurista Denis Borges Barbosa com quem aprendeu muito e honra o expressivo legado de cultura, seriedade e ética que lhe foi passado.

São Paulo 01.12.2021.

Silmara J. A. Chinellato

Professora Titular de Direito Civil da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

Apresentação

Foi-me incumbida a missão, a qual cumpro com grande alegria, de apresentar o autor do presente “Curso de Concorrência Desleal”, o professor e advogado Pedro Marcos Nunes Barbosa.

Para aqueles que se interessam pelo estudo da propriedade intelectual a apresentação “formal” de Pedro Marcos é abundante. Sua trajetória acadêmica e sua atuação como advogado são amplamente conhecidas.

Efetivamente, Pedro Marcos realizou seu Estágio Pós-Doutoral em Direito Civil (2021) na Universidade de São Paulo, finalizado com a apresentação de tese que deu origem ao presente livro, aprovada com louvor. Ainda, ele é Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2016), Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2011) e especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-RIO (2007).

Atuando desde 2008 como professor de Direito Civil, Direito Comercial e Direito da Propriedade Intelectual nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da PUC-Rio, Pedro Marcos é, ainda, membro da Comissão de Direitos Autorais da OAB/RJ e da Comissão de Direitos Autorais e Propriedade Industrial do IAB. É Perito Judicial de Propriedade Intelectual e sócio de escritório Denis Borges Barbosa Advogados.

Sua produção de escritos jurídicos é vasta.

Para além do gosto da apresentação “formal” de um jurista e profissional cuja dedicação salta aos olhos, honra-me introduzir Pedro Marcos ao leitor por razões outras que não transparecem na estrutura protocolar de um *curriculum vitae*.

A atuação de Pedro Marcos, seja como professor, jurista ou advogado, é definida pela preocupação com as consequências sociais da propriedade intelectual. O zelo pelo social, um parâmetro ético, faz de Pedro Marcos um jurista admiravelmente corajoso, que não teme rever conceitos, que não teme causar incômodos. A isto acresce-se uma curiosidade intelectual fantástica, que se revela na paixão pela leitura e culmina em uma situação de inteligência geral e abertura à experiência, emprestando a seus escritos um estilo próprio, lúcido, crítico, sensível e saboroso.

Em seu “Curso de Concorrência Desleal” Pedro Marcos, para além de oferece ao leitor um trabalho interessantíssimo, segue, no passo de suas obras anteriores, honrando com seus ideais e rigor científico.

Puchheim, em 01 de dezembro de 2021.

Karin Grau Kuntz

Introdução

A) Prolegômenos

O presente texto teve como momento embrionário um diálogo havido entre este autor e sua supervisora, no interstício do exame pela banca de doutorado que analisava uma tese sobre direito da moda, no qual uma candidata orientada pelo Professor Doutor Newton Silveira fora arguida¹. Naquele dia, as nuances entre a originalidade criativa, o contexto competitivo e o encontro entre a temática do direito civil com o direito comercial (as duas searas nas quais leciono desde 2008) foram o estopim para a relação sinérgica entabulada entre a Professora Titular Silmara Chinellato e este candidato.

Para além do recorte crítico sobre as criações de *curta vida comercial* típicas ao *prêt-à-porter*, a experiência profissional de causídico fez com que este candidato se deparasse com publicações no Diário Oficial de lides que não eram de sua representação, mas cujas partes e causas de pedir geraram grande estranhamento e curiosidade. A impressão heurística primígena, que gerou a principal hipótese de pesquisa submetida ao departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, foi a de que entidades religiosas estariam – em relações processuais caracterizadas pela pretensão resistida – fazendo uso *argumentativo* de institutos mais próximos ao direito comercial (concorrência desleal, aviamento, lucros cessantes pela afetação das expectativas legítimas de receita junto à freguesia) e transformando vínculos fiduciários (fiéis) em algo próximo à lógica consumerista (cliente).

As fronteiras entre os ramos do direito podem (como a obra de Hernani Estrêla tantas vezes citadas *a fortiori* revela), de fato, serem mais ou menos fluidas, sendo o Direito Civil a origem de diversas searas hoje ‘independentes’. Aliás, mesmo com o célere desenvolvimento do Direito Comercial, a influên-

1 Banca composta pelos professores doutores: SILVEIRA, Newton; MORATO, Antônio Carlos; COSTA NETTO, José Carlos; ROSINA, M. S. G.; PRADO, V. P, além deste autor na arguição da hoje doutora Maria Fernanda Calado de Aguar Ribeiro Cury D'Agostini. *A Proteção à Propriedade Intelectual na Indústria Criativa da Moda*, 2018. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Universidade de São Paulo.

cia do Direito Civil continua forte sobre o primeiro, seja pela origem – hoje – comum de um diploma legislativo (Lei 10.406/2002 – o Código Civil de 2002), ou, ainda, pela aplicação subsidiária do último. De outra sorte, fenômeno menos ‘amistoso’, ou metodologicamente saudável, é a aglutinação da lógica de um ramo autônomo para outro sem as devidas adaptações (“Leito de Procusto”). Exemplos contemporâneos, que podem combinar virtudes e vícios ora descritos, cuidam da *publicização do direito privado* ou mesmo a *contratualização do direito penal*. Ainda que não seja objeto da especial preocupação dos entusiastas de tais doutrinas, há enorme obnubilação das prudências jurídicas sem maiores demonstrações das vantagens pragmáticas ou teóricas pela superação do classicismo ou da autonomia.

No presente texto, contudo, opina-se pelo diálogo e influências recíprocas entre as searas do direito: exalta-se a interdisciplinaridade, mas sempre respeitando a autonomia de cada área – o que não se confunde com purismo analítico.

B) Metodologia

A presente pesquisa foi empenhada com a metodologia dedutiva-indutiva, pautando-se por:

- a) Em primeiro lugar, com o estudo, a leitura e a revisão de livros, capítulos de livros, artigos e textos de menor fôlego da doutrina nacional e estrangeira pertinentes ao direito civil, direito comercial, direito penal, direito tributário, direito do consumidor, direito econômico, direito administrativo, filosofia do direito (com ênfase na análise da interface entre ética e direito) e economia, naquilo que era pertinente à temática proposta;
- b) Em segundo lugar, enveredou-se pela análise dos tratados-contratos dos quais o Brasil faz parte desde o século XIX, e que se interrelacionam com o ambiente das relações abrasivas; e
- c) Em terceiro lugar, realizou-se estudo da historiografia legislativa pertinente ao contexto da concorrência desleal no Brasil; e, por fim, implementou-se pesquisa de julgados dos Tribunais Superiores, bem como, em essência, de três Tribunais de Justiça da Federação (Rio

de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo), os quais concentram a maior parte dos julgados na matéria.

Tendo em vista que, durante metade do tempo destinado à pesquisa, vivia-se um genuíno Estado de Exceção na saúde pública mundial, a grande maioria de cerca de três centenas de obras lidas para este trabalho foram acessadas na biblioteca pessoal do falecido Professor Doutor Denis Borges Barbosa (que, graciosamente, me foi deixada de legado). Desta forma, além dos acessos a bases de dados internacionais via rede mundial de computadores, não se pode gozar das (planejadas) experiências prazerosas da descoberta de preciosidades literárias, nas magníficas bibliotecas públicas e privadas deste país, para a elaboração do presente texto. Sem prejuízo, houve a tentativa de se minimizar qualquer déficit de pesquisa pelo esmero nas leituras das obras disponíveis.

Em termos de metodologia da escolha quantitativa de obras, deu-se preferência à variedade de autores ao invés de se prestigiar uma pesquisa mais profunda sobre a produção de originadores que dispunham de diversos textos escritos sobre a mesma matéria. Tal opção, apesar de contar com uma análise menos completa sobre pensamentos individuais (por mais relevantes que os autores sejam), permite a realização de um diálogo com mais ‘vozes’, como é o contraste entre o solo e o coro.

No tocante a ordem de leitura realizada na pesquisa, nos primeiros três semestres foi dada ênfase na leitura de livros com grande volume de páginas, sendo o derradeiro semestre caracterizado pela leitura de capítulos de livros e artigos mais curtos.

A consulta aos textos escritos em língua estrangeira foi delimitada àqueles aos quais o candidato pôde ter acesso, prioritariamente expressos em inglês, italiano, francês e espanhol. Não se excluíram textos em outras línguas pela menor contribuição do direito helvético, africano ou oriental à matéria, mas, simplesmente, pela limitação intelectual/cultural do presente autor. De outro lado, tendo em vista o crescente hábito de publicações em língua anglófona (ou em línguas compreendidas por este autor), conseguiu-se cotejar análises feitas sobre os institutos ora examinados nos seguintes países: África do Sul, Argentina, Austrália, China, Espanha, França, Holanda, Hungria, Inglaterra, Itália, Japão, Polônia, Portugal, República Tcheca e Venezuela.

Aliás, mesmo o estudo de obras pertinentes às realidades estrangeiras não foi feito com o intuito de realizar uma análise comparativa entre ordenações

jurídicas, visando alguma *vinculação* ou *persuasão* de argumentos. A intenção havida foi a de meramente *ilustrar* caminhos diversos seguidos por soberanias díspares, ainda que haja a coincidente regência de alguns dos Tratados-Contratos que são subscritos por todos os membros da Organização Mundial do Comércio. Em outras palavras, tentou-se expressar que a identidade de fontes normativas não representa a vinculação dos mesmos produtos normativos.

No tocante à pesquisa dos precedentes e julgados pretorianos, em que pese o resultado de milhares e milhares de decisões pesquisadas com base nas palavras-chave “concorrência”, “desleal”, “rivalidade” ter sido obtido; notou-se que boa parte das vezes as expressões eram utilizadas de maneira infundada e atécnica². Quiçá pode ser afirmado que, em um número substancial dos resultados, há o uso retórico e não densificado de tais expressões pelos Órgãos Julgadores.

Deste universo gigantesco de decisões, filtrou-se, em essência, julgados – predominantemente – (a) havidos nas últimas duas décadas, (b) com a fundamentação *efetivamente* justificando a utilização das palavras-chave na ementa, e (c) cujo recorte não era correlacionado à mera violação de direitos de propriedade intelectual protegidos com a tutela da exclusividade (fenômeno ínsito à denominada concorrência interdita, que é melhor explanado no terceiro capítulo, e que não cuida do cerne deste trabalho). Tais filtros também levaram em consideração a escassez do tempo (hiato bienal) que limita esforços mais amplos do que aqueles empenhados. Neste recorte qualitativo-quantitativo-temporal proposto, a presente pesquisa almejou realizar um diálogo crítico com cerca de cento e trinta julgados, predominantemente concentrados nos capítulos sexto e sétimo do texto.

C) Referencial Teórico

Após o término desta pesquisa, pôde-se atribuir que, entre as obras temáticas especificamente destinadas à análise das relações abrasivas em um contexto capitalista, os textos mais relevantes ao diálogo ora proposto – po-

2 DANNEMANN, Gert Egon. *A Concorrência Desleal*. Uma Pesquisa sobre as Decisões Judiciais dos Tribunais Brasileiros. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 61, janeiro-fevereiro de 2002, p. 55-56: Neste brevíssimo artigo o autor menciona ter feito pesquisa com os caracteres “Concorrência Desleal” desde a vigência do CPI/1945, tendo excluído a maior parte dos resultados, pois apesar dos julgados fazerem menção ao abuso da liberdade de competir, em verdade a *fattispecie* cuidava de concorrência interdita. A crítica do autor continua atualíssima.

dendo serem denominados “estado da arte” mais próximo – são: (a) a obra brasileira de Celso Delmanto; (b) a obra argentina de Guillermo Cabanellas de las Cuevas e outros, (c) a obra angolana de José Oliveira Ascensão; (d) a obra estadunidense de Roger Schecter; (e) a obra espanhola de Eva Pérez Dominguez; e (g) a obra italiana de Luigi Mosco³.

Dentre as escritas desde a década de 1950 até períodos mais recentes – ainda que boa parte dos contextos peculiares a segunda década do século XXI fosse estranha às propostas de pesquisas monográficas (que serão melhor elaboradas nos capítulos que seguem) – é indubitável que este *sexteto* representa o alicerce crítico do presente texto e pesquisa.

Compreende-se haver originalidade – contributo mínimo – nas pesquisas ora realizadas seja pela: (a) combinação dos diálogos realizados entre autores que, aparentemente, não se conheciam e não se influenciaram; (b) pesquisa e crítica de julgados das mais diversas cortes; (c) diferenciações feitas entre rivalidade e concorrência; e (d) pela estética do próprio texto.

D) O Texto

O mérito da presente pesquisa foi dividido em três partes; cada parte contempla três capítulos e cada capítulo disserta por cerca de trinta páginas.

Com todo a admiração ao estilo ibérico de elaboração de pesquisas de fôlego, preferiu-se a concisão e a objetividade sempre que possível. Apesar do maior prestígio a abordagem zetética, buscou-se realizar um exame equilibrado com os perfis dogmático e pragmático, em especial pelas lentes das lides dirimidas pelo Poder Judiciário nacional.

A primeira parte da pesquisa é denominada “As situações Jurídicas Subjetivas do Direito Civil nos Ambientes de Concorrência e da Rivalidade”, tendo o primeiro capítulo proposto uma dicotomia analítica entre as pertinências de índole predominante patrimonial/capitalista (concorrência) e aquelas ínsitas ao ambiente existencial (rivalidade) que independem de regime econômico de planejamento planejado/centralizado ou disperso e plural.

O segundo capítulo cuida da teoria da concorrência privada, ou seja, sem enveredar pela análise mais *macro* do direito antitruste propõe-se a pers-

3 As referências completas aos autores e obras citadas serão realizadas nos capítulos vindouros.

crutar os *elementos*, os *requisitos* e os *fatores* competitivos, com ênfase na identidade objetiva, na geografia e no tempo da disputa.

Por sua vez, o último capítulo da primeira parte se dedicou à exaltação dos contrastes entre as três formas de concorrência ilícita, quais sejam as competições *ilegais*, *interditas* ou *desleais*. Enfatizou-se que a presente pesquisa se destina a análise não perfunctória da última forma de concorrência ilícita, bem como em sua comparação com a *rivalidade* civil.

A segunda parte da pesquisa é denominada “As situações jurídicas subjetivas da concorrência desleal e os novos paradigmas”, sendo composta pelos capítulos quatro, cinco e seis. Em síntese, esta parte enfoca no *objeto* da concorrência desleal e, também, no da *rivalidade*.

No capítulo quatro, se analisou a estrutura clássica da concorrência desleal, com as abordagens aos danos reputacionais, à assimetria informacional, e à distintividade. Como essência do recorte proposto, enfrentou-se as multiformas da boa-fé objetiva no ambiente civil, consumerista e comercial perante o esteio da concorrência desleal. Em seguida, no capítulo cinco, cotejou-se as condutas tradicionais tidas como exercidas em abuso da liberdade de competição. Por fim, no sexto capítulo, examinou-se os novos paradigmas da concorrência desleal e os diálogos interdisciplinares havidos com o direito regulatório/econômico, a influência do direito tributário, a deslealdade via interposição de pessoas, bem como o uso das novas tecnologias para viabilizar danos injustos.

A terceira parte da pesquisa foi cognominada de “As situações jurídicas subjetivas do aproveitamento parasitário e o diálogo com a rivalidade e a concorrência”, na qual foi dado destaque aos *sujeitos* das relações abrasivas.

No sétimo capítulo, se explanou a opção política dos legisladores mundo afora sobre as visões restritivas ou ampliativas do fenômeno concorrencial, distinguindo-se os chamados *três setores* da economia, e, quanto ao segundo setor, diferenciando-se aquilo que é regido pela lógica empresarial daquilo que é afeito ao ambiente do direito civil.

Em seguida, no oitavo capítulo, foi frisada a diferença entre as deslealdades competitivas pontuais (discretas ou predatórias) e aquelas sujeitas à lógica do concurso material/formal de condutas, também denominadas de concorrência parasitária.

No eixo final do oitavo capítulo, foi enveredado o instituto do aproveitamento parasitário sem concorrência, bem como delineada sua inaplicabilidade à ordenação brasileira segundo a legalidade constitucional.

Por fim, no nono capítulo, reuniram-se as premissas explícitas descritas nos oito capítulos anteriores para a realização de uma descrição crítica sobre o estado da arte envolvendo a responsabilidade civil de atos desleais nas relações econômicas de abrasão.

Após as análises oferecidas nas três partes e nove capítulos, a conclusão sugere algumas propostas críticas quanto os fenômenos da *comercialização* do Direito Civil: o empréstimo não-adaptado de institutos típicos à fungibilidade e disputa de clientela para eixos fiduciários, o paternalismo jurídico, e a necessidade de incentivo a regulação que melhore a qualidade da concorrência no país.

PARTE I – AS SITUAÇÕES
JURÍDICAS SUBJETIVAS DO DIREITO
CIVIL NOS AMBIENTES DE
CONCORRÊNCIA E DA RIVALIDADE

(1) Concorrência e Rivalidade

1.1 Introdução; 1.2 Relações Patrimoniais e Existenciais: uma nuance contextual; 1.3 Destinatários Relacionais e uma Ótica Exógena: os interlocutores; 1.4 Ótica Endógena: os emissores das relações abrasivas; 1.5 Bens jurídicos distintos: rivalidade e concorrência; 1.6 O Processo Comunicativo; 1.7 Patrimonialização das Situações Jurídicas Existenciais: uma aproximação das situações de rivalidade e concorrência?; e 1.8 Conclusão.

1.1 Introdução

Este texto não é munido da pretensão de realizar uma *jurisprudência dos conceitos*⁴, mas cuidará de iniciar sua análise com o cotejo de duas expressões tidas como sinônimas por diversos autores⁵: (a) “rivalidade”; e (b) “concorrência”. Outros tantos⁶ estudiosos ainda agregam uma terceira expressão como correlata às duas primeiras, qual seja, (c) “competição”.

Para além de um (ultrapassado e inadequado) debate formalista, é preciso compreender que o *discurso jurídico* e a *exatidão* dos conceitos aprimoram as interlocuções, estabelecem a minuciosidade comunicativa, além de constituírem a própria realidade⁷. Direito é – afinal – uma forma de discurso.

4 Sobre a ‘morte’ dos conceitos, vide BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Ed. Zahar Editora, 2001, p. 15. Sobre as origens da jurisprudência dos conceitos, vide LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Traduzido por José de Sousa Brito e José António Veloso. 2ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1982, p. 7.

5 Por exemplo: DUVAL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1976, p. 128, PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Concorrência Desleal por Meio da Publicidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 4 e BARBOSA DE OLIVEIRA, Rui Caetano. *As cessões de clientela*. Obras Completas de Rui Barbosa – Volume XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913, p. 103.

6 DELMANTO, Celso. *Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 6 e CARVALHO, Orlando Alves Pereira de. *Direito das Empresas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2012, p. 209.

7 LOPES, José Reynaldo de Lima. *As palavras e a lei*. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Fundação FGV, 2004, p. 29.

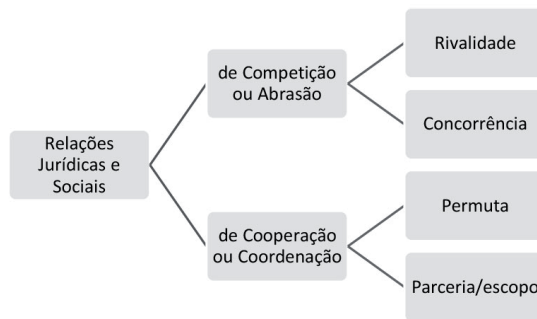
Sob o ponto de vista deste autor, a expressão (c) “competição”⁸ seria o gênero no qual as espécies (a) “rivalidade” e (b) “concorrência” estariam contidas. De outro lado, em comum com a premissa ontológica da teoria das relações jurídicas e sociais, as expressões *rivalidade*, *concorrência* e *competição* denotam a necessidade de alteridade⁹ e de abrasão no nexos peculiar. Não há, desta forma, como se pensar em qualquer tipo de fato gerador da soma de situações jurídicas que denotem (a), (b) ou – logo – (c) quando há apenas o isolamento de apenas um núcleo de interesses. *Uma só andorinha não faz verão*, tal como um unívoco agente não pode ser rival/concorrente ou competir consigo mesmo – a exemplo do que ocorre no monopólio. Por sinal, a mera pluralidade de *agentes* tampouco importará na imperatividade de *rivalidade* ou de *concorrência*, visto que se houver uma relação jurígena marcada pela cooperação¹⁰ ou pela coordenação; o que poderá de fato haver, será um *conluio*, um *cartel*¹¹, uma *distribuição* ou até um *nexo fraternal*.

Em outras palavras, há relações de cunho econômico que necessitam serem abrasivas em prol dos interesses públicos primário (social¹² e coletivo¹³) e secundário¹⁴, sob pena de colapso do próprio mercado ou do Estado. Como

-
- 8 “Competição. [Do lat. *Competitione*] S. f. 1. Ato ou efeito de competir. 2. Busca simultânea, por dois ou mais indivíduos, de uma vantagem, uma vitória, um prêmio, etc. 3. Luta, desafio, disputa, rivalidade. 4. *Biol. Ger.* Luta dos seres vivos pela sobrevivência, especialmente quando são escassos os elementos necessários à vida entre os componentes de uma comunidade” FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 354
- 9 PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Concorrência Desleal por Meio da Publicidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 7.
- 10 Sobre as diferenças entre as relações de permuta e os negócios de escopo, vide BRASIL, STF, 2ª Turma, Min. Eros Roberto Grau, REx 439000-5, DJ 06.02.2007. Para um aprofundamento doutrinário acerca da tendência à conduta egoísta, vide FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª Edição. São Paulo: Ed. dos Tribunais, 2010, p. 112.
- 11 ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 3ª Edição, Milão: Editore Dottore A. Giuffré, 1960, p. 108.
- 12 Coteje-se um caso em que a concorrência pelo avanço tecnológico no setor de saúde engendre superações recíprocas entre atores, tornando o medicamento do outro obsoleto e garantindo maior qualidade na oferta de bens de consumo.
- 13 É possível hipotetizar um caso em que a relação abrasiva engendre publicidades comparativas que melhor informem o consumidor sobre um determinado bem.
- 14 Os danos ao erário ficaram conhecidos anos depois de um *rodízio* operado por construtoras em grandes obras Públicas: Em síntese, para evitarem a prática de preços próximos ao lucro marginal, os concorrentes se encontravam e definiam a ordem sequencial em que cada um deles faria uma

será objeto de análise em capítulo próprio, os liames jurídicos que lidam com bens intelectuais cuidam de nexos poliédricos, impactando¹⁵ nos titulares, nos originadores, no Estado, nos consumidores, nos concorrentes e no meio ambiente. Ou seja, é invariável que nas relações concorrenciais os atores – protagonistas, antagonistas, contrarregas – sejam tão importantes quanto o contexto (o mercado é concentrado ou pulverizado), a narrativa (verticalização ou horizontalização da concentração), a música tema (incentivos e subsídios estatais) e a plateia (os consumidores finais).

Excluindo-se as situações jurídicas subjetivas “puras” (incluindo os valores da personalidade *per se*) e as situações jurídicas objetivas constitutivas de direitos reais, pode-se concentrar a proposta doravante cotejada com o seguinte diagrama:



Outrossim, o presente capítulo será enfocado em delinear pontos convergentes e divergentes do recorte ‘competitivo’. Porém, conforme será proposto, as similitudes conceituais cessam após tal coincidência episódica de dois de seus alicerces conceituais. Desta forma, de modo a se permitir um aprofundamento analítico, mister enfrentar a temática através de um ‘olhar’ acerca do (I) contexto, (II) destinatário, (III) emissor, (IV) bem jurídico, (V) processo comunicativo, e (VI) fetiche da monetização de toda e qualquer situação jurídica subjetiva.

proposta com chances de êxito. No Brasil, o Direito Administrativo raras vezes evolui com a mesma criatividade necessária para acompanhar a *fattispecie* do Direito Penal.

15 MACNEIL, Ian R. *O Novo Contrato Social: uma análise das relações contratuais modernas*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2009, p. 34.

1.2 Relações Patrimoniais e Existenciais: uma nuance contextual

O contexto dos liames da *rivalidade* e da *concorrência* é antagônico¹⁶. Enquanto o primeiro ‘dialoga’ com o ambiente predominantemente existencial, o segundo se estabelece no seio do que há de mais capitalista: o ‘terreno’ patrimonial¹⁷ (em particular o proprietário¹⁸) do nicho privado.

Sob a pena do Bardo¹⁹, os Capuleto e os Montecchios travaram uma *rivalidade* feroz que resultou naquilo que a opressão e a repressão costumam engendrar: o desejo²⁰ pelo proibido e o surto de violência (com o recíproco flagelo familiar). Por sua vez, um roteiro símile pode ser traçado com a dramatização²¹ da *rivalidade* entre as famílias²² estadunidenses dos Hatfield’s e dos McCoy’s.

Entre a mitologia helênica, é conhecida a *rivalidade* de Hera com todos os filhos de Zeus fora de seu casamento, o que resultou na tentativa de teo/homicídio contra Héracles com cobras em seu berço. Como um último exemplo, é útil rememorar a ficção que resultou na obra prima de Milos Forman, vencedora de oito Óscares no ano de 1984: Amadeus. Ali a fantasiosa *rivalidade* entre o gigante Johan-

16 Em diálogo com o Prof. Dr. Osny da Silva Filho da FGV-SP me foi apresentada visão diversa da que exprimo neste texto. Para o professor paulista a dicotomia patrimonial/existencial seria artificial e pouco útil. Correta e precisa seria a divisão entre preço e dignidade. Há, talvez, mais discordância de nomenclatura do que de resultado nas ideias, já que a rivalidade está mais preço da lógica da dignidade e a concorrência em muito é vinculada aos *fatores* dos preços.

17 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 59.

18 PASUKANIS, Evgeni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Traduzido por Soveral Martins. Coimbra: 1972, p. 15.

19 Interessante análise jurídica de sua obra pode ser encontrada em NEVES, José Roberto de Castro. *Medida por medida: o Direito em Shakespeare*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, p. 110.

20 “O simples desejo não é nada” RODRIGUES, Nelson Falcão. *O Casamento*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira 2016, p. 252. De outro lado, “Há coisas que não são menos vergonhosas de evocar que de fazer” SÓFOCLES. *Édipo Rei*. Traduzido por Paulo Neves. Porto Alegre: Ed. L&PM Pocket, 2011, p. 85.

21 Disputa havida por duas famílias rurais no período pós-guerra civil, na região de Kentucky e no oeste da Virgínia no último quarto do século XIX. A série televisiva produzida em 2012 – dirigida por Kevin Reynolds – foi estrelada por Kevin Costner e Bill Paxton.

22 “A família nunca deixa a gente, é como a catapora, a gente tem quando criança e fica marcado para o resto vida” SATRE, Jean-Paul Charles Aymard. *A idade da Razão*. Traduzido por Sérgio Milliert. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 172. Muitas vezes, além da família em si, as preferências e as implicâncias seguem de geração em geração. Há quem construa parte de sua identidade pelo ódio alheio, como numa afirmação pelo *asco* alheio: ‘sou eu, por ser o oposto de ti’.

nes Chrysostomus Wolfgangus Theophilus Mozart e o *diminuto* Antonio Salieri se espalhava na modalidade do *embuste* e da *inveja*²³, quase como um vínculo *unilateralmente* estabelecido para o ‘sucesso’ de um *boicote*²⁴ bem arquitetado.

Nos quatro exemplos ficcionais que são representativos do cotidiano social (tanto do passado quanto do presente), o elo em comum entre tais situações é o ambiente *existencial*. Não havia uma específica motivação do *lucro*, inexistia uma premissa da *mais valia* a justificar o *início* ou incentivar o *término* da abrasão existencial. Pelo contrário, é possível que *nenhum capital* do mundo dissuadisse os partícipes de tais *batalhas pessoais* a desistirem de seus atos cruéis e ardilosos. Havia em cada um de tais casos um certo júbilo na claudicância do outro, quicá a ocorrência de *schadenfreude*²⁵, ou seja, a obtenção de *prazer na observância da dor de quem não se gosta*.

Por sua vez, o mundo artístico é cheio de ricos exemplos sobre como a *rivalidade* pode catalisar pontos positivos à sociedade. No contexto da metade do século XX, dois artífices britânicos – Francis Bacon e Lucien Freud²⁶ – firmaram uma amizade turbulenta marcada pela *cooperação*, pelo *ciúme*, pela *paixão*, pela *inveja*, pelas *influências recíprocas* e pelo aperfeiçoamento da *technè* visando superar o próximo²⁷. Relações com vicissitudes similares marcaram o mútuo impacto de outros gigantes como Manet e Degas (com o segundo receoso por ser visto como uma espécie de satélite do primeiro), Matisse e Picasso, e, finalmente, Pollock e De Kooning. Em todos esses casos os fatos sociais e relações jurídicas²⁸ eram predominantemente *existenciais*, mesmo que o crescimento

23 Sobre a tênue relação entre o desprezo e a inveja, vide GRAMSCI, Antonio. *Os Intelectuais e a Organização da Cultura*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. 4ª Edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982, p. 13.

24 “Assim sendo, lutar as batalhas não é um comportamento de excelência; a suprema excelência consiste em quebrar a resistência do inimigo, sem luta. Logo, a melhor forma de comandar é arruinar os planos do inimigo. A segunda melhor é impedir a integração das forças do inimigo. A terceira é lutar com o inimigo no campo de batalha. E a pior política de todas é sitiá-las cidades muradas do inimigo” SUN TZU. *A Arte da Guerra*. Traduzido por Elvira Vigna. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 22.

25 KEEN, Andrew. *#vertigem digital. Por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando?* Tradução: Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2012, p. 63.

26 Escusa-se pela possível admiração à fidalguia, mas ambos eram sucessores dos famosos Francis Bacon (colateral) e Sigmund Freud (neto).

27 SMEE, Sebastian. *A Arte da Rivalidade*. Traduzido por Célia Euvaldo. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2017.

28 Alguns deles realizaram negócios jurídicos envolvendo mútuo não feneratício, comodato, tiveram contato sexual uns com os outros, mas sempre o elemento predominante era existencial e personalíssimo.

artístico decorrente da rivalidade tenha tido (recíproco) positivo impacto *patrimonial*. Pode-se asseverar que, em todos esses quatro exemplos de *duelos* de artífices, a *rivalidade* era tão forte quanto a *intimidade* e que a amizade foi o ponto de partida para relações que se tornaram complexas e difíceis.

Se o marco fundacional do *ordenamento* brasileiro é a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da CRFB) - e a instrumentalização de sua tutela se dá pelo prestígio dos denominados *valores da personalidade*²⁹ -, nota-se que o exercício das *faculdades*³⁰ existenciais não garante o *desenvolvimento* ou o bom uso³¹ da *liberdade* do ser. Tutela-se o ser como um fim em si mesmo, ainda quando não se observa o *princípio geral do direito do non altere laedere*³². Tal significa afirmar que não é papel do Estado utilizar instrumentos como a moral social ou os bons costumes para interditar as eleições existenciais que lhes possa compreender como inoportunas³³, mas dentro de sua esfera de autonomia. Ou seja, o *agir virtuoso*³⁴, o exercício da tutela para a promoção³⁵

29 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 121.

30 Sobre uma crítica interessante à sua autonomia como situação jurídica subjetiva, vide FONTES, André Ricardo Cruz. *A Pretensão Como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002, p. 104

31 Se recusa-se o Estado paternalista, não se permitiria a intrusão do mesmo em questões existenciais a exemplo da limitação (i) da contratação ou consumo de alimentos gordurosos, açucarados ou fritos por período temporal; (ii) da prática desportiva de extremo perigo (como saltar de paraquedas o *bungee-jumping*); ou (iii) do uso de tabaco. Assim, permite-se a assertiva acima de que o uso da autonomia privada pode ter como resultado algo ruim para o corpo, para a mente, e para a sociedade como um todo.

32 Sobre os três mais importantes princípios gerais do direito, vide: CARNELUTTI, Francesco. *Come Nasce Il Diritto*. Milano: RAI, 1942, p. 55.

33 “Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe o compromisso de tutela promocional da pessoa de acordo com uma perspectiva emancipatória, segundo a qual a liberdade é pressuposto do projeto de desenvolvimento da personalidade. Assim, as intervenções feitas na Autonomia privada devem ser analisadas criticamente, a fim de refutar a lógica de um Estado excessivamente paternalista que pretende tomar decisões por seus filhos - sempre incapazes de reconhecer o que é o melhor - em busca de um Estado que reconheça a liberdade e autonomia de seus representados, tendo como objetivo inafastável a realização dos diversos planos de vida que certamente surgirão” CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons Costumes no direito civil Brasileiro*. São Paulo: Almedina 2017, p. 26.

34 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. São Paulo: Ed. Edipro, 2007, p. 53.

35 Em sentido parcialmente diverso, vide BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. *Reflexões sobre a Autonomia Negocial*. In TEPEDINO, Gustavo José Mendes & FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e O Tempo, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 410.

do que há de melhor na natureza humana, não é requisito³⁶ para o resguardo jurígeno da esfera existencial das pessoas, já que a Constituição não serve – apenas – à proteção dos *bem-aventurados*³⁷.

Destarte, o empenho malicioso ou desvirtuado da *autonomia privada* muitas vezes descamba para a sábia advertência da personagem Mestre Yoda, de George Lucas, acerca do exercício imprudente dos sentires e fazeres (que podem resultar em um ciclo vicioso): “*fear is the path to the dark side. Fear leads to anger; anger leads to hate. Hate leads to suffering*”³⁸. No ambiente de ‘Guerra nas Estrelas’, o que apartava a filosofia dos *rivals* Jedi e Sith não eram os *valores patrimoniais* (a disputa pela clientela) e sim aqueles *existenciais*, a função de quem estava no Poder e o tipo de didática (includente vs. excludente) que deveria ser utilizado entre um mestre e um aprendiz (conflitos intergeracionais). A disputa de tal rivalidade se dava na seara das pré-compreensões³⁹, da ideologia⁴⁰, das premissas implícitas⁴¹ e explícitas sobre o que seria bom, correto e utópico.

36 “É improvável admitir que um indivíduo possa conduzir sua vida inteira com base na única motivação de respeito pelos direitos das outras pessoas. Tampouco existe alguma razão para se recomendar tal modo de existência. Seria uma vida de total servidão aos outros” RAZ, Joseph. *A Moralidade da Liberdade*. Traduzido por Carlos Henrique de Oliveira Blecher & Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Ed. Campus Elsevier, 2011, p. 199.

37 Em uma visão pessimista segundo a qual a maldade seria tão banal entre nós como a prática do bem, vide ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal*. Traduzido por José Rubens Siqueira. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 1999, p. 274.

38 Tradução livre: “o medo constitui a trilha para o lado negro. Medo leva à fúria; fúria leva ao ódio. O ódio leva ao sofrimento” - Guerra nas Estrelas: Episódio I – a ameaça fantasma, 1999. Dirigido e escrito por George Lucas. A dublagem original de Mestre Yoda foi conduzida por Frank Oz.

39 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 10ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 251.

40 Acerca da interrelação entre ideologia e direito, vide GRAU, Eros Roberto. *Direito Penal – Sob a Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Malheiros Editores, 2010, p. 14.

41 “If much of human reasoning involves this kind of intuitive and nondeliberative leap from particular to particular, then it is important to identify analogy as the way in which this kind of thinking and reasoning frequently manifests in legal argument. But if what some view as an intuitive leap from particular to particular is actually mediated by constructing a generalization at some level of consciousness, then much of the celebration of analogical reasoning in law will turn out to be on psychological thin ice” Tradução livre: “Se muito do raciocínio humano envolve esse tipo de salto intuitivo e não deliberativo de especificidade a especificidade, então é importante identificar a analogia como a maneira pela qual esse tipo de pensamento e raciocínio frequentemente se manifesta na argumentação jurídica. Mas, se o que alguns veem como um salto intuitivo de especificidade a especificidade for realmente mediado pela construção de uma generalização em algum nível de consciência, então grande parte

De outro lado, nas disputas pelas preferências *mercantis*, batalhas ‘sangrentas’ - *verbi gratia* – foram travadas no Brasil pelas sociedades anônimas que comercializam o Guaraná Antártica e a Coca-Cola⁴², ou nos Estados Unidos da América entre a Apple e a Samsung. Em tais contextos, a luta pela maior apropriação privada dos capitais dos consumidores era o *leitmotiv* para as ousadas estratégias publicitárias, o uso de criações imateriais alheias e para a litigiosidade agressiva.

O desrespeito aos valores da personalidade – nem àqueles que subsidiariamente são assegurados pela ordenação pátria (a exemplo do art. 52 do CC⁴³) às pessoas jurídicas – não denotaria a estrutura ou a função primordial de tais relações abrasivas neste segundo contexto. Diante de tais meandros, é possível apresentar a proposta segundo a qual o liame da *rivalidade* denota um cunho essencialmente existencial, enquanto o vínculo da *concorrência* exprime sua vertente predominantemente patrimonial. Tal não significa realizar uma cegueira deliberada para situações existenciais que contemplem algum elemento patrimonial ou vice-versa. O que se está a defender é que, no hibridismo do teor da *rivalidade*, há prevalência do elemento existencial⁴⁴ (mesmo que a inobservância de deveres jurídicos acarrete consequências patrimoniais impostas pela responsabilidade civil). Portanto, ventila-se que o primeiro cuida do *ser*, enquanto o derradeiro tem o direcionamento do *ter*.

Nesta esteira, é igualmente útil diferenciar que a noção de alteridade do ambiente existencial forma *identidades* contrapostas⁴⁵, enquanto o recorte

da celebração do raciocínio analógico na lei acabará sendo psicologicamente frágil” SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 100.

42 Em um desses casos que tramitou perante a 14ª Vara Cível da Capital do TJSP, na AO 07.263107-6, Sentença de 30.06.2009, a Coca-Cola tentou obstar que sua concorrente que mercanciava um refrigerante com os dizeres Guaraná Zero fizesse uso da expressão *zero*. Para fins do comando do art. 124, VI, da Lei 9.279/96 (Código da Propriedade Industrial de 1996), felizmente, a pretensão foi malfadada.

43 Interessante estudo foi realizado por FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos Morais e a Pessoa Jurídica*. São Paulo: Ed. Método, 2008, p. 241.

44 No tocante a tal discussão no ambiente do Direito das Obrigações, vide KONDER, Carlos Nelson de Paula & RENTERIA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. Rio de Janeiro: Revista Civilística, ano 1, volume 2, 2012, Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Konder-e-Renter%C3%ADa-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>, acessado em 16.12.2019, às 10:15.

45 “Pois o bem e o mal não existem em si mesmos, cada um deles é somente a ausência do outro” SARAMAGO, José. *O Evangelho Segundo Jesus Cristo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 18.

patrimonial comporta *distintividades* contrastantes. Enquanto o coletivo da *identidade*⁴⁶ (escolhida⁴⁷ ou ungida) existencial forma o conceito de cultura (pense-se na cultura da maior festa do Norte do Brasil: o Boi Bumba⁴⁸ – pode-se afirmar que a identidade de quem torce pelo Caprichoso depende do antagonismo de quem se projeta no Garantido), a pluralidade de *distintividades* conforma as noções de agentes econômicos na concorrência⁴⁹. O pluralismo de agentes econômicos é fomentador do investimento nos elementos de diferenciação para atrair a *fidelidade* do interlocutor consumidor.

De outra monta, há autores, hoje, que tratam da fungibilidade da cultura, ou de um ‘mercado cultural’⁵⁰ (expressão infeliz sob o ponto de vista deste autor), que trata de um fenômeno a ser enfrentado neste capítulo, qual seja a tendência à *monetização* das análises relacionais.

Assim, enquanto o direito à identidade é forte o suficiente para obstar o exercício da clonagem humana (sendo densificado na regra do art. 6º, IV, da Lei 11.105/2005); a tutela da distintividade (Lei 9.279/96) contra o uso ilegítimo marcas, nomes de empresa, expressões de publicidade e *trade dress* para proteger as searas econômicas não garantem contra o fato de que um ser humano pode tentar imitar o jeito, o andar, o vestir, e o falar alheio; apesar de que muitos de tais atos poderiam ser obstados – no contexto pertinente – pela tutela via propriedade industrial⁵¹. Por sua vez, não se faz necessário o uso da

46 “Brasil, a identidade nacional se constrói a partir do amálgama de inúmeras identidades culturais e étnicas que lhe conferem matizes próprios. Sua incorporação na esfera privada traduz-se num movimento de pertencimento e autorrealização, que se revela nas expressões: “sou brasileiro”, “sou negro”, “sou nordestino”, “sou mulçumano”, etc.” CHOERI, Raul Cleber da Silva, *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar 2010, p. 3.

47 SEN, Amartya. *Identidade e Violência*. Traduzido por José Antonio Arantes. São Paulo: Observatório Itaú Cultural, 2015, p. 46.

48 Segundo informação do Prof. Dr. Gabriel Furtado da Universidade Federal do Piauí, a origem cultural de tal manifestação foi no estado nordestino no qual Teresina é capital.

49 Permita-se para aprofundamento no tema remissão ao nosso BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *E-stabelecimento*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2018.

50 O que não significa dizer que a cultura e a economia estejam de dissociadas. Vide: BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a Uma Outra Modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 297.

51 CARNELUTTI, Francesco. *Usucapion de La Propiedad Industrial*. Traduzido por Francisco Apodaca y Osuna. Ciudad del México: Editorial Porrúa, 1945, p. 53.

burocracia estatal na garantia dos valores da personalidade⁵², mas, para efeitos da tutela da distintividade, muitas vezes o registro/concessão serão antecedentes necessários, verdadeiros requisitos de tutela.

Uma outra estrutura – diferente – entre a tutela dos dados pessoais nas situações de *rivalidade* para com aquelas de *concorrência* tem a ver com o fundamento da proteção. Enquanto na abrasão existencial, o resguardo dos dados pessoais é vinculado ao conceito de intimidade (atributo que emana da própria dignidade), pode-se falar em proteção aos dados pessoais típicos da privacidade *patrimonial* na concorrência (a exemplo da incidência do art. 195, XI, da LPI).

Assim, permeadas algumas das pertinentes diferenças entre o *ser* e o *ter*, é possível concluir que a identidade deságua como uma tutela oriunda do art. 1º, III, enquanto a distintividade exsurge do art. 5º, XXIX, e 170, IV, todos da CRFB. Desta forma, é direta a percepção de que o fundamento de tutela é qualitativamente diverso (estruturas diversas), mesmo quando o resultado seja unidirecional (funções parecidas) quanto à garantia do *direito a ser diferente*⁵³.

1.3 Destinatários Relacionais e uma Ótica

Exógena: os interlocutores

O destinatário imediato da *rivalidade* é um sujeito de direito *em peculiar*, alguém *especial* (ainda que por razões pouco republicanas) que merece a atenção (quicá a obsessão) do emissor. Os sentimentos de *nojo*, *ódio* ou *fúria* se dão em relação *a alguém* particularizado (e muitas vezes são a base estrutural daquilo que popularmente se denomina de *rixa*), tal como ocorre com os elementos emotivos opostos do *desejo*, do *amor* e da *ternura*⁵⁴. Em geral, os seres humanos não atingi-

52 Sobre a incidência direta e imediata de tal espécie de direito fundamental, vide CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 129 e AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O Princípio da Igualdade e o Direito das Obrigações*. In TEPELINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e O Tempo, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 551. Sobre a originalidade dos valores da personalidade, vide ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 181.

53 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 92.

54 “Nosso amor e ódio sempre se dirigem a algum ser sensível exterior a nós” HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Traduzido por Déborah Danowski. 2ª Edição, São Paulo: UNESP, 2009, p. 364.

ram o grau de desenvolvimento espiritual para atuarem como amigos⁵⁵ *cosmopolitas* de todos os seus coetâneos terráqueos. Deste modo, no ambiente privado, tal como nos agires virtuosos e nos desvirtuados, atua-se de modo oposto ao princípio do direito público (art. 37, *caput*, da CRFB) quanto à impessoalidade.

Um caso candente de rivalidade (imediate) desportiva⁵⁶ se deu no ocaso dos anos oitenta até a primeira metade dos anos noventa do século XX, entre dois pilotos famosos de fórmula-um: o francófono Alain Prost e o lusófono Ayrton Senna. Tal rivalidade⁵⁷, respeitosa é verdade, perdurou até o acidente que ceifou a vida do brasileiro, mas contribuiu como estímulo para cada partícipe aperfeiçoar seu múnus e estilo de direção. A assunção de maiores riscos visando a elevar a eficiência na direção, a cautela na utilização moderada de combustível para evitar novos reabastecimentos, enfim, a rivalidade acabou por influenciar e transformar cada um deles.

É possível, ainda, ventilar quem seriam os destinatários *mediatos* da rivalidade, como (1) os expectadores das olimpíadas de atletismo no caso acima citado, (2) uma senhora auxiliada por *escotistas* que disputavam uma promoção dentro da organização fundada por Baden Powell, (3) a plateia de um festival de música que foram *beneficiados* pela disputa entre compositores, desportistas ou intérpretes, acerca de quem originou a melhor obra ou realizou a conduta mais próxima à ideia de bom samaritano.

Entretanto é preciso frisar que os eventuais destinatários *mediatos* da rivalidade são meramente acidentais e incidentais, não sendo, portanto, essenciais. Não é endógeno à abrasividade existencial que haja qualquer alteridade além do rival que, às vezes, também o é inimigo⁵⁸. A rivalidade é em geral ensimesmada, insular, egoísta⁵⁹.

55 Em um belo diálogo com as ideias kantianas, vide: BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2004, p. 126.

56 “Em uma competição esportiva não vence quem é justo que vença ou quem tem razão: vence - e, ao fim e ao cabo, é justo que vença - quem prevaleceu sobre adversário” TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 132.

57 Sobre como tal rivalidade transformou o esporte e os desportistas, vide <https://www.ledauphine.com/sport/2019/05/01/la-rivalite-prost-senna-en-cinq-dates>, acessado em 14.12.2019, às 19:42.

58 Diz-se, às vezes, visto que há casos – psicologicamente interessantíssimos – em que a rivalidade é concomitante à própria amizade e o ciúme, as ‘alfinetadas’, coetâneos ao amor. Tal foi o caso dos amigos e rivais Manet e Degas em 1870” SMEE, Sebastian. *A Arte da Rivalidade*. Traduzido por Célia Euvaldo. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2017, p. 150.

59 Em um diálogo entre Demócrito e o fundador da medicina ocidental: “Eu rio das más ações, aliás, gargalho mesmo desses infortunados, homens que transgridem os decretos da verdade, amigos da

Se forem excluídas as hipóteses de mercados extremamente concentrados (tendentes ao monopólio como é o caso das concessionárias de energia elétrica, ou oligopólio como a hipótese das companhias aeroviárias), os elos concorrenciais costumam variar ao longo do tempo. Novos agentes econômicos podem ingressar em um determinado mercado, outros tantos podem restringir suas atividades, falir⁶⁰, realizarem trespasses e promoverem um êxodo de um determinado nicho. Fato é que os destinatários *imediatos* da concorrência são sujeitos específicos, mas não tratam de um rol estanque ou estável.

Com as sucessivas revoluções tecnológicas, a banalização do uso do maquinário e, hoje, a realidade da inteligência artificial houve a *despersonalização* endógena dos partícipes de um mercado. A própria evolução do direito empresarial de *crise* denota que a função social da empresa é – muitas vezes – preservada com a manutenção⁶¹ da atividade, ainda que afastando o *sujeito* empresário (Lei 11.101/2005 atualizada pela Lei 14.112/2020). Mais vale – neste viés empresarial – a tutela do perfil patrimonial (*objeto*) e do elemento dinâmico (*atividade*) do que o personalismo⁶² do seu titular.

É possível, por sinal, criticar o tecno-fundamentalismo de quem enxerga na inteligência artificial uma forma possível de superação do humanismo, inclusive no tocante à produção das obras de arte. Há quem defenda⁶³ que, em mais alguns anos, os algoritmos (antropomorfizados em expressões como

rivalidade odiosa, da disputa contra parentes, sejam filhos, sejam concidadãos” HIPÓCRATES. *Sobre o Riso e a Loucura*. Traduzido por Rogério de Campos. São Paulo: Ed. Hedra, 2013, p. 54.

60 No município do Rio de Janeiro, era comum a concorrência entre os famosos restaurantes lusitanos Antiquários e o Adegão Português, que dividiam a clientela aristocrática da cidade. Com o encerramento das atividades do primeiro, pode-se asseverar que o derradeiro angariou para si a antiga clientela do primeiro. Ao menos até que um novo agente econômico com a mesma proposta surgiu no mercado: o Rancho Português. Tais vicissitudes são típicas da livre iniciativa e denotam o que há de mais saudável na livre concorrência.

61 FRANCO, Vera Helena de Mello & SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação da Empresa em Crise*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008, p. 234.

62 Sobre tal importante distinção entre o personalismo do direito civil e a despersonalização das relações comerciais, vide ESTRÊLA, Hernani. *Da Comercialização do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, Volume 185, Ano 56, Fascículos 675 e 676, Set/Out, 1959, p. 35.

63 O professor Ryan Benjamin Abbott, por exemplo, indica que tal é um futuro não muito distante. Sua obra *the Reasonable Robot*, com a qual se estabeleceu um diálogo crítico em capítulos vindouros é um marco importante nesta matéria. Por sinal, em evento organizado pela Professora Titular Silmara Chinellato na ASPI, em 2020, alguns dos tópicos pertinentes foram mencionados pelo próprio professor Abbott.

robôs) serão capazes de ultrapassar a técnica de figuras como Di Cavalcante, Silvio Pinto ou Candido Portinari. Contudo, olvidam-se da lição de Walter Benjamin⁶⁴ acerca do ‘impacto’ que novas tecnologias trazem às vetustas formas de expressão, sem que tal lhes destruam. Fato é que carece a uma pintura feita por um robô aquilo que procuramos em uma pinacoteca: a aura do artista. Não há projeção humana (empatia) a valorizar a ausência do *sentir* de uma maquinaria ou de um produto informático *per se*.

Por sua vez, o destinatário/receptor mediato da *concorrência* não precisa ser alguém em particular. Diante de uma universalidade de massas ou uma sociedade de consumo⁶⁵, a despersonalização, o uso publicitário com o funtor um-todos⁶⁶, a padronização e a *comoditização* dos bens e serviços será feita de modo a atingir o maior número de *interlocutores* que seja economicamente possível. Não há uma imperatividade de *customização* do agir em busca de adaptar as minúcias do destinatário, pois, em geral, é o interlocutor – ou consumidor no contexto da Lei 8.078/90 – que se adequará aos modelos de adesão⁶⁷ eleitos pelo fornecedor. Nesta senda, é possível concordar com a doutrina que entende que a *concorrência* tem como premissa basilar a *disputa de clientela*⁶⁸, o que não ocorre no conceito ora utilizado de rivalidade.

Destarte, ao contrário da hipótese da *rivalidade*, na qual o protagonismo da relação é exercido pelo e para os atuantes do agir abrasivo, no nexo concorrencial isto sempre será instrumental. *A priori*, não se disputa a relação concorrencial por prazer ou por outro tipo de emoção, *compete-se* no segmento econômico visando atingir o destinatário final. Uma decorrência positiva de tal instrumentalidade é o efeito do *darwinismo* da competição econômica, pois, no

64 BENJAMIN, Walter Benedix Schönflies. *A Obra de Arte na Era da Sua Reprodutibilidade Técnica*. In BENJAMIN, Walter Benedix Schönflies. DETLEV, Schöttker. SUSAN, Buck-Morss MIRIAM, Hasen. *Benjamin e a obra de arte: técnica, imagem, percepção*. Tradução Marijane Lisboa e Vera Ribeiro; organização Tadeu Capistrano. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012, p. 13.

65 BARCELONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*. Traduzido por Jesús Ernesto García Rodríguez. Madri: Editorial Trotta, 1996, p. 34.

66 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1996, p. 65.

67 ROPPO, Vincenzo. *O Contrato*. Traduzido por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 302.

68 GRAU, Eros Roberto & FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, A Empresa e O Contrato*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 303. Em sentido próximo ao proposto pelos professores titulares da FADUSP, vide RONZANO, Alain. *Le rôle de la clientèle em droit de la concurrence*. In. CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000, p. 37.

esteio da *lealdade* competitiva, a eficiência, o desenvolvimento tecnológico, a prática de preços que se aproximam do marginal, a maximização da qualidade (no pré, na execução obrigacional e no momento pós-contratual) nos produtos e serviços tendem a realizar uma *seleção* artificial daqueles que sobreviverão a escolha do destinatário. Em um ambiente de pluralidade competitiva, o consumidor raramente *perdoa* ou *esquece* os ineficientes, os que praticam preços caros, aqueles que erodem a qualidade de seus bens ou serviços buscando a maximização de seu lucro à revelia do bem-estar do interlocutor.

Como no nicho concorrencial a *quantidade*, o volume de consumidores, é mais relevante do que aspectos relacionados a particularismos, se: (i) um consumidor 'A' optar por não mais contratar junto ao fornecedor 'X'; e (ii) tal fornecedor conseguir 'substituir' tal demanda por outro(s) consumidores com idêntico padrão de consumo; então (iii) não haverá qualquer prejuízo para a racionalidade econômica de 'X'. Encontrou-se ali um intercâmbio suficiente à satisfação de suas estimativas orçamentárias.

Ou seja, enquanto (a1) nas relações abrasivas de *rivalidade* a *persona* do receptor é específica, personalíssima e infungível⁶⁹; (a2) não há qualquer ganho necessário (para si ou terceiros) pela existência da *rivalidade em si*, salvo a autoafirmação ou maniqueísmo de posições; (b1) nas relações igualmente desgastantes da *concorrência*, os destinatários *mediatos* são abstratamente reconhecidos como consumidores (clientes ou fregueses⁷⁰, potenciais ou atuais), (b2) os destinatários *mediatos* muitas vezes são beneficiados (por exemplo com a diminuição da assimetria informacional⁷¹) pelo impacto concorrencial entre os agentes econômicos fornecedores, e (b3) os destinatários *imediatos* costumam cambiar ao longo do tempo, muitas vezes lidam com a automação, despersonalização⁷², e têm na racionalidade econômica o esteio do seu

69 No contexto do direito de autor, por exemplo, se faz uso de conceito símile que o de individualidade. Para um aprofundamento no tema, vide CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Requisitos Fundamentais para a Proteção Autoral de Obras Literárias, Artísticas e Científicas. Peculiaridades da Obra de Artes Plásticas*. In: Org. MAMEDE, Gladston & FRANCA FILHO, Márcilio Toscano & RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito da Arte*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015, p. 299.

70 BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1988, p. 182.

71 STIGLITZ, Joseph Eugene. *O preço da Desigualdade*. Traduzido por Dinis Pires. 2ª Edição, Lisboa: Bertrand, 2016, p. 97.

72 SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 167.

agir. Em outras palavras, enquanto nas situações de *rivalidade* a possibilidade de externalidades⁷³ é marginal (ainda que existente⁷⁴), nas situações de *concorrência* (leal) a tendência é a de externalidades positivas.

Aliás, o grande economista tcheco nascido no século XIX bem narrou sobre a maneira com a qual a *concorrência* – ainda que lesiva aos lucros de seus partícipes⁷⁵ – poderia resultar em ganhos tecnológicos socialmente interessantes: o conceito de *destruição criativa*⁷⁶, que aqui também pode ser denominada como uma forma de *externalidade positiva*.

1.4 Ótica Endógena: os emissores das relações abrasivas

Os liames de *rivalidade* não carecem de muitos requisitos para se fazerem presentes, visto que tal plexo abrasivo pode ocorrer ainda que os sujeitos de direito em análise (i) não coexistam, (ii) não exerçam o mesmo mister profissional, (iii) habitem rincões absolutamente díspares do planeta, e (iv) estabeleçam o vínculo de *rivals* sem qualquer tipo de justificação racional.

Como exemplo da situação jurídica existencial⁷⁷ (i), é possível ventilar o caso da *rivalidade* entre René Descartes (1596-1650*) e David Hume (1711-

73 “Como diz o velho poema, «Nenhum homem é uma ilha». Em qualquer sociedade o que uma pessoa faz pode prejudicar, ou beneficiar, os outros. Os economistas referem-se a estes efeitos como externalidades. Quando os que prejudicam os outros não têm de suportar as consequências das suas ações, nada os impede de continuar a prejudicar os outros, nada os impele a prevenir os riscos de prejuízo. De modo a incentivar os membros da sociedade a não prejudicar os outros, os seus bens, a sua saúde e os bens públicos - como a natureza -, temos leis” STIGLITZ, Joseph Eugene. *O preço da Desigualdade*. Traduzido por Dinis Pires. 2ª Edição, Lisboa: Bertrand, 2016, p. 269.

74 É conhecido o caso (ocorrido em 04.12.1963) do senador da República Arnon de Mello (PDC-AL – também cognominado de Pai do Ex-Presidente da República e atual senador por Alagoas Fernando Collor de Mello) que ingressou armado no plenário da casa legiferante, tentou atingir seu rival Silvestre Pericles (PTB-AL), mas durante o erro de execução (art. 73 do Código Penal) acabou fulminando a vida (art. 121 do CP) do Senador José Kairala (PSD-AC). Para mais dados, vide <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,senado-ja-teve-ate-assassinato-em-plenario,50899>, acessado em 14.12.2019, às 19:52. Aqui é nítida a hipótese de uma externalidade negativa da rivalidade alagoana.

75 SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 45.

76 SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 106.

77 Para uma análise cuidadosa do tema, vide AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 9ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2017, p. 353.

1796*), no tocante, respectivamente, às propostas filosóficas do racionalismo e do empirismo. Se de um lado ambos exerciam a mesma profissão (filósofos, intelectuais e professores), de outro não eram coetâneos. Cuida-se de uma rivalidade intelectual⁷⁸, existencial e post-mortem do sujeito francófono. Aliás, é relativamente comum que, no ambiente do *pensar* e dos labores *expressivos*, a dialética abrasiva ocorra diacronicamente. Tendo em vista que a assimetria informacional é elemento invariável entre os seres humanos, muitas vezes há um interstício de décadas entre a inspiração, a reflexão, a elaboração, a publicação, a aquisição/acesso, a apreciação da obra produzida por outrem, e o diálogo do receptor com o emissor. Assim ocorre na literatura, nas demais formas artísticas, nas ciências e nas prudências (como é o caso do Direito); como o oposto do que deveria ocorrer em um jogo de tênis de mesa.

Por sinal, é possível que os originadores ideológicos sequer conhecessem o labor um do outro – ainda que coetâneos (como o caso de Shakespeare e de Cervantes) –, mas seus admiradores séculos depois edifiquem esta simbólica relação de *rivalidade*. Cuidar-se-ia de uma hipótese – excepcional, é verdade – de *rivalidade* artificial acreditada e alicerçada por parte de terceiros.

Por sua vez, como fato de incidência da hipótese (ii), é possível cotejar um caso de um triângulo⁷⁹ amoroso no qual dois sujeitos de direito *disputem* a predileção existencial de um terceiro. Se uma delas assassinar visando ter – só para si – a pessoa amada⁸⁰, tratar-se-ia de um concurso dos crimes de

78 Um bom exemplo de rivalidade intelectual é narrado quanto os adeptos do *textualismo/originalismo* e do novo historicismo (e o contexto em que tal rivalidade é exercida com destaque é no colegiado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América): FISHER III, William W. *Text And Contexts: The Application To American Legal History Of The Methodologies Of Intellectual History*. Stanford Law Review, Volume 49, Maio de 1997, p. 1072. Vide, ainda, HUTCHINSON C, Allan. *Is Eating People Wrong? Great Legal Cases and How They Shaped the World*. New York: Cambridge, 2011, p. 105.

79 Na complexa disputa existencial entre Degas e Manet, tal foi um os temperos quando Edgar decidiu cortejar a *amante* de Édouard: “Será que ele achava que podia competir com Manet? Sem dúvida, sendo solteiro, deve ter sentido que seu direito de tentar conquistá-la se sobrepunha ao do rival casado” SMEE, Sebastian. *A Arte da Rivalidade*. Traduzido por Célia Euvaldo. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2017, p. 143.

80 Note-se que tal fato gerador é diferente do ocorrido em 2015, em Abadia de Goiás, no qual um empresário baleou e ateou fogo no corpo da cozinheira de uma Pamonharia concorrente ao de seu estabelecimento comercial. Aqui, nitidamente, havia uma relação de *concorrência* e o intuito foi imediatamente econômico. Para mais dados, vide reportagem “Concorrência na venda de pamonha termina em tentativa de homicídio”, acessado em <http://g1.globo.com/hora1/noticia/2015/03/concorrenca-na-venda-de-pamonha-termina-em-tentativa-de-homicidio.html>, no dia 17.12.2019, às 15:39.

homicídio (art. 121 do CP) e de concorrência desleal (art. 195, da LPI)?⁸¹ Se em outro triângulo amoroso um dos candidatos ao amor da terceira finge saber cozinhar (quando em verdade pede comida para entrega a domicílio) – e até ser premiado em uma competição de culinária – de modo a se destacar do *rival* (que mal sabia fazer torradas), teria ele trapaceado o princípio da prestação e estaria sujeito à lógica da concorrência desleal (art. 195, VII da LPI)? Se mentir, fingir e camuflar podem ser técnicas *imorais* de obtenção de ‘recompensas’ na seara existencial⁸², nem sempre tais condutas significarão um *fato juridicamente* relevante e, muito menos, ato ilícito⁸³.

A maneira com a qual os dois *rivals* consigam obter ‘capitais’ através do seu trabalho se torna absolutamente irrelevante para o fenômeno da *rivalidade* em si. Em uma divertida comédia da literatura nacional, Dona Flor tinha sua paixão disputada entre o espírito do ex-marido Vadinho (que não era particularmente afeiçãoada a labuta) e Teodoro (farmacêutico). É possível, portanto, contemplar no gênio de Jorge Amado uma hipótese de rivalidade *diacrônica* e sem a identidade laboral dos *rivals*.

Em seguida, diante da *fattispecie* (iii), pode-se exemplificar com a fábula de dois enxadristas amadores (ou seja, que pratiquem o ‘esporte’ sem qualquer tipo de contrapartida econômica direta ou indireta) que construam o hábito de disputar o jogo através de sítios virtuais, ou, dentro de um espírito conservador, o façam por epístolas. É possível que um deles habite as Ilhas Malvinas (Reino Unido) e o outro more em Longyearbyen (Noruega), do outro lado do planeta, sem que isso signifique alguma erosão da relação abrasiva interpartes. Saindo de um exemplo hipotético e ingressando em um caso real,

81 Um caso trágico ocorreu no Estado de Goiás em 2018 e foi reportado pelo periódico O Globo: “Mulher descobre triângulo amoroso e mata rival a facadas por ciúmes em Abadia de Goiás, diz polícia Segundo delegado, suspeita, que foi presa, confessou crime e alegou relacionamento das duas com o mesmo homem como motivação”. Acessado em <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/mulher-descobre-triangulo-amoroso-e-mata-rival-a-facadas-por-ciumes-em-abadia-de-goias-diz-policia.ghtml>, no dia 14.12.2019, às 20:44.

82 Aqui não se está negando o princípio eticidade ou sua interrelação com o Direito. O que se está a afirmar é que o campo da moral não é idêntico ao do Direito: KERSTING, Wolfgang. *Liberdade Bem-Ordenada*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª Edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 168.

83 Para alguns, “*all is fair in love and war*”, ou seja, tudo seria justo no contexto amoroso e durante uma guerra (tradução livre). Tal exagero é nitidamente falso diante dos Direitos Humanos (pense-se no uso de armas químicas, gás de mostarda, etc) e das evoluções sociais.

pode-se apontar a rivalidade intelectual (direta e de seus discípulos) entre o estadunidense Ronald Myles Dworkin (1931-2013*) e o inglês Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992*): um era professor em Yale⁸⁴ (EUA) e o outro em Oxford (Inglaterra)⁸⁵.

Por fim, o fato gerador (d) é deveras comum ao próprio conceito de *rivalidade*, visto que raras vezes é possível afastar a arbitrariedade com a qual tal tipo de relação adversarial é edificada. Quando se trata de uma relação concorrencial, nada há de arbitrário ou caprichoso na formulação de tal nexos que responde a requisitos específicos que serão contemplados em capítulo próprio. A ‘discrecionabilidade’ com a qual os seres humanos elegem aliados e inimigos é assunto pertinente à psicologia, à antropologia e quiçá à sociologia, mas é de difícil compreensão para o Direito⁸⁶. Alçando-se um voo distante ao nicho privado – que é a proposta da presente investigação –, pense-se em um renomado caso de direito internacional público tangenciando o Estado Palestino e o de Israel: independentemente do escalonamento de guerras e ódios mútuos, é difícil explanar uma *causa única e racional* para o estabelecimento – e o que é pior, a permanência – de tal conflito. Pelo contrário, é possível cotejar que a edificação de uma relação pacífica entre tais vizinhos poderia ressaltar uma simbiose cultural, econômica e política para toda a região – quiçá para o globo como um todo. Aqui trata-se de uma rivalidade cujas *externalidades negativas* são significativas.

Quando se soma a desnecessidade de sincronia, a irrelevância do fator econômico-profissional, a possível distância territorial e a (completa) irracionalidade na edificação da relação adversarial, se consegue enxergar um instituto bastante distinto da *concorrência*, qual seja a *rivalidade*.

Conforme será objeto de capítulo próprio, a *concorrência* tradicionalmente é edificada com os requisitos da *sincronia*, da *territorialidade*, da *identidade de bens ou serviços*; e como liame mercantil é sujeito à *racionalidade econômica* (ainda que não o seja conglobante ou perfeita⁸⁷) e sensível às carac-

84 Ainda que ulteriormente tenha sucedido Hart na universidade inglesa.

85 Pode-se enxergar tal caso como uma hipótese de externalidade positiva advinda de uma relação – respeitosa – de rivalidade.

86 O que não significa dizer que é desimportante para o Direito, a exemplo dos institutos da suspeição e impedimento que deveriam ser mais invocados e aplicado no ambiente do processo civil e penal para manter a imparcialidade judicial.

87 WILLIAMSON, Oliver Eaton. *The Economic Institutions Of capitalism. Firms, Markets, relational Contracting*. New York: The Free Press, 1985, p. 32.

terísticas de um mercado como o conceito de preço. De outro lado, não há que se falar em *preços* no ambiente existencial, sob pena de inversão das lógicas kantianas quanto ao conceito de *dignidade* e de completa confusão do que é fundamental na seara não-patrimonial.

1.5 Bens jurídicos distintos: rivalidade e concorrência

As relações concorrenciais partem de uma premissa inafastável da intercambialidade dos bens sujeitos ao tráfego. Se, de fato, não é necessário se falar em *identidade perfeita* dos bens promovidos por tais agentes econômicos, a noção de elasticidade⁸⁸ de demandas é imperativa para que se esteja diante de um nexos concorrenciais.

Como um exemplo, ventile-se uma hipótese de compra pública do Sistema Único de Saúde em que o Ministério pertinente careça da aquisição de um determinado medicamento para o tratamento de algum tipo de câncer. Se houver mais de um possível fornecedor, ainda que com produtos diferentes, que trate de modo distinto – porém igualmente eficaz – uma única moléstia, será necessário a realização da licitação. Contudo, se diante de tal hipótese houver um único agente econômico com uma tecnologia apta ao tratamento de cancro, estar-se-á diante da hipótese de incidência do art. 25, I da Lei 8.666/93⁸⁹. Neste último caso é exatamente a falta de concorrência (ou seja, de igualdade para a disputa⁹⁰), a presença de extrema especialização⁹¹, que impedirá o certame, ou seja, a ausência de alteridade com relação ao mesmo objeto ou teor símile.

88 SALOMÃO, Calixto Filho. *Direito Concorrencial*, as estruturas. 2ª Edição São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 96.

89 Lei de Licitações: Art. 25. “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes”.

90 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 18.

91 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 274.

Atraindo a comparação para o núcleo do direito civil, é possível cotejar uma hipótese de um bem infungível produzido no seio de uma rivalidade entre pintores, perante um bem fungível qualquer. Poder-se-ia falar em uma obrigação de prestação alternativa (art. 252 do CC⁹²) entre dois bens infungíveis?

Partindo-se da premissa de que na concorrência haverá certa *fungibilidade*⁹³ com relação ao que é útil à satisfação da demanda⁹⁴, é possível identificar mais um critério que distingue tal contexto do ambiente da *rivalidade*.

Em uma relação caracterizada por ser *rival* não haverá espaço para a *fungibilidade* do bem jurídico. Imagine-se o torcedor do clube futebolístico Club de Regatas Vasco da Gama (fundado em 1898) que pode ter eleito sua paixão baseado em critérios familiares (qual era o time do seu pai), fraternais (qual era a predileção dos seus irmãos ou amigos), históricos (qual era o clube que não tinha um passado proselitista, xenófobo ou racista), pragmáticos (qual era o clube com um grande número de conquistas importantes), estéticos (qual era o clube cuja camisa oficial lhe parecia mais bela) ou puramente arbitrários (se tornou torcedor porque assim o quis). É possível – até mesmo – que tal clube da predileção deste torcedor passe décadas em crise, submetendo-o a períodos longos de sofrimento e tristeza⁹⁵. Seria possível intercambiar sua *demand*a de torcedor ao sabor de outro clube que estivesse em melhor fase? Haveria risco de o Club de Regatas Vasco da Gama ‘perder’ seu interlocutor para um clube que fosse o vencedor do Campeonato Brasileiro de Futebol daquele ano?

Uma outra situação histórica, que facilita a compreensão do que seja a *rivalidade* e que merece ser ventilada, era a relação abrasiva entre os Tupinambás que acabaram por liderar a Confederação dos Tamoios (1554-1567) contra os colonizadores oriundos da península ibérica. Naquele feito histórico não se disputava o lucro, o desenvolvimento do capital, mas sim a manutenção e sobrevivência de uma cultura nativa.

92 CC de 2002: “Art. 252. Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou”

93 Para um aprofundamento do estudo sobre as fungibilidades, vide SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A Obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006, p. 149.

94 Por exemplo, é possível fazer voos diretos da cidade do Rio de Janeiro até Paris com mais de uma companhia aérea.

95 “De fato, se os deuses apreciam grandemente a coragem com que alguém se dedica a quem ama, contudo, admiram, estimam e recompensam o que o amado faz por seu amante, mais do que o amante faz por quem ama. O apaixonado é, realmente, mais divino que o eleito, por isso que é inspirado por um deus” PLATÃO. *O banquete*. Traduzido por Albertino Pinheiro. São Paulo: Ed. Edipro, 2009, p. 28.

Retornando ao exemplo formulado com relação ao ambiente concorrencial, propõe-se uma variação ficcional que deva parecer ultrajante ao leitor. Imagine-se que o capitão Otelo – um mouro habitante de Veneza – esteja solteiro e em busca de *uma* namorada e que, por não acreditar em discricionariedades, resolva fazer um edital público para a seleção de candidatas, com critérios objetivos (idade, predileção por música, habilidades linguísticas) de ‘concentração’. Se, ao final do certame, aquela que reunir a maior quantidade de pontos for candidata distinta da *finalista* Desdêmona, então estará o políctante⁹⁶ obrigado ao cumprimento do edital? Sua *satisfação* existencial será atingida pela performance *objetiva* dos critérios ainda que sua *irracionalidade* indique a predileção por quem sequer reunia todos os requisitos?

Conforme será proposto no decurso do presente texto, a resposta é negativa para tais perguntas, pois a lógica por detrás das relações de *concorrência* é predominantemente pecuniária, patrimonialista, fungível, despersonalizada⁹⁷ e munida de racionalidade econômica. De outro lado, em situações de abração existencial, a lógica não é genuinamente econômica, pois a rivalidade é caracterizada por versar sobre bens infungíveis, ou titulares personalíssimos, e muitas vezes de inteiro teor essencialmente irracional.

Muitas das escolhas pertinentes à rivalidade – como a eleição de um clube futebolístico, a adoção de uma religião⁹⁸, a torcida por uma escola de samba⁹⁹ – escapa à lógica da eficiência, do hedonismo¹⁰⁰, constituindo-se por muitas vezes nexos passionais, dogmáticos, vitalícios e de extrema lealdade. Tal permanência é raramente encontrada no ambiente concorrencial, na qual os consumidores procuram *novas opções*, melhores condições, e variações de experiência. Não se consegue perceber socialmente qualquer receio de alguém que mude o seu fornecedor de pizzas, mas, de outro lado, há um costume de

96 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Contratos. 18ª Edição, atualizada por Caitlin Mulholland Sampaio. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 33

97 Sobre como o comércio eletrônico acentua o distanciamento de vínculos personalistas entre fornecedor/consumidor, vide LINANT DE BELLEFONDS, Xavier. *Clientèle et Nouvelles technologies de l’information*. In: CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000, p. 88.

98 Pense-se a rivalidade histórica entre os Hindus e os Muçulmanos na Índia, em peculiar com relação a região da Caxemira.

99 Agradeço ao exemplo de rivalidade no contexto das escolas de samba à Professora Titular Silmara Chinellato.

100 Uma bela crítica às vidas dedicadas, exclusivamente, à busca do prazer é encontrada em MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Traduzido por Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Ed. Escala, 2007, p. 22.

se recriminar aqueles que *cambiam* o time de futebol chamando-os de *traidores*, de *vira-casaca*¹⁰¹. Certas mutações existenciais dificilmente são aceitas por terceiros, em que pese ser o dever de coerência e de previsibilidade¹⁰² fundamental ao âmbito patrimonial e não o ser nos teores extrapatrimoniais¹⁰³.

Aliás, muitas vezes, quando o *bem* ou o *sujeito* jurígeno é caracterizado por um vínculo fiduciário¹⁰⁴, tal também impedirá a situação de intercambialidade concorrencial que bem aparta a rivalidade da abrasão de cunho essencialmente patrimonialista. Igualmente tal ponto será objeto de cotejo autônomo.

1.6 O Processo Comunicativo

As situações jurídicas subjetivas existenciais e patrimoniais podem fazer uso de interlocuções ao público de modo a minimizar a assimetria informacional para com terceiros. Tal proceder comunicativo, entretanto, goza de natureza, de incidência regulatória, de qualidade e de extensão¹⁰⁵ de tutela bastante distinto, a depender do contexto.

Com relação às formas de interlocução no ambiente existencial caracterizado pela abrasividade, é importante destacar que nem toda *rivalidade* será efetiva e objetivamente comunicada ao *público*, já que as trincheiras não-patrimoniais podem ser densificadas com condutas caracterizadas pelo

101 Um caso raro foi noticiado pelo jornal Extra de um 'torcedor' que suscitou ter sofrido por trinta e dois anos antes de cambiar, perante o público, a esquadra futebolística de sua predileção: "Gago contou que, quando era criança, queria torcer pelo Flamengo, mas foi influenciado por sua família a optar pelo Vasco. Mas, como diz o hino do time rubro-negro, "uma vez Flamengo, sempre Flamengo". — O meu pai, que é Vasco doente, reclamou um pouco, mas aceitou. Minha mãe é flamenguista, minha esposa também. Elas receberam críticas na rua dos colegas que são vascaínos — relatou ele". QUEIROGA, Louise. *Ex-vascaíno cobre tatuagem da cruz-de-malta com escudo do Flamengo: 'Feliz'*. Rio de Janeiro: Jornal Extra, 12.07.2019, acessado em <https://extra.globo.com/esporte/ex-vascaíno-cobre-tatuagem-da-cruz-de-malta-com-escudo-do-flamengo-feliz-23802349.html>, às 17:17.

102 MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 285.

103 Sobre como a própria noção de liberdade tem efeitos e causas distintas na seara patrimonial e existencial, vide RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 132.

104 SCHREIBER, Anderson. *A Representação no Novo Código Civil*. TEPELINO, Gustavo José Mendes. *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil – constitucional*. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 256.

105 Inclusive de extensão temporal distinta como rege o art. 36 da Lei 9.504/97, que restringe a propaganda eleitoral em certos períodos.

silêncio, pelo mistério e/ou através do embuste. De outro lado, no ambiente da política partidária, por vezes se faz uso da *propaganda* para comparar as virtudes e vícios dos candidatos a determinado processo eleitoral. Aliás, para além do uso de uma comunicação simbólica¹⁰⁶ preenchida de hipérboles e de narrativas tendenciosas, é possível que tal peça informativa conscientize determinados eleitores e recorde-lhes de determinados fatos verídicos e relevantes.

Em geral, a *propaganda* é a forma de comunicação que serve à informação coletiva no tocante a fatos típicos de políticas públicas (v.g. uma campanha de vacinação), de teores religiosos (v.g. informação sobre quermesses, a missa do Galo), ou de ideologias puramente caritativas intrinsecamente laicas (e.g. Médicos sem Fronteira, Greenpeace, etc.). Sendo extremamente ligada à ideia de *cidadania*, a amplitude da liberdade de expressão (autonomia pública não necessariamente estatal) é particularmente vasta¹⁰⁷, inclusive – e especialmente – para o exercício de teores críticos mais ácidos.

Coteje-se a *propagação* do discurso de Martin Luther King Júnior em Estocolmo, durante a premiação do Nobel da Paz em 1964, cuja *rivalidade* com a comunidade branca-proselitista estadunidense fora escancarada ao mundo já em suas primeiras frases: “*I accept the Nobel Prize for Peace at a moment when 22 million Negroes of the United States of America are engaged in a creative battle to end the long night of racial injustice*”¹⁰⁸. Os discursos de matiz político (bem como aqueles típicos de qualquer forma de rivalidade) não apenas descrevem situações, mas criam¹⁰⁹ realidades¹¹⁰. Fato é que o discurso *externalizado* por propagandas podem resultar em um grau de engajamento ao

106 BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Traduzido por Fernando Tomaz. 15ª Edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 10.

107 Em que pese a minuciosa regulação havida no contexto da propaganda *eleitoral*.

108 Tradução livre: “Eu aceito o Prêmio Nobel em um momento em que 22 milhões de pretos nos Estados Unidos da América estão engajados em uma batalha criativa para encerrar esta longa noite de injustiça racial” Disponível em <https://www.nobelprize.org/prizes/peace/1964/king/26142-martin-luther-king-jr-acceptance-speech-1964/>, acessado em 13.12.2019, às 17:52.

109 SEARLE, John R. *Mente, Linguagem e Sociedade. Filosofia no mundo real*. Traduzido por F. Rangel. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 2000, p. 108.

110 ÁVILA Humberto Bergmann. *Competências Tributárias, um Ensaio Sobre a Sua Compatibilidade com as Noções de Tipo e Conceito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2018, p. 18.

interlocutor muito mais profundo¹¹¹ – e perigoso, por sinal – do que a mera ‘hipnose’ de perlocução patrimonial.

De outra monta, o processo de interlocução tipicamente capitalista¹¹² é a *publicidade*¹¹³ que, em um contexto de efetiva concorrência, fará uso de diversas formas de signos distintivos (v.g. marcas, expressões de publicidade, nomes de empresa, conjunto-imagem, indicações geográficas) de forma a cativar e seduzir o interlocutor. Como o discurso é essencialmente comercial¹¹⁴, pode-se dizer que há nele certa liberdade de expressão, mas esta é qualitativamente diversa daquela exercida em um contexto existencial da *propaganda*¹¹⁵.

111 Imagine-se a propaganda para convencer os jovens a realizar o alistamento militar durante um período de guerras, apelando-se para elementos emocionais-coletivos como o conceito de pátria, de bem público, etc.

112 MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 3ª Edição. Coimbra: Centelha, 1978, p. 12.

113 LULAI, Esther. *A Publicidade e a Propriedade Industrial no Brasil*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 76, 1989, p. 75, consigna que apesar de certa confusão terminológica entre publicidade e propaganda, que a primeira seria destinada ao ambiente capitalista típico, enquanto a segunda seria própria ao ambiente político.

114 “Where the party making the alleged disparaging statement is a non-competitor, such as a consumer rating organization, a branch of the mass media or an individual consumer, it becomes harder to classify the challenged statements as “commercial speech.” In cases of this sort, the speech is entitled to greater first amendment protection and a complaining plaintiff may be obliged to prove that the defendant acted with actual malice before being allowed to recover under state law. *Cr Bose Corp v. Consumer Union of United States*, 466 U.S. 485, 104 S.Ct. 1949 (1984) (Declining to rule explicitly on whether the actual malice rule should be applied to a claim of disparagement by a rating organization, but noting that the matter in dispute “fits easily within the breathing space that gives life to the First Amendment.”). Courts may also decline to grant injunctions in such cases, for fear that they might amount to a prior restraint” Tradução livre: “Quando a parte que faz a alegada declaração depreciativa é um não concorrente, como uma organização de classificação do consumidor, um ramo da mídia em massa ou um consumidor individual, torna-se mais difícil classificar as declarações contestadas como “discurso comercial”. Nesses casos, o discurso tem direito à maior proteção da primeira emenda e o reclamante pode ser obrigado a provar que o réu agiu com dolo antes de ser autorizado a se recuperar de acordo com a lei estadual. *Cr Bose Corp v. Consumer Union of United States*, 466 U.S. 485, 104 S.Ct. 1949 (1984) (Recusando-se a decidir explicitamente se a regra de efetivo dolo deve ser aplicada a uma reclamação de difamação por uma organização de classificação, mas observando que a questão em disputa “se encaixa facilmente no espaço para respirar que dá vida à Primeira Emenda.”). Os tribunais também podem recusar-se a conceder liminares em tais casos, por medo de que possam constituir uma restrição antecipada.” SCHECHTER, Roger E. *Unfair Trade Practices & Intellectual Property*. 2ª Edição, United States of America: Black Letter Series 2002, p. 182.

115 Ou seja, de acordo com relevante precedente do Pretório Excelso, há grande liberdade de expressão no discurso *não concorrencial*: “Relançando ou expondo por outra forma o pensamento, o fato é que programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística” (§1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que a ela, imprensa, é

Uma hipótese que bem elucida tal distinção qualitativa versa sobre eventual publicidade de um agente econômico que visa realizar contraste junto ao seu concorrente. A denominada publicidade comparativa é lícita¹¹⁶ e admissível no direito brasileiro e não deve sofrer maiores ‘controles por parte do Poder Judiciário’¹¹⁷, ainda quando se faça expresso e explícito uso de signos distintivos dos concorrentes¹¹⁸. Entretanto, a jurisprudência¹¹⁹ é bastante firme em delimitar, decupar e restringir o grau de autonomia do contratante da obra publicitária para se pautar em critérios objetivos (a exemplo de preço, quantidade, durabilidade, etc.) de apresentação entre os agentes econômicos.

Enquanto o regime jurídico havido em propagandas eleitorais seria típico de direito público - e em campanhas publicitárias objeto de abrasão sujeitas

assegurada pela Constituição até por forma literal (já o vimos). Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. Equivale a dizer: a crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. É que o próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária deste Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia, penso, de que a locução “humor jornalístico” é composta de duas palavras que enlaçam pensamento crítico e criação artística. Valendo anotar que João Elias Nery, em sua tese de doutorado em Comunicação e Semiótica, afirma que tal forma de comunicação apenas se desenvolve em espaços democráticos, pois costumeiramente envolvem personalidades públicas (“Charge e Caricatura na construção de imagens públicas”, PUC, São Paulo, 1998). São, nas palavras de Marques de Melo, mecanismos estéticos de informação sobre realidades públicas (Jornalismo opinativo, São Paulo, Mantiqueira, 2003). Sem falar no conteúdo libertador ou emancipatório de frases que são verdadeiras tiradas de espírito, como essa do genial cronista Sérgio Porto, o Stanilaw Ponte Preta: “a prosperidade de alguns homens públicos do Brasil é uma prova evidente de que eles vêm lutando pelo progresso do nosso subdesenvolvimento” BRASIL, STF, Pleno, Min. Ayres de Britto, ADIn 4451, DJ 26.08.2010.

116 “Ressalto, além do mais, que, em princípio, a publicidade comparativa é admitida, pois concretização do princípio da livre concorrência, salvo utilização abusiva, a ser aferida, também em princípio, após cognição exauriente da controvérsia” BRASIL, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Campos Mello, AI 21385026020158260000, DJ 13.07.2015.

117 “Sendo duvidoso o quadro fático, não cabe interferir no processo de demonstração de produtos, como se as pessoas necessitassem de proteção do Judiciário para acompanhamento de testes que buscam indicar qual o melhor produto para clarear roupas” BRASIL, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Ênio Zuliani, AI 21412422520148260000, DJ 08.10.2014.

118 A hermenêutica elástica e antilbertária feita ao art. 132, IV, da LPI é incompatível com a ordem constitucional pautada nos artigos 1, IV, e 170, IV da CRFB.

119 BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrigli, REsp 1668550, DJ 23.05.2017.

ao direito concorrencial - há interlocuções reguladas pelo ambiente do direito civil (ou até comercial não-concorrencial). Uma hipótese intermediária às externalizações havidas na propaganda e na publicidade seria aquela praticada em uma relação assimétrica de poder por parte de consumidores em desfavor de fornecedores. Se um consumidor estiver legitimamente insatisfeito, com a má-prestação de um serviço ou de um produto, e decidir compartilhar sua frustrada experiência em redes sociais, nominando o fornecedor, sua marca e afetando sua reputação, qual seria o grau de liberdade de expressão com o qual contaria o cidadão? Se uma resposta definitiva para tal indagação carece de um estudo específico e apropriado, é possível ventilar que a liberdade é deveras maior do que o caso de um concorrente, mas certamente menor do que o de um eleitor que protesta contra um político eleito que veio a *trair* suas promessas eleitorais.

A oscilação da autonomia quanto ao conteúdo comunicativo é justificável pela presença de assimetrias. Quanto maior for a assimetria, mais legitimada é a autonomia da interlocução: (i) se a assimetria for informacional – como geralmente é o caso de mercados concentrados¹²⁰ – a publicidade (particularmente a comparada) é justificável como uma forma *includente* do interlocutor-consumidor¹²¹ (efetivo ou potencial). Uma variação justificada de tal asserção é quando a publicidade se dirige a públicos extremamente especializados, como o de uma companhia que venda aparatos médicos caríssimos a grandes hospitais. Nestas hipóteses, a minudência informacional é diminuída diante da menor assimetria informacional dos destinatários¹²²; (ii) se a assimetria for de poder econômico – como pode ocorrer em mercados pulverizados em que haja um agente econômico hipersuficiente e outros menos fortes – a publicidade pode ser uma forma do ente hipossuficiente diminuir

120 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 31.

121 LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 477.

122 “Assim, se há o paradigma da boa-fé nas relações entre iguais (dois empresários) e há o dever de informar, é claro que a informação entre *experts* deve ser mais branda, mesmo que leal, pois são dois profissionais e especialistas. Já a informação do *expert* em relação ao consumidor é um dever qualificado, há que se pressupor que ele é um leigo, há dever de esclarecer, aconselhar, explicar dados que seriam banais e pressupostos entre dois empresários, mas não entre um profissional e um leigo” MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 86.

barreiras à entrada ou à permanência naquele mercado; (iii) se a assimetria for técnica-informacional, a propaganda pode ser uma forma de *conscientizar* ou *cientificar* o cidadão sobre seus Direitos ou seus deveres (a exemplo do recadastramento biométrico promovido pelo Tribunal Superior Eleitoral); e (iv) se a assimetria for de poder-econômico, a propaganda crítica realizada por associações de defesa do consumidor contra determinados fornecedores pode ser uma forma de resposta *eficiente* e extrajudicial aos abusos mercadológicos.

A *publicidade* na seara concorrencial-administrativa¹²³ também pode ser nutrida de uma outra função: qual seja a de minimizar as hipóteses de corrupção¹²⁴ em um processo licitatório, por exemplo. Desta forma, enquanto (i) a *publicidade* pode ter um fito de sedução capitalista e de *transparência* das compras públicas; pode-se atribuir à (ii) *propaganda* um *múnus* republicano¹²⁵ no contexto existencial e do exercício da cidadania. Entretanto, apesar das diferenças, ambas podem ser utilizadas de forma disfuncional seja para (iii) desinformar, abusar (contemple-se como isto é fácil de ocorrer diante de posições dominantes¹²⁶), e cometer atos ilícitos. São funções, portanto, parcialmente símile, mas qualitativamente distintas, merecendo o enfoque de que há mais *autonomia* no discurso não concorrencial (o de rivalidade, por exemplo) do que no comercial/concorrencial.

De outro Norte, há hipóteses em que não há um contraste tão definitivo entre *publicidade* e *propaganda*, casos em que há certa *zona gris* entre os institutos. Imagine-se que um fornecedor de veículos automotores alguns anos após a venda dos primeiros carros toma ciência de um vício do produto que pode gerar a amputação dos dedos dos consumidores. Uma forma de *mitigar* tais danos, evitar a ocorrência de novos danos, cumprir com tal dever de prestação¹²⁷ junto ao contrato de compra e venda e reparar as peças defeituosas é o anúncio de um *recall*. Um segundo exemplo em que há a sobreposição da

123 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 197

124 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 103.

125 Vide ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2º Edição, 3º Triagem, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

126 MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito*. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 229.

127 MORAES, Bruno Terra de. *O Dever de Mitigar o Próprio Dano*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019, p. 63.

estrutura e da função entre *publicidade* e *propaganda* é o anúncio de uma determinada marca de bebida alcoólica, em que a própria fornecedora recomenda o *uso moderado* de seu produto, bem como informe os eventuais riscos sanitários da banalização do consumo. Um terceiro – e derradeiro – exemplo, cuida de uma campanha promovida por pessoa jurídica de direito privado que aliene produtos alimentícios de menor impacto glicêmico e cardíaco e que, durante o carnaval, inclua uma mensagem rememorando a importância da prática de sexo ‘seguro’ para evitar que pessoas contraíam doenças sexualmente transmissíveis.

Por fim, é possível considerar que as interlocuções ao público são, em regra, mais reguladas no tocante à publicidade (seja pela incidência da Lei 8.078/90 ou pela Lei 9.279/96), do que no ambiente da propaganda (em que pese a certa manietação pela Lei Eleitoral); e que o grau de *agressividade*, *abrasividade* e de autonomia habilitada será significativamente maior no segundo caso do que no primeiro. De outra monta, enquanto a publicidade só será possível em um regime capitalista – a propaganda se fará presente em qualquer regime político-econômico –, pode-se frisar que, diante de um mercado de coordenação descentralizada, a interlocução de índole patrimonial será muito mais frequente do que aquela de índole existencial.

O ora narrado sobre *propagandas* e *publicidades* não parte da premissa de que o emissor da comunicação deva ser neutro¹²⁸ (o que é impossível), ou sequer imparcial¹²⁹ (o que é improvável). Se a imparcialidade¹³⁰ fosse exigida em tais formas comunicativas, jamais, respectivamente, um *candidato político*, o chefe eleito do executivo, ou um agente econômico do mercado poderia tratar de si ou de seu rival/concorrente. Abolir-se-ia a *publicidade* – tal como a conhecemos – e minimizar-se-ia a *propaganda* para hipóteses em que terceiros autônomos comunicassem aos interlocutores o funcionamento de uma determinada política pública¹³¹. Tal extremismo é

128 Sobre a impossibilidade de neutralidade, vide BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª Edição, Ed. Renovar; Rio de Janeiro, 2009, p. 2.

129 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 11.

130 Sobre a importância de se prestigiar e permitir o ponto de vista da alteridade, vide: IRTI, Natalino. *Significato Giuridico dell'Effettività*. Milão: Editoriale Scientifica, 2009, p. 10.

131 Por exemplo: o INMETRO faria fiscalizações aleatórias em mercados diferentes e realizaria uma propaganda comparando o funcionamento, a quantidade e a qualidade dos produtos e serviços.

deveras desnecessário, visto que o interlocutor – por menos especialista que o seja – deve ter o mínimo discernimento, uma consciência crítica¹³² para ponderar as informações com as quais ele é ‘bombardeado’ todos os dias em uma sociedade de massa. Faz-se necessário desconfiar e verificar a procedência dos dados que lhe são submetidos através de comunicações predominantemente *existenciais* e *patrimoniais*, ao invés de *inocentemente* lhes presumir como verdades incontestáveis. De outro lado, o princípio da veracidade rege e delimita a extensão da liberdade de expressão do emissor de *propagandas* (princípio Republicano e da sindicabilidade) e *publicidades* (art. 38 da Lei 8.078/90), bem como recomenda o máximo de *objetividade* no teor informacional.

De uma forma ou de outra, o exercício de pretensão reparatória pode ser feito de modo a prestigiar tanto a execução¹³³/compensação específica¹³⁴, como o direito de resposta¹³⁵ (art. 5º, V, da CRFB), na hipótese de uma interlocução abusiva ou danosa.

1.7 Patrimonialização das Situações Jurídicas

Existenciais: uma aproximação das situações de rivalidade e concorrência?

Os céticos da identificação do que seja *amadorismo* – bem como os entusiastas da *universalização* do capitalismo em toda e qualquer situação jurídica – poderão enxergar certa artificialidade em uma dicotomia entre *rivalidade* e *concorrência*. Suas pré-compreensões¹³⁶ poderão fazê-los crer que uma lógica

132 GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Traduzido por Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 13.

133 FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e Inadimplemento Substancial*. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 123.

134 SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. Da Erosão dos Filtros da reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 192.

135 DANTAS BISNETO, Cícero. *Formas Não Monetárias de Reparação do Dano Moral*. Florianópolis: Tirant, 2019, p. 253.

136 SOLON, Ari Marcelo. *Hermenêutica Jurídica Radical*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 19.

diversa da ‘patrimonialização’¹³⁷ de tudo¹³⁸ seria inocente e descolada da realidade¹³⁹. Por exemplo, certos defensores¹⁴⁰ da corrente jus filosófica do *pragmatismo* jurídico¹⁴¹ poderão enfatizar que, até mesmo, os negócios jurídicos existenciais¹⁴² da doação de órgãos ou a adoção de infantes deveriam (se já que não são) ser regidos pela lógica do capital.

Por sinal, alguém poderá ventilar que toda relação de trabalho envolve certa monetização¹⁴³ da seara existencial, visto que o laborador necessariamente permutará capital¹⁴⁴ pelo seu tempo e até pelo uso do seu corpo e cérebro. Aliás, há muitas relações (lícitas) de trabalho que versarão sobre uma intrincada¹⁴⁵ superposição entre corpo (valor da personalidade e integridade psicofísica) e capital, a exemplo dos tatuadores, daqueles que incluem próteses no corpo alheio (v.g piercings) ou mesmo dos trabalhadores sexuais (que inclusive podem ser sindicalizados). No tocante aos ‘trabalhadores criativos’ tal encontro entre teor

137 Subscrevemos, portanto, o pensamento teutônico segundo o qual “A primeira consiste em que a jurisprudência moderna tem esquecido completamente a idéia muito simples que já desenvolvi, e que se resume dizendo que numa lesão do direito não se trata somente do valor pecuniário, mas de uma satisfação a dar ao sentimento jurídico lesado. A nossa jurisprudência não tem outro critério senão o de um vulgar e banal materialismo; não conhece mais do que o puro interesse pecuniário” IHERING, Caspar Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Traduzido por João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1972, p. 131.

138 O que também é perceptível em expressões populares como “*time is money*” ou, “tempo é dinheiro” em tradução livre.

139 “A paridade das circunstâncias inequívocas, bem apontadas no texto citado, devem ser contextualizadas no palco de uma sociedade que reificou o mercado e que, por isso, na lógica do consumo, se consome, reduzindo-se, então, a objeto de si mesma” FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 221.

140 Sobre uma crítica veemente de tal proposta de Richard Allen Posner, vide texto de PARISI, Francesco & DEPOORTER, Bem W. F. *Private Choices and Law: Richard Posner's Contributions to Family Law and Policy*. Disponível em 17 J. Contemp. Health L. & Pol'y 403 (2001), <http://scholarship.law.edu/jchlp/vol17/iss2/3>, acessado em 08.12.2019, às 21:31.

141 Há muitos civilistas que criticam tal metodologia: PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil Na Legalidade Constitucional*. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 126.

142 Para uma crítica interessante, vide BIZELLI, Rafael Ferreira. *Contrato Existencial*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2018, p. 332 e seguintes.

143 CARNELUTTI, Francesco. *Usucapion de La Propiedad Industrial*. Traduzido por Francisco Apodaca y Osuna. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1945, p. 72.

144 Ou na hipótese de labor voluntário a sensação de altruísmo ou a experiência adquirida.

145 TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento Anterior ao Termo*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p. 31

patrimonial e existencial é ainda mais imbricado¹⁴⁶. Portanto, o direito positivo (Lei 9.279/96 e Lei 9.610/98, por exemplo) secciona as searas suscetíveis de plena disponibilidade (alienabilidade, penhorabilidade, uso como garantia, licenciamento, etc.) da completa indisponibilidade (a exemplo do direito de paternidade, a integridade da obra, etc.) de tais frutos intelectivos¹⁴⁷.

Sob o ponto de vista de eventual erosão dos filtros que discernem o existencial do patrimonial, em nuances não profissionais (*rectius*, distintas das empresariais), pode-se imaginar a hipótese de (i) uma “barraca de beijo” de uma quermesse que realize a arrecadação de valores econômicos em prol de algum projeto social, (ii) de um belo e recatado ator que posa nu visando direcionar o lucro do uso de sua imagem para uma fundação que lide com crianças portadoras de HIV, ou (iii) que modelos famosos empenhassem um dia de suas vidas – com uma percepção pecuniária meramente simbólica – em prol da Companhia Municipal de Limpeza Urbana do Rio de Janeiro para realizar uma campanha educacional sobre como não se deve poluir a areia da praia com o descarte de resíduos sólidos. Aqui, novamente, há certa prestação existencial de um lado para uma conduta (contraprestação) econômica de outro.

Os exemplos citados¹⁴⁸, contudo, não têm o condão de transformar toda e qualquer relação ou fato social¹⁴⁹ em vinculação *patrimonialista*¹⁵⁰, inclusive pelo fato de que há graus (e fundamentos) de autonomia privada distintas a depender de a situação jurídica ser patrimonial ou existencial¹⁵¹. Tal distância

146 Permita-se a remissão ao texto BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito Civil da Propriedade Intelectual*. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016, p. 113.

147 Analisando-se a política pública que antecede tal escolha de legiferação, pode-se asseverar que, além de correta, cuida-se de uma arquitetura que evita o maniqueísmo entre completa patrimonialidade e completa indisponibilidade.

148 Sob a ótica do autor na hipótese do devedor da obrigação de fazer após a percepção do preço decidir recusar a prestação, não seria cabível o exercício de pretensão distinta da indenização do valor pago, já que a execução específica da prestação representaria perigoso aviltar a dignidade da pessoa humana. Vide “O *obbligo* é a situação correlata caracterizada pela não patrimonialidade da prestação: nesta hipótese também o direito subjetivo é não-patrimonial (por exemplo, dever de fidelidade conjugal: art. 143, § 2, Cód. Civ.)” PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil Na Legalidade Constitucional*. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 696.

149 MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 355.

150 CASTRO NEVES, José Roberto de. *Direito das obrigações*. 6ª Ed.- Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 51.

151 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p. 98.

é ainda mais evidente nas hipóteses de *mora* ou *inadimplemento* da prestação existencial: seria – no mínimo – curioso qualquer tipo de pretensão de execução específica no caso de recusa do ato de beijar; se o pleito indenizatório – devolução da quantia paga – funcionaria como qualquer outro, o exercício do ‘crédito’ sobre o teor existencial não seria tão convincente perante o Juízo ou árbitro.

Aliás, é possível – até mesmo – diante de situações patrimoniais distinguir as que são eminentemente empresariais (como um mútuo feneratício em favor de sociedade comercial) das que denotam um ato correlacionado ao Direito Civil (como um contrato de locação para fins de moradia), apartando-se daquelas que caracterizam uma relação assimétrica de poder no ambiente do Direito do Consumidor¹⁵², ou típico da Cidadania (como o ato de pagar tributos). Assim, não é suficiente cotejar a existência de benefício econômico diante de uma relação jurídica para realizar uma classificação técnica de sua essência, visto que tal (a) pode ser insuficiente para afastar a predominância do elemento existencial; (b) não identifica qual a incidência da tipologia relacional (direito público ou privado); ou (c) pode partir de uma premissa equivocada de que eventual dever jurídico secundário¹⁵³ (reparação) de índole patrimonial, importe em uma vicissitude do dever jurídico¹⁵⁴ originário (eventual prestação positiva ou negativa) existencial. Se houver, de fato, capital

152 O próprio movimento da consumerização de relações que não são tipicamente afeitas à tal lógica do “freguês tem sempre razão”, a exemplo do que ocorre com as instituições de ensino, pode gerar uma desestruturação e uma erosão dos filtros qualitativos da atividade educacional. Curiosamente observa-se a concomitância do avanço da consumerização e da retração das atividades de cidadania em geral. Como consequência de tal lógica observa-se a precarização de serviços públicos essenciais como a saúde e a segurança pública, e o crescimento da privatização de tais serviços através de planos de saúde e de serviços de segurança privada. Há alguns séculos atrás, um culto Genebrino vaticinou sobre tais perigos: “Desde que o serviço público deixa de ser a atividade principal dos cidadãos e eles preferam servir com sua bolsa a fazê-lo com sua pessoa, o Estado já se acha próximo de sua ruína. É preciso marchar para o combate? Eles pagam tropas e permanecem em suas casas. É necessário comparecer ao Conselho? Eles nomeiam deputados e permanecem em suas casas. À força de preguiça e de dinheiro eles contam, enfim, com soldados para submeter a pátria à servidão e com representantes para vendê-la” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social – Princípios do Direito Político*. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Ed. Edipro, 2000, p. 113.

153 Sobre a função do capital como algo a *mitigar* os danos existenciais sem confundir-lo com genuína indenização, vide ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução Das Obrigações e Suas Consequências*. 4ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1972, p. 235.

154 Sobre o dever de respeito ao direito objetivo e a correlação do conceito de dever jurídico, vide: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil*. Obrigações. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 11.

envolto na relação jurídica, tal é, no máximo, condicionante, mas não será determinante da *natureza predominante* do plexo relacional.

Um interessante feito ajuizado no Estado do Rio Grande do Sul denota os perigos de tal tentativa de *confusão* entre as estruturas dos fatos jurídicos patrimoniais e os regidos pela lógica existencial.

No ano de 1986, um Órgão Colegiado responsável por dirimir feitos comutativos julgou um recurso de Apelação em que uma associação (destinada a ressocialização de menores excluídos) exerceu pretensão contra outra congênera, por supostos danos advindos de alegados atos de *concorrência desleal*. A interessante causa de pedir visava obstar que a outra pessoa jurídica de direito privado do terceiro setor *disputasse* verbas de doação para a mesma atividade-fim. Claramente não se podia falar em mercado, em clientela, ou em fungibilidade da prestação, tendo a Corte corretamente afastado o pleito recursal¹⁵⁵. Longe de se buscar uma resposta cerrada, com base em elementos puramente estruturais (e.g. associações e fundações não podem estar sujeitas ao conceito de concorrência; sociedades podem sujeitar-se ao conceito de concorrência), é indene que a forma constitutiva da pessoa jurídica seja um elemento *condicionante*, um fato relevante a ser considerado. A tentativa de abarcar a lógica de disputa de *clientela* nas formas de financiamento de associação, para a inclusão social de menores de idade, é um contrassenso diante da regra de regência (art. 53 do CC/2002 e art. 22 do CC/1916) que trata do intuito não econômico. Projetando tal conflito na contemporaneidade, a pretensão seria tão absurda quanto se membros do Greenpeace tentassem obstar integrantes da WWF (Fundo Mundial para a Natureza) de angariar verbas em defesa das causas de defesa do meio ambiente, sob o argumento que tal seria concorrência desleal.

Destarte, não se endossa qualquer ótica que fuja à despatrimonialização¹⁵⁶ das relações jurídicas, ou seja, que não sirva à promoção da pessoa hu-

155 “(...) causa espécie que uma entidade caritativa procure abrigar-se em legislação de amparo à indústria, ao comércio e a serviços lucrativos. Quem faz caridade não visa lucro, nem atividade industrial ou mercantil (...) o registro do I.N.P.I., portanto, constitui desvio de finalidade (...) Enfim não se concebe “concorrência desleal” na caridade. Se alguém, que se diz caridoso, pretende o monopólio na benemerência, é porque, antes do próximo, visa a si mesmo, à exaltação e à vaidade do próprio gesto. A atitude é tanto mais inadmissível quando se trata do socorro ao menor abandonado. (...) O dissídio egoístico e anticristão é que não pode receber sufrágio da Justiça” BRASIL, TJRS, 3ª Câmara Cível, Des. Galeno Lacerda, AC 586003774, J. 23.10.1986.

156 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 33.

mana e sua autonomia como metodologia interpretativa da ordenação. Com tal conclusão, é possível, de um lado, observar a ampliação¹⁵⁷ do que seja considerado mercado, mas, de outro, não furtar o reconhecimento de uma série de situações e relações despidas da predominância do capital¹⁵⁸.

Por sinal, há uma série de inconvenientes metodológicos aos adeptos da *unicidade* lógica de eventual superposição entre as situações jurídicas patrimoniais às existenciais. Imagine-se que os arquétipos aptos a regência do ambiente patrimonial (como a função social, a *pacta sunt servanda* ou a boa-fé objetiva) fossem igualmente aplicáveis à esfera existencial; tal poderia resultar em um engessamento da personalidade humana¹⁵⁹. O inverso é igualmente perigoso, visto que a eventual banalização de restrições à autonomia privada como a inalienabilidade, a impenhorabilidade e a imprescritibilidade (art. 11 do CC) acabam por ser incompatíveis com um regime econômico-jurídico capitalista como é o caso do brasileiro.

Destarte, recusa-se o endosso ao tratamento jurígeno uníssono entre as situações jurídicas existenciais e patrimoniais, inclusive no tocante às relações abrasivas de *rivalidade* e *concorrência*, respectivamente.

1.8 Conclusão

Vistas algumas hipóteses que discernem o contexto, a premissa, os interlocutores, os emissores e as consequências peculiares aos conceitos das relações jurídicas complexas¹⁶⁰ *rivalidade* e de *concorrência*, é útil sintetizar os elementos objeto de prévio exame.

157 Tal é visível no tocante ao meio-ambiente, no uso dos créditos de carbono como uma moeda de controle da poluição, etc.

158 Para além da cidadania, como antes narrado, pode-se frisar as situações jurídicas mistas, como é o caso do poder jurídico (a exemplo do poder parental – art. 1634 do CC/2002).

159 Coteje-se uma hipótese em que um Estado que visasse a ampliação de doadores de sangue proibisse o ato da tatuagem, já que tal restringe – ao menos temporalmente – a possibilidade de doação sanguínea.

160 Uma análise detalhada do que seja relação jurídica complexa é presente em DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa De Direito Civil (Parte Geral). Aulas Proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945)*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 148.

Características	Rivalidade	Concorrência (leal)
Natureza Predominante	Existencial	Patrimonial
Resultado da Tutela	Autonomia	Disputa pelo Lucro
Natureza Subjetiva	Personalíssima	Não Personalíssima
Consequências Possíveis	Aquisição de Fãs, Fiéis e Adeptos	Aquisição de Consumidores
Externalização da Relação Abrasiva	Escamoteada ou Explícita	Sempre Explícita
Tutela dos Dados Pessoais	Intimidade	Privacidade Econômica
Enfoque	Insular	Instrumental
Ótica Coletiva	Cultura	Distintividade
Impacto para Terceiros	(Quando houver) Externalidades Positivas e Negativas	Externalidades Positivas
Emissores	Não precisam (i) ser sincrônicos, (ii) no mesmo território, (iii) terem a mesma profissão	Carecem, <i>a priori</i> , serem (i) sincrônicos, (ii) estarem no mesmo território, e (iii) exercerem a mesma profissão
Origem	Irracionalidade/Arbitrariedade	Racionalidade Econômica
Bem Jurídico	Infungível	Fungível/Intercambiável
Interlocução	Propaganda	Publicidade
Tipo de Comunicação	Subjetiva ou Objetiva	Predominantemente Objetiva

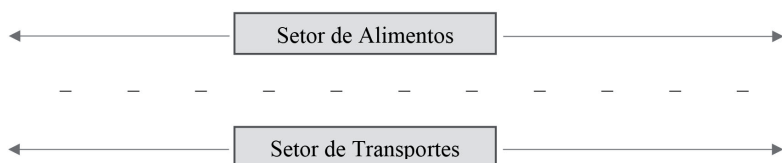
Além de deter características fundamentais absolutamente antagônicas, tal como será proposto nos capítulos a seguir, a atração do regime jurídico também é distinta para a *rivalidade* (Direito Civil) e a *concorrência* (Direito Comercial), com as respectivas consequências típicas para cada segmento da prudência jurídica. Outra correlação necessária para tal distinção é o reconhecimento dos contrastes de Direito Tributário em vistas dos agentes econômicos de uma situação jurídica ou da contraposta.

(2) A Teoria da Concorrência no Ambiente Privado

2.1 Introdução; 2.2 A Geografia da Concorrência: o estado da arte; 2.3 A Geografia da Concorrência: transformações contemporâneas; 2.4 A Cronologia da Concorrência: o estado da arte; 2.5 A Cronologia da Concorrência: transformações contemporâneas; 2.6 A Identidade Objetiva: o estado da arte; 2.7 A Identidade Objetiva: novos paradigmas; 2.8 A Concorrência Concreta e o Fator Preço; 2.9 Conclusão.

2.1 Introdução

A relação de concorrência tem como ponto de partida – como um genuíno elemento de existência – a situação jurídica subjetiva patrimonial da pluralidade¹⁶¹ de agentes econômicos. Tal forma competitiva denota o exercício da *posição jurídica* de contrastes em um contexto mais específico do que simplesmente empresarial, visto que além de ser típica ao ambiente (i) comercial/industrial¹⁶² também o é (ii) concorrencial.



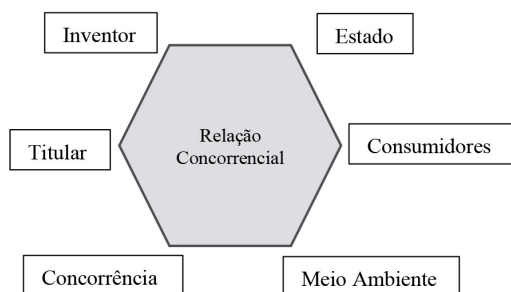
Ou seja, não é a mera análise estrutural sobre quem exerça (a) a mercancia, profissionalmente, que bastará para se estar diante de um ato concorrencial, já que um distribuidor de bebidas e um transportador de animais – ambos mercantes – (b) não seriam considerados reciprocamente competidores. Como se analisará neste capítulo, o fenômeno da concorrência no ambiente privado (pertinente a Lei 9.279/96) é horizontalizado ao segmento, às demandas específicas de determinada oferta; por

161 SOARES, José Carlos Tinoco. *Concorrência Desleal*, São Paulo: Editora, Resenha Tributária, 1990, p. 137.

162 SOARES, José Carlos Tinoco. *Concorrência Desleal*, São Paulo: Editora, Resenha Tributária, 1990, p. 225.

outro lado, o fenômeno da verticalização produtiva, quando impactar em outros sujeitos de direito, atrairá, em geral, as regras antitruste (atinentes a Lei 12.259/2011).

Tal assertiva não busca um retorno às vetustas teorias sobre atos de comércio¹⁶³, ou sobre sujeitos específicos¹⁶⁴ que seriam – mediante o cumprimento de deveres burocráticos – matriculados perante algum ente Estatal. A situação-relação concorrencial advém de uma análise funcional de cada contexto específico. Junto ao perfil dinâmico da atividade empresarial, a titularidade (*rectius*, o perfil objetivo) de um *bem intelectual* – que pode ser assegurada por direitos de exclusividade ou não – junte tal agente econômico a uma relação jurídica poliédrica¹⁶⁵ que pode ser resumida com o diagrama abaixo:



Concretamente, tal posição jurídica pode ser exercida com uma organização, uma aglutinação de uma universalidade de fato ou de direito (estabelecimento), em que se produza um aviamento¹⁶⁶ positivo. Na composição dos elementos materiais, imateriais e pessoais que formam o conjunto¹⁶⁷ heterogêneo afetado para o ambiente mercantil, é possível que condutas oportunísticas gerem lesões (não razoáveis) a outros núcleos de interesses distintos daquele do titular.

163 Devidamente analisada em REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 31ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 31.

164 Uma crítica pertinente é encontrada em PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direito Comercial das Empresas: apontamentos Teóricos – Práticos*. 2ª Edição, Curitiba: Ed. Juruá, 2015, p. 46.

165 Para um aprofundamento no tema, vide o clássico sobre os diversos perfis participantes dos nexos empresariais ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. Traduzido por Fábio Konder Comparato. São Paulo: Revista de Direito Mercantil – Industrial, Econômico e Financeiro, Nº 104. Out/Dez, 1996.

166 A tutela do aviamento como uma consequência mediata da proteção contra a concorrência desleal é bem dissertada por ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 3ª Edição, Milão: Editore Dott A. Giuffrè, 1960, p. 182.

167 BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1988, p. 62.

Dito de outra forma, a titularidade sobre um bem de produção¹⁶⁸ de natureza incorpórea, imaterial e que tenha facetas patrimoniais, realiza um efeito “gravitacional denso”, que congloba uma série de núcleos de interesses *juridicamente relevantes*¹⁶⁹. Se até mesmo diante um liame (civil ou consumerista) de baixo valor econômico¹⁷⁰ (e inexpressivo impacto ambiental) é possível haver algum tipo de colisão para com terceiros (cúmplices ou colaboradores e, portanto, tratar-se de externalidades); quando se analisa um nexo empresarial, que cuida de um bem de produção, é preciso se enxergar os não-titulares como sujeitos¹⁷¹ de tal relação complexa (não sendo meras vítimas ou atores passivos). Não é à toa, portanto, que, conforme será estudado em capítulo próprio, abusos, violações obrigacionais e ilícitos concorrenciais tendem a ser pluriofensivos¹⁷² - ou seja, que causem distúrbios a uma série de esferas jurídicas distintas¹⁷³. Fato é que a análise do direito mercantil e do direito concor-

168 BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1988, p. 26.

169 OPPO, Giorgio. *Creazioni ed Esclusiva nel Diritto Industriale*. In: FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI ROMA. *Studi in Memoria di Tullio Ascarelli*. Volume III. Milão: Casa Editrice Dottore A. Giuffrè, 1969, p. 1421, destaca os diversos núcleos de interesses que gravitam ao redor da criação do bem imaterial-concorrencial.

170 “O bom juiz põe o mesmo escrúpulo no julgamento de todas as causas, mesmo as mais humildes. Ele sabe que não existem grandes causas e pequenas causas, porque a injustiça não é como aqueles venenos acerca dos quais certa medicina afirma que tomados em grandes doses matam, mas tomados em pequenas doses curam. A injustiça envenena até mesmo em doses homeopáticas” CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1995, p. 348.

171 No direito austríaco, por exemplo, toma-se que o mercado como um todo (com especial destaque aos concorrentes e aos consumidores) é objeto de tutela pela vedação aos atos de concorrência desleal. Vide WIEBE, Andreas & HEIDINGER, Roman. *Austria*. In: HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 109.

172 DELMANTO, Celso. Crimes de Concorrência Desleal. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 19 e FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de Direito Comercial*. Volume 7, São Paulo: Ed. Saraiva, 1962, p. 245.

173 “En efecto, en el marco jurídico vigente la competencia desleal ya no persigue como fin primaria la defensa de la posición adquirida por el empresario, sino la protección de la competencia como tal. De igual forma, los intereses tutelados no son ya los privados de los empresarios o de los profesionales sino también los de los consumidores, así como el interés público del correcto funcionamiento del mercado” Tradução Livre: “De fato, no marco jurídico vigente, a concorrência já não tem como finalidade principal a defesa da posição adquirida pelo empresário, mas sim a proteção da concorrência como tal. De mesma forma, os interesses tutelados já não são os privados dos empresários ou dos profissionais, mas também os dos consumidores, bem como o interesse público do correto funcionamento do mercado.” GONZÁLEZ, Rafael Lara. *La Denigración en el Derecho de la Competencia Desleal*. Pamplona: Editorial Aranzadi SA, 2007, p. 40. Em sentido contrário, ou seja, de que o foco da tutela é

rencial não deve ser feita, apenas, em prol do mercante/concorrente, mas sim em prestígio às dinâmicas regulares e simbióticas de todo o mercado¹⁷⁴ (i.e., dos diversos sujeitos de direito que dele participam ativa ou passivamente).

Na análise do diagrama acima, é preciso frisar que tal simplificação do ple-xo relacional que forma um *hexágono* não impede que haja decorrências positivas e negativas internas e/ou externas aos blocos, a cada centro de interesses¹⁷⁵.

Por exemplo, no polo do(s):

(a) consumidores: é possível que após a aquisição do produto ou serviço (a1) o adquirente resolva revendê-lo (sem qualquer índole de reiteração) a terceiro e, a partir de tal momento, surja uma disputa entre os não profissionais durante o prazo de garantia do próprio bem de consumo adquirido (arts. 24 e 50 do CDC); ou (a2) que haja um vício no produto percebido pelo cliente, mas cuja reparação seja ilegalmente (art. 12 do CDC) negada pelo fornecedor;

(b) concorrentes: que (b1) um destes agentes se torne parceiro comercial do titular do bem de produção em uma sociedade de propósito específico; ou (b2) o competidor resolva atuar em contrafação aos direitos de propriedade intelectual do primeiro;

(c) Estado: haja (c1) um conflito de interesses entre a ANVISA (na forma do art. 229-C da LPI¹⁷⁶), que visava que um pedido de patente sobre produto farmacêutico fosse denegado (visto que a autarquia é vinculada ao Ministério da Saúde que, *a fortiori*, compraria medicamentos mais caros na hipótese da constituição da exclusividade), e o entendimento do INPI de constituição do direito de propriedade intelectual (pela presença dos requisitos legais), ou (c2) um ente federativo que resolva pela inexigibilidade licitatória, adquirindo o

apenas o da vítima (o concorrente lesado), vide SCIRÉ, Francesco. *Concorrenza Sleale e Sfruttamento Del Lavoro Altrui*. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1994, p. 18.

174 FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15.

175 Imagine-se duas situações de conflito entre um núcleo de interesses: (a) o intuito de uma parturiente realizar a prática de aborto em desconformidade legal, o que poderá gerar a morte do nascituro; e (b) uma sociedade anônima em que os gestores desejam direcionar os lucros para alguns sócios (majoritários) a despeito de outros tantos (minoritários). Tais situações denotam que nem sempre o conceito de personalidade jurídica superpõe aquele de núcleo de interesses, mesmo porque o direito cristaliza hipóteses de núcleos de interesses que são despidos de qualquer personalidade (ex: art. 102, II, III e IV da CRFB).

176 CPI de 1996: “Art. 229-C. A concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA”.

bem diretamente do titular (para o júbilo do último, porém ao arrepio do contribuinte – que para diversos efeitos podem ser os mesmos sujeitos que aqueles apontados no item ‘a’);

(d) autor do bem intelectual: que (d1) tenha falecido, deixando uma disputa entre seus sucessores sobre a percepção de haveres, ou (d2) incida em conflito com quem lhe adquiriu os direitos econômicos da obra (titular do bem de produção - ‘e’), ou (d3) seja um empregado que desenvolva uma invenção no contexto laboral, podendo engendrar algum tipo de rusga com o empregador (‘e’) (art. 88 da Lei 9.279/96¹⁷⁷);

(e) titular do bem de produção: que tenha realizado contratos de franquias não exclusivas e (e1) haja uma contenda entre os franqueados (concorrência ‘intra-marcas’), ou de outros licenciados, ou (e2) haja um atrito entre o franqueador e o franqueado sobre a manutenção de um determinado paradigma qualitativo do serviço, ou (e3) haja um desinteligência entre o locador e o locatário da propriedade comercial¹⁷⁸ destinada à exploração de um restaurante no tocante aos efeitos ao meio ambiente (poluição sonora);

(f) aperfeiçoamento da titularidade tecnológica: (f1) que impacte em menor escala aos seres humanos, mas seja prejudicial à audição dos felinos, ou (f2) que cause menos danos ambientais, mas gere a automação que, por fim, engendra menor necessidade de mão de obra – levando o desemprego ao *perfil corporativo* da empresa, ou, ainda, (f3) no caso em que a política de Estado (‘c’) seja a de reduzir a burocracia afeita ao registro sanitário (IBAMA/MAPA/ANVISA) para agrotóxicos genéricos, de modo a promover a concorrência (‘b’), mesmo com o protesto de entidades da sociedade civil que defendem que tal política agravará danos ambientais pertinentes.

Ou seja, diante desta célere revista sobre as coordenações e abrasões entre os centros de interesse, é possível notar a existência de complexidade¹⁷⁹

177 CPI de 1996: “Art. 88. A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado”.

178 ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Direito do Comerciante à Renovação do Arrendamento*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1940, p. 16.

179 Trata-se genuinamente do fenômeno de uma *relação jurídica complexa*, com muitos direitos e deveres. Para uma análise sobre tais tipos de relação, vide AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 9ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2017, p. 240.

considerável nas situações jurídicas *competitivas patrimoniais*. Assim, por comportar vínculos que tenham como objeto os mencionados *bens de produção*, raramente haverá espaço para situações de equilíbrio ideal-utópico, mas apenas hiato para situações *ótimas* de manejo jurígeno. Dificilmente o aperfeiçoamento de técnicas será *neutro* quanto ao *status quo* de cada um de tais núcleos de interesses. Favorecerá certos centros e desapoiará outros tantos. Fato é que a *essencialidade do bem*¹⁸⁰ ou do *serviço* elucidará a aglutinação do plexo de relações jurídicas superpostas, quase todas elas caracterizadas pelas assimetrias (de poder, técnica, econômica e informacional).

Aliás, pode-se asseverar que o modelo capitalista tem na instrumentalidade¹⁸¹ da concorrência um ferramental para a promoção de bem-estar social (especialmente do destinatário final), de forma equiparável aos partidos políticos em uma democracia republicana para com a cidadania¹⁸². Neste norte, a ordenação nacional endossa atividades pro-competitivas (e.g. arts. 146-A e 170, III da CRFB), reprime as tendências anticompetitivas (e.g. arts. 173, parágrafo 4º e 220, parágrafo 5º, da CRFB), enquanto tende a ser imparcial¹⁸³ (art. 2º, III, da

180 “Ou seja, dito em outras palavras, situações em que é dado ao usuário escolher o índice que vai ter por base sua escolha e situações em que isso não é possível. Entre as últimas encontram-se aquelas em que a escolha e presença de índices de preços gera distorções que afetam relevantes objetivos de interesse social. Imagine-se, por exemplo, a escolha de instituições de saúde ou educação com base apenas em índices de preço. Obviamente a essencialidade do bem envolvido impede esse tipo de restrição” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 46.

181 FREIRE, J. Renato Corrêa. *Livre Concorrência e Conglomerados ou Controle de Preços*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, números 21-22, 1976, p. 53, defende que a livre concorrência é um instrumento para se alcançar resultados econômicos quistos bem como uma forma de se estimular a eficiência empresarial; PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Propriedade Intelectual, Concorrência Desleal e sua Tutela (Penal) em Portugal*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 56, janeiro-fevereiro de 2002, p. 32, por sua vez este o autor defende que a concorrência é instrumental para o desenvolvimento de outros bens jurídicos e interesses.

182 CARVALHO, Vinicius Marques de. *As Finalidades da Defesa da Concorrência: uma leitura a partir da ordem econômica Constitucional*. In. NUSDEO, Fábio (Coordenador). *A Ordem Econômica Constitucional*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 202-203, destaca os benefícios, indiretos – ao seu ver, diretos ao ver do presente texto – aos consumidores, aos próprios concorrentes, e até ao desenvolvimento nacional pela concorrência.

183 O texto parte da premissa de que nenhum ato criminoso ou abusivo seja praticado pelos sujeitos de direito partícipes de tal relação tipicamente civil, mas que haja rivalidade (quicá desgastante) entre eles.

Lei 13.874/2019¹⁸⁴) diante de abrasões de outra sorte. Ou seja, se as rivalidades *fazem parte* (são decorrências ontológicas) da rotina entre cidadãos, não há fomento (e.g. art. 1º, IV, da Lei 9.491/97¹⁸⁵) estatal para endossá-los; de outro lado, a concorrência *é deve ser* buscada e ordenada (programaticamente) pelo Estado.

Portanto, é possível salientar que a concorrência não é fruto de uma relação cogente, necessária, mas ela é bem quista por um ordenamento jurígeno que se diga capitalista. Assim o é visto que a concorrência – se bem regulada¹⁸⁶, vigiada e promovida – pode catalisar o bem-estar¹⁸⁷ de diversos núcleos de interesses: melhorando¹⁸⁸ a qualidade de produtos/serviços, ampliando o leque de oferta, reduzindo preços etc. Logo, diante de monopólios fáticos/

184 Lei de Liberdade Econômica: “Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; II - a boa-fé do particular perante o poder público; III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”.

185 Programa Nacional de Desestatização: “Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito”.

186 COUTINHO, Diogo R. *A Constituição de 1988 e o Estado Regulador Brasileiro*. In: NUSDEO, Fábio (Coordenador). *Ordem Econômica Constitucional*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 54, consigna que ainda não se levou a regulação no Brasil a sério. Infelizmente, tal autor tem toda razão em sua provocação.

187 “*The motive for competition should not be arise from a desire to kill or to dominate but from a desire to create something better*” Tradução livre: “A razão da concorrência não se deve gerar a partir de um desejo de matar ou dominar, mas sim pelo desejo de criar algo melhor”. JONES, Ian W. & POLLIT, Michael G. *Economics, Ethics and Unfair Competition*. Cambridge: Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper 22, Dec. 1995, p. 6

188 “*The implicit assumption running throughout the law of intellectual property and unfair competition, in short, is that bargaining and competition among businesses, although economically injurious to those individual businesses which inevitably lose out in the struggle, nevertheless serves the larger public interest by promoting lower prices and higher quality goods and services than either a privately or a publicly controlled economy*” Tradução livre: “A suposição implícita que permeia a lei de propriedade intelectual e concorrência desleal, em suma, é que a negociação e a competição entre as empresas, embora economicamente prejudicial para as empresas individualmente que inevitavelmente perdem na luta, atendem ao maior interesse público ao promover preços mais baixos e bens e serviços de melhor qualidade do que uma economia privada ou controlada publicamente”. McMANIS, Charles R. *Intellectual Property and Unfair Competition*. St. Paul: West Publishing Co, 2004, p. 40. No mesmo sentido, MOSCO, Luigi. *La Concorrenza Sleale*. Napoles: Casa Editrice Dottores Eugenio Jovene, 1956, p. 25.

naturais, em face de atividades econômicas em sentido estrito¹⁸⁹, ou perante situações de alta aglutinação de poder econômico e com grandes barreiras à entrada de novos agentes econômicos, cabe aos atores-protagonistas ('c' – entes do Estado) das relações jurídicas – que gravitam ao redor da titularidade de bem Intelectual – fomentar a abrasão competitiva. Em situações que tendem a univocidade – o domínio do mercado por poucos agentes econômicos – a passividade estatal poderá ser fatal a todos os demais núcleos de interesse.

Destarte, é costumeira a utilização de *sanções*¹⁹⁰ por parte dos poderes constituídos. Tais incentivos poderão advir, exemplificativamente: de regulações e outras ações que facilitem mútuos feneratícios com baixas taxas de juros, subsídios diretos e compras públicas em larga escala, da abertura de mercados nacionais a agentes econômicos estrangeiros, da atuação da autoridade antitruste que coíba a perpetuação das forças centrípetas, ou da própria expansão de um determinado mercado.

Entretanto, os centros de interesse consumeristas também são influenciadores das relações concorrenciais, especialmente ao exercerem sua autonomia para optar por alterar a contraparte contratual na hipótese de erosão da qualidade dos produtos/serviços prestados pelo fornecedor. Ou seja, até o mais hipossuficiente sujeito de direito pode ser responsável (de forma condicionante ou determinante) pela reorganização das relações concorrenciais.

Note-se que tal fenômeno é mais facilmente observável diante de bens não essenciais, bem como perceptível como o uso de ferramentas que diminuem a assimetria informacional dentro do próprio núcleo de interesses. *Verbi gratia*, não é incomum que consumidores consultem redes sociais (e.g. Reclame Aqui) em que se compartilham experiências de consumo antes de decidirem por qual *originador* irão contratar. Portanto, é possível asseverar que a *poliedria*¹⁹¹ é tanto

189 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 101.

190 Acerca da ambivalência da expressão sanção de modo a comportar, ainda, os elementos positivos, vide MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 578.

191 NUSDEO, Fábio. *A Ordem Econômica Constitucional*. Origem – Evolução – Principiologia. In. NUSDEO, Fábio (Coordenador). *A Ordem Econômica Constitucional*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 32, narra que os princípios da ordem econômica (art. 170 e incisos da CRFB) servem à “manutenção de determinados pontos de equilíbrio”. Ou seja, *mutatis mutandi*, aqui se propõe que todos os núcleos de interesses

um resultado (*ex post*) quanto é influenciador (*ex ante*) dos liames de abrasão patrimonial firmados entre os centros de interesse dos concorrentes.

Antecipadas as três premissas *sine qua non* da eventual existência da concorrência (situação jurídica patrimonial + pluralidade subjetiva¹⁹² + *animus* da própria disputa, vontade de obtenção de lucro), no presente capítulo serão estudados os três *requisitos* clássicos¹⁹³ para aferição da situação jurídica subjetiva da *concorrência em tese*, quais sejam (a) a territorialidade, (b) a simultaneidade, e (c) a identidade objetiva. Por fim, ainda se examinará um qualificador da *concorrência concreta*, qual seja o (d) preço dos produtos (ou serviços) ou a qualidade dos bens.

2.2 A Geografia da Concorrência: o estado da arte

É relativamente pacífico na doutrina que a concorrência (tanto a presença ou mesmo a ausência dela - um monopólio, por exemplo) se dá em relação a um determinado território¹⁹⁴. A extensão geográfica da concorrência poderá ser (i) global (e.g. dos EUA para a China), (ii) internacional, porém interna a determinado bloco econômico formado por diversos países (e.g. Mercosul ou a União Européia), (iii) endógena a um país, mas percorrendo toda a sua fronteira (e.g. de Rio Branco-AC a Santa Maria-RS), (iv) compactada a uma mesorregião do país (e.g. centro-oeste do Brasil), (v) circunscrita a um determinado Estado da Federação (e.g. Tocantins), (vi) delimitada a intermunicipalidade

descritos na relação concorrencial devem ser levados em consideração para a promoção do projeto constitucional desenvolvimentista.

192 Sobre como a economia planificada impedia a existência de uma regulação sobre concorrência desleal, já que o próprio conceito de concorrência inexistia BU, Yuanshi. *China*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 189.

193 “(...) para que haja concorrência entre agentes econômicos é preciso que (...) se verifiquem três identidades: *que os agentes econômicos desempenhem suas atividades ao mesmo tempo; *que as atividades se voltem para o mesmo produto ou serviço; *que as trocas entre produtos e serviços(...) ocorram num mesmo mercado geográfico” BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução ao Direito da Propriedade Intelectual*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 271.

194 Consigne-se, entretanto, que apesar de tal requisito ser muito útil ao ambiente da concorrência interdita da propriedade industrial, ainda se encontra alguma exceção em tal contexto a exemplo da proteção às marcas notoriamente conhecidas registradas de má-fé (art. 6, *bis*, 3 da Convenção União de Paris e do art. 126 da Lei 9.279/96). Contudo este capítulo é dirigido ao estudo do fenômeno da *concorrência* por si, e não da interdição.

dentro de um único Estado da Federação (e.g. São Paulo e São Carlos) ou a determinada megalópole que seja fronteira a dois Estados, (vii) constrita a um único município (e.g. como na entrega de móveis de determinada loja), (viii) cristalizada em alguns bairros ou zonas internas de um único município (e.g. como sói ocorrer com lanchonetes que entregam a domicílio), (ix) manietada a um único bairro de um município (e.g. casas de sucos) ou (x) compactada a algumas ruas dentro de um bairro de um município (e.g. como bancas de jornal e outros periódicos hebdomedários).

Se a estrutura, a função ou as qualidades ínsitas aos produtos ou serviços alienados no contexto comercial-industrial-concorrencial podem ser os formadores (condicionantes) da extensão de atuação (e.g. produtos alimentícios frescos – altamente perecíveis – produzidos por um restaurante); muitas vezes não serão características dos bens mercanciados, mas a distância da freguesia/clientela ou os custos de transporte (intermediários, combustível, hiato temporal para a entrega) que fincarão a qualificação das situações jurídicas da mais ampla ‘i’ à mais restrita ‘x’. Em outras palavras, os custos de transação, as qualidades e características da atividade econômica exercida *determinarão* a extensão geográfica de uma situação jurídica diante da *relação jurídica* da concorrência.

Tais considerações não são restritas à leitura de quem promove a oferta, visto que a partir do lado da demanda também se analisa os mesmos critérios antes da escolha sobre com quem contratar. Afinal, nenhum consumidor ‘a’ perquire (i) a *melhor pizza* do mundo se a distância havida entre a casa de acepipes só puder resultar em iguarias que cheguem frias e após um longo hiato temporal, ou (ii) as *mais deliciosas éclaires* que só forem entregues em domicílio mediante o adimplemento de contratação com transportador aeroviário (Paris a Rio de Janeiro). Demanda-se aquela oferta ótima, dentro da região territorial que não destine custos desproporcionais ao consumidor final e, logo, ao fornecedor. Simultaneamente, demandas reprimidas (núcleo de interesse consumeristas) poderão atrair a atenção de agentes mercantes (núcleo de interesse dos concorrentes) que, até aquele momento, não eram *territorialmente* concorrentes do monopolista *de facto* de uma determinada região.

Em complemento a tal raciocínio, é possível observar que a *situação jurídica objetiva* da extensão territorial de atuação do comerciante é mutável, oscilante, podendo sofrer vicissitudes de sístoles ou diástoles. Um último exemplo sobre a conduta de um núcleo de interesse dos concorrentes distinto do agente econômico empresarial auxilia a compreensão sobre as transfor-

mações havidas na *geografia* concorrencial. Imagine-se que um Estado da Federação brasileira, diante da cíclica crise econômica e dos déficits fiscais (e em respeito ao art. 31 da LCP 101/2000), resolva majorar o ICMS (art. 155, II, da CRFB) a tal alíquota que dissuada um agente econômico (contribuinte de direito) atuante em ente federativo vizinho a expandir¹⁹⁵ sua atividade para aquele outro Estado. Talvez o empresário não consiga repassar ao contribuinte de fato todos os ônus que compõem o preço final, sob pena de ser *devorado* pela concorrência (mesmo a que pratique *qualidades* inferiores em seus produtos/serviços). De outra monta, políticas de desoneração fiscal poderão resultar em um aumento da competitividade com a expansão da geografia de atuação de sujeitos de direito que antes não estavam insertos *naquele* mercado – além da inauguração de agentes de econômicos neófitos (de todas as formas) no próprio território.

Sem prejuízo da influências havida pelos outros núcleos de interesse com relação a geografia em que sujeitos empresários podem ser, também concorrentes; considerando os diversos perfis da própria *empresa*, indubitavelmente (a) a descentralização das atividades verticais¹⁹⁶ (a exemplo do restaurante que labora com colaboradores não empregados para a entrega de pedidos), (b) a desconcentração das atividades horizontais (a exemplo da concomitância de lojas do franqueador com franqueados em outras regiões), (c) o advento de ‘novos’ tipos de combustíveis (álcool, diesel, gasolina e eletricidade) que minorem os custos de produção, (d) novas formas de uso de insumos (energia solar ou eólica) que diminuam impactos ambientais e financeiros, (e) aparatos de transporte (bicicletas, patinetes e motos) que maximizem a velocidade da entrega ou da contratação; (f) técnicas que permitam uma produção mais célere

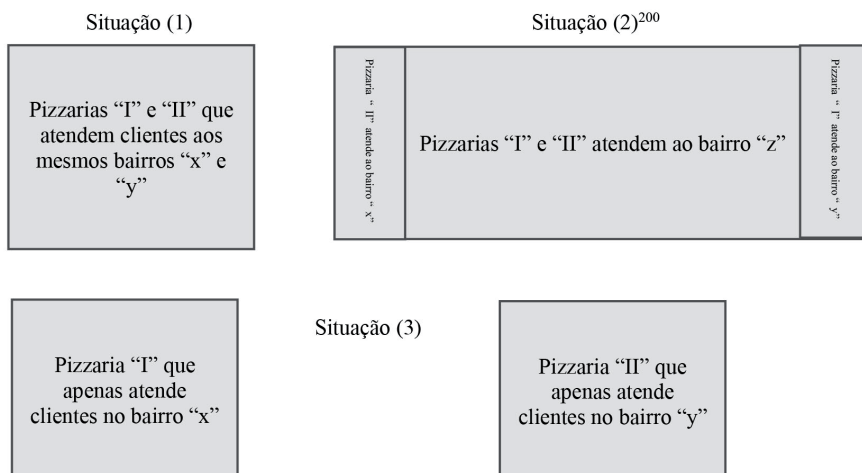
195 “Assim, se é hoje pacífica a existência de actos de concorrência entre agentes situados em diversos estádios do processo económico (produtores, grossistas e retalhistas, por exemplo), já não será perante empresas que actuem em âmbitos - merceológico, temporal ou territorial completamente distintos, sem que se possa afirmar a possibilidade de expansão ou a iminente incidência da actividade de uma sobre a actividade da outra” AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo Económico e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 299.

196 “Em teoria, as atividades que exigem elevados investimentos específicos tenderiam a levar as empresas à verticalização, pois, uma vez realizada a inversão, o risco do oportunismo da contraparte seria bastante acentuado. O agente econômico, para evitar sua exposição ao provável comportamento egoísta de um parceiro comercial, racionalmente optaria por verticalizar a produção, por exemplo, fabricando ele mesmo determinado bem” FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 134.

e com ganhos de escala (a exemplo de um forno industrial mais potente); e (g) novas formas de comunicação (telefonía¹⁹⁷ e a internet¹⁹⁸). Todos são exemplos de vicissitudes das condicionantes que poderão alterar e até ampliar as zonas de atuação econômica do *sujeito concorrente*.

Em síntese, é possível afirmar que há influências endógenas e exógenas, tecnológicas, regulatórias, incidentais e acidentais que impactam no critério da territorialidade nas relações de abrasividade patrimonial entre concorrentes¹⁹⁹.

Diante de tais premissas, com relação ao critério geográfico se observa três hipóteses distintas quanto a possibilidade de concorrência: (1) a completa superposição territorial; (2) a parcial superposição territorial; e (3) a inexistência de concorrência pela completa diversidade territorial.



Na hipótese "1" haverá a coincidência territorial completa para a verificação da concorrência, além da aferição dos demais requisitos para que se esteja

197 FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de Direito Comercial*. Volume 7, São Paulo: Ed. Saraiva, 1962, p. 336.

198 LINANT DE BELLEFONDS, Xavier. *Clientèle et Nouvelles technologies de l'information*. In: CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000, p. 92.

199 Sem prejuízo de eventuais escolhas arbitrárias, ou típicas de racionalidade limitada, dos próprios agentes econômicos, com relação aos mercados explorados e àqueles que ainda restam a ser explorados.

200 Sem o objetivo de exaurir todas as situações, uma pequena variação da Situação (2) seria a de "I" e "II" atenderem aos bairros "X" e "Z", mas apenas "II" atender, ainda, o bairro "Y".

diante de (i) uma hipótese de eventual violação a direitos de propriedade industrial tutelados por direito de exclusiva, (ii) eventual caso de concorrência desleal, ou (iii) simplesmente em face de competição, conforme à legalidade constitucional, ainda que ríspida²⁰¹.

A situação jurídica do *funtor*²⁰² oposto, qual seja a “3”, até pode comportar uma hipótese de contrafação de direitos de exclusiva (i), se ambos estiverem no mesmo país – a exemplo do uso ilícito de uma marca registrada na mesma especialidade de que trata o registro (art. 129 da LPI). Contudo, na hipótese “3” certamente não será possível se conceber a hipótese de (ii) concorrência desleal, já que sequer há a abrasividade da relação jurídica patrimonial: os territórios de atuação dos agentes econômicos são díspares, minando um dos requisitos de constituição da *competição*.

Um caso concreto dirimido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás auxilia a compreensão da Situação Hipotética “3”²⁰³. Uma sociedade empresária que realizava a atividade econômica organizada de um restaurante/choperia insatisfeita com a suposta usurpação de seu conjunto-imagem (da anglofona expressão *trade dress*) intentou pretensão inibitória e compensatória contra outra sociedade de idêntica atuação. Contudo, ambas ficavam sediadas em Estados diferentes da Federação (ainda que fossem entes federativos lineares), naquilo antecipado na situação de espraçamento territorial (das pizzarias) ‘v’ supra.

Naquela oportunidade, a Corte Estadual²⁰⁴ corretamente rechaçou o pleito de *concorrência desleal*, visto que sequer haveria de se falar em *concor-*

201 “Toda a concorrência mágoa. No ponto de vista meramente económico, os concorrentes causam-se mutuamente prejuízos. Mas o prejuízo só poderá atingir o limiar da relevância, no ponto de vista jurídico, se o acto puder ser qualificado como de concorrência desleal” ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 204.

202 Sobre funtores como direcionamentos, vide FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução Ao Estudo Do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 6ª Edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2012, p. 103.

203 No direito estrangeiro, a doutrina narra interessante caso de sociedades que exploravam a atividade de casino que se envolveram em uma lide: a companhia de Monte Carlo (Casino de Monte Carlo) imputou a companhia (Monte-Carlo Budapest) húngara de praticar concorrência desleal. Contudo, a falta de atuação da demandante no mercado húngaro foi determinante para afastar a pretensão condenatória: BH, 2011/39, BACHER, Gustav. *Hungary*. HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 273.

204 “(...) observo que a questão da concorrência desleal é absolutamente indevida. Como pode ocorrer ‘concorrência’ entre dois restaurantes situados em cidades, ou melhor, em estados diferentes? Por óbvio que não existe disputa pela preferência dos clientes. Ninguém virá ao restaurante da apelada,

rência – já que ausente o requisito de identidade *territorial*. Ainda que tal não tenha sido explorado como *obiter dictum*, analisando o tipo de atividade (predominantemente) exercida, qual seja a venda de bebidas alcóolicas, a maior fiscalização contra os ilícitos do Código de Trânsito Brasileiro (e.g. art. 165 da Lei 9.503/97) inclusive minora qualquer *possibilidade* de superposição de mercados geográficos. Em outras palavras, analisando estaticamente, as zonas de atuação não coincidiam. Contemplando-se certa *elasticidade* ou *dinamicidade* pelo deslocamento de possíveis consumidores, o exercício regulatório do Poder de Polícia dissuade qualquer chance de concorrência.

Uma hipótese semelhante acerca do critério do raio geográfico ocorre no serviço de cafeterias: a peculiaridade do produto feito *in locus* necessitar pronto consumo e não bem se coadunar com transporte, pode fazer com que dois estabelecimentos comerciais no mesmo bairro (em especial em bairros de longa extensão geográfica) sequer sejam concorrentes entre si. Tal assertiva é particularmente precisa diante de realidades em que consumidores buscam proximidade e gozam de pouco tempo para deslocamento.

Por sua vez, a situação jurídica “2” é a de veras mais interessante, visto que apenas na área geográfica de performance em comum entre as Pizzarias “I” e “II” se poderá cogitar de violação de direitos, enquanto nas áreas de atuação de *fática exclusividade* em face do outro tal não será possível. Ou seja, necessariamente há um território em que os procedimentos de “I” e “II” não podem atrair ilícitos concorrenciais. No entanto, tal como no que foi asseverado com relação às situações jurídicas “1” e “3”, mesmo nos setores físicos em que não há superposição de atuação de “I” e “II” ainda poderá haver vilipêndio de direitos de propriedade intelectual que se espraíem nacionalmente (a exemplo dos direitos de exclusividade que advenham de privilégios de invenção, desenhos industriais, marcas, indicações geográficas, topografias, cultivares, etc.).

Entretanto, há hipóteses em que a regulação é arquitetada – injustamente, por sinal – para atuar de modo mais rígido em face de certos atores do mercado, discriminando outros tantos em situação símile. Em tais contextos, a análise territorial estanque *supra realizada* poderá ser insuficiente. Imagine-se a situação dos autorizados à atividade econômica *lato sensu* do

localizado nesta Capital, num sábado a (sic) noite, por exemplo, quando o apelante estiver lotado ou o chopp não estiver gelado! Não há como visualizar a alegada “concorrência desleal” BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, 4ª Câmara Cível, Des. Carlos Escher, AC 121286-0/188, DJ 28.04.2008.

transporte privado de passageiros em um táxi. Tais profissionais – tributados e regulamentados pelas secretarias municipais de transporte urbano – têm sua atuação territorial jungida a determinado município, não podendo disputar a clientela/freguesia de passageiros em quaisquer outros entes federativos. Assim, um taxista (“R”) habilitado a laborar em São Paulo capital não seria concorrente de outro (“S”) habilitado a trabalhar em São Caetano (situação jurídica ‘c’ supra).

De outra monta, motoristas de aplicativos como o ‘Uber’ (“T”) não são jungidos a laborar – apenas – em um município, podendo competir com a clientela de “R” e de “S” simultaneamente.

Situação (4)

Taxista “R” – Atuação no Município SP	Taxista “S” – Atuação no Município SC
Uber “T” – Atuação nos Municípios SP e SC e Quaisquer Outros	

Ou seja, ainda que o núcleo de interesses dos consumidores possa vir a ser o imediato beneficiado pela expansão territorial, ou pelo ingresso de novos agentes econômicos competidores, certamente alguns municípios podem ter seu controle reduzido acerca de quantos e quais agentes econômicos estariam realizando os *serviços* prestados (fatos geradores de ISS) em seu território. E tal complexidade majorada certamente atrairá mais veículos poluentes aos municípios e regiões de maior poder econômico dos consumidores, possivelmente agilizando a depredação ambiental do ar (núcleo de interesse aperfeiçoamento da titularidade tecnológica), conseqüentemente.

Sem prejuízo da eventual deslealdade que será apreciada em capítulo autônomo, é importante destacar que o desequilíbrio regulatório pode maximizar outro problema pertinente à geografia na qual se realizam atos de concorrência: a assimetria informacional sobre *quem são os concorrentes e quantos deles estão no mesmo espaço territorial*. A depender da omissão Estatal em realizar regulações promocionais da *isonomia* (art. 5º, *caput* da CRFB), poder-se-ia cogitar de hipóteses em que: (a) um veículo que realiza atividades de Uber possa identificar os taxistas e se distanciar dos mesmos para maximizar as chances de *estar só* e portanto de *capturar* clientela; mas (b) que o veículo

que realiza as atividades de táxi só possa identificar, *ictu oculi*, quem também seja taxista, não detectando se há naquele espaço geográfico ainda mais competidores que possam lhe absorver a clientela desejada.

2.3 A Geografia da Concorrência: transformações contemporâneas

Os avanços tecnológicos e a maleabilidade transformativa das zonas de atuação econômica de um agente do mercado tornam obsoletas análises estáticas daquilo que foi apontado no item 2.2. Conforme antecipado, não é incomum a hipertrofia de um agente econômico que resolva expandir os bairros atendidos pela sua atuação gastronômica, seja pela abertura de novas filiais em locais vizinhos, ou pela maior utilização do serviço de entregas em domicílio.

Não obstante a célere análise supra dos mercados das *coisas* (ou seja, dos *bens materiais*), o advento das denominadas bandas largas da internet aloca em xeque²⁰⁵ conceitos tradicionais como o da geografia da atuação. Quando a mercancia – por exemplo – cuida de um programa de computador (Lei 9.609/98) ou de uma obra audiovisual (Lei 9.610/98) acessível pela rede mundial de computadores (por exemplo, com o uso de uma rede social ou de um aplicativo para o consumo das licenças de uso de filmes) – ou seja, quando o bem em si é ubíquo, imaterial, intangível –, não há uma ínsita delimitação territorial dos agentes econômicos.

Tal não significa dizer que a ânsia de controle sobre a *utilização* de bens tutelados por propriedades intelectuais não tenha sido uma característica de certos agentes econômicos diante de novas realidades. Por exemplo, logo quando houve a relativa popularização da tecnologia dos DVD's (acrônimo anglófono de Disco Digital Versátil), os titulares dos bens de produção (titula-

205 “Com relação à territorialidade, ressaltados os países que restringem o acesso de certos nomes de domínio (por questões de política pública legítima, censura ou picuinha), uma das *belezas* da internet é a *ignorância* das separações físicas entre o titular *aziendale* e o consumidor. (...) acaso a mercadoria/serviço comercializado seja tão intangível quanto o estabelecimento virtual acessado, é possível se constatar a identidade *territorial* (quanto à atuação) entre agentes econômicos com sede física na Guatemala e outro na Mongólia”. BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *E-stabelecimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 66.

res das obras audiovisuais) faziam uso de *zonas*²⁰⁶ de funcionamento do bem de consumo (exemplar do DVD) cuja licença havia sido alienada. Deste modo, os aparelhos (*hardwares*) de funcionamento não conseguiriam executar uma ‘mídia’ adquirida fora daquela *zona*. Tal uso de dispositivos de gerenciamento, de controle sobre as licenças alienadas (técnica conhecida pelo acrônimo em língua inglesa DRM – ou Gestão de Direitos Digitais) denotava o ocaso das tentativas de restrição do livre uso *geográfico* de determinado produto.

Além de potencializar uma concorrência *geográfica* entre fornecedores – sediados, respectivamente, no Butão e no Suriname – de teor audiovisual via internet, o uso das tecnologias comunicativas contemporâneas acaba por também desafiar um conceito clássico do Direito Antitruste, qual seja o de *mercado relevante*. *Exempli Gratia*, se uma companhia multinacional que empresaria uma rede social resolve incorporar societariamente outra do mesmo setor, ainda que ambas sejam situadas em rincões distintos e distantes do Brasil, acaso um número expressivo de usuários advenha de *protocolos de internet* (de acrônimos IP’s) originados no país, certamente tal atrairá a atuação do CADE, na forma da Lei 12.529/2011. Em outras palavras, a depender do serviço/produto, não é o *território* das sedes, do estabelecimento tradicional que determinará a *área* da concorrência e da *clientela*, mas a *acessibilidade* e o *acesso* através das tecnologias da comunicação é que o determinarão.

Contemplados os *perfis* da geografia da concorrência perante o mercado das *coisas*; e vislumbrada a indeterminação *apriorística* de quando o *objeto* do consumo é um bem imaterial; é oportuno salientar as abrasões econômicas possíveis diante do encontro dos mercados *tradicionais* e aqueles tidos como *inovadores*. Por exemplo, com certas redes sociais, como o YouTube, é possível cotejar a *concorrência* da prestação de seu serviço ‘gratuito’ pela internet, para com uma concessionária de serviço público de radiofonia no Brasil. Ainda que ambas tenham características diferentes²⁰⁷, com relação ao critério geográfico

206 Em síntese, o globo terrestre era dividido em 6 zonas: 1 – América do Norte (excluindo-se o México); 2 – Europa e Groenlândia; 3 – Parte sudeste da Ásia; 4 – América do Sul, Central e Oceania; 5 – África, Rússia e restante da Ásia; e 6 – China.

207 (a) uma carece de um aparelho de rádio, enquanto o outro necessita de um computador ou telefone celular com acesso à internet; (b) uma é tipicamente uma emissora um-todos, enquanto a outra é um emissor todos-todos; (c) uma escolhe a programação sem maiores autonomias do utente, enquanto a outra permite maior autonomia ao utente etc.

poder-se-ia cogitar estarem em *fattispecie* semelhante à segunda hipótese narrada no item 2.2 supra; ou seja, de parcial sobreposição de mercados territoriais.

Ainda no ambiente do fornecimento de bens e serviços, os *e-stabelecimentos* (neologismo para estabelecimentos comerciais na internet) também permitiram enorme escalonamento no mercado de distribuição. Imagine-se a disputa de mercados, antes restritos a certos atores locais (grandes supermercados e magazines), por intermediários internacionais como a ‘Amazon’ ou o ‘Alibaba’: com seus respectivos poderes econômicos diminuindo os custos de frete – por exemplo – é possível antecipar uma *superposição* geográfica mundial.

Tais realidades, entretanto, não impedem que se analise casuisticamente os *mercados relevantes*, em especial quando as zonas de atuação também são exploradas em mercados pulverizados, certas vezes artesanais e com limites endógenos a certos bens e serviços que são menos propícios ao transporte de longa duração. Em uma nota concludente, a territorialidade pode estar sendo *fisicamente* superada para certos mercados (virtuais), o que não significa dizer ser possível cogitar-se de concorrência sem alguma superposição *geográfica* por parte dos agentes econômicos. Acaso dois sujeitos de direito, que explorem o mesmo ramo de produtos ou serviços, não disputem a *mesma clientela* em um só território, estar-se-á diante da situação hipotética (3) narrada no item 2.2. supra.

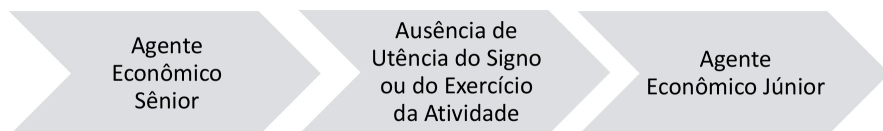
2.4 A Cronologia da Concorrência: o estado da arte

A relação jurídico-econômica da concorrência se dá em *algum lugar* (vide os dois subcapítulos supra) e em *algum momento*. Por sinal, o fator tempo deve ser caracterizado pela *sincronia* dos dois agentes econômicos do mesmo setor, disputando a clientela presente em um mesmo território. Em outras palavras, eventual sucessão no tempo de sujeitos de direito que atuem no mesmo determinado ramo e local, sem que tenham coexistido, impede a situação jurígena da concorrência.

Por exemplo, a Corte Estadual de Pernambuco dirimiu uma contenda em que um extinto periódico resolveu intentar uma pretensão compensatória e inibitória calcada em atos de suposta concorrência desleal²⁰⁸. Em síntese, du-

208 “Para a configuração da concorrência desleal (...) revela-se indispensável a simultaneidade da utilização dos nomes, em que um dos litigantes se valeu da notoriedade e popularidade da marca já existente e circulante no mercado para angariar a clientela a ela vinculada. (...) O periódico editado pela autora

rante algumas décadas, uma sociedade empresária alcançara êxito mercantil naquele Estado do nordeste brasileiro empenhando o signo distintivo *Folha de Pernambuco*. Contudo, após alguns anos de minoração de seu aviamento não lhe restou outra opção a não ser a cessação das atividades comunicativas. Cerca de meia década depois, um agente econômico júnior resolveu – conforme a premissa da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CRFB) lhe facultada – se introduzir, no território pernambucano, com as atividades de jornalismo, elegendo como *título do periódico* o mesmo signo que o ente falido antes se imbuía: *Folha de Pernambuco*. Insatisfeita com a conduta que lhe parecia *desleal* – a utilização de signo homônimo para a idêntica área de atuação, no mesmo espaço geográfico – a sociedade empresarial *sênior* buscou interditar tal conduta. A decisão unânime do órgão colegiado recursal do Tribunal de Justiça de Pernambuco bem adjudicou a pretensão para obstar a tentativa da autora/apelante de inibir o mercado, quando ela mesma já não mais o exercia. O fundamento, para tanto, foi exatamente o da inexistência de sincronia dos misteres empresariais.



Quando se verifica a *diacronia* da atuação de agentes econômicos que alienam produtos/serviços idênticos ou similares, em um mesmo território, é até possível que um deles aja com *deslealdade*, mas não terá sido através de um ato de concorrência. Note-se que no ambiente da *concorrência interdita*²⁰⁹ tal é relativamente comum. Por exemplo, um sujeito de direito pleiteia, processa e ao final do procedimento administrativo obtém um registro de uma marca

não era produzido há mais de mais de cinco anos - o que, em se tratando de publicação diária, é um lapso considerável de tempo -, e seus consumidores da época, provavelmente, migraram para outros produtos do mesmo gênero” BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, 4ª Câmara Cível, Des. Jones Figueiredo, AC 133994-0, DJ 03.06.2009.

209 Mencionando pertinente fato de que a patente não obstaculiza algum tipo de concorrência, bem como não poder a promoção de atos competitivos manietar o sistema de patentes, vide JOLIET, René & DEMARET, Paul. *L'application de l'article 85 du traite de rome aux contrats de propriete industrielle*. (Org.) CHAVANNE, Albert. *La 6e Rencontre de Propriété Industrielle*. L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur les droits de propriété industrielle. Lyon: Libraires Techniques, 1977, p. 90.

oponível em todo território nacional (art. 129, da Lei 9.279/96). Entretanto, o mesmo agente econômico acaba por descontinuar sua atividade, ou mesmo se olvida de pagar os preços públicos pertinentes às anuidades/decênios a consequência poderá ser a caducidade (art. 142, III da LPI) e/ou a extinção do registro (art. 119, III da LPI). Por acaso a expiração da propriedade obstará que outro sujeito de direito perquirisse e eventualmente se *ocupasse* do mesmo signo? O princípio da novidade relativa²¹⁰ – arquétipo regente do sistema de marcas – obsta qualquer intenção de se interpretar *contrariamente à livre iniciativa*, mesmo porque a tentativa de *ressuscitar* a titularidade ‘morta’ significaria manietar aquilo que estava *disponível* a terceiros.

A lógica do sistema atributivo de direito, neste escopo, é particularmente bem ponderada, já que permite o desuso legítimo do signo – até por hiatos temporais delongados – sem que tal extinga a situação jurídica objetiva da propriedade (e.g. arts. 143 e 145 da Lei 9.279/96). Entretanto, a ponderação do sistema não facultaria uma tutela àquele que não age virtuosamente, sob pena de se interditar acesso a um bem de produção sem a contrapartida da função social²¹¹.

No tocante à *coexistência temporal* de agentes econômicos ‘símiles’ em atuação, mas que ocupem territórios diferentes (e.g. um em atuação na Argentina e outro no Brasil), tampouco se estará diante de uma situação/relação de *abrasão patrimonial competitiva*. A sincronia *concorrencial* relevante é necessariamente *superposta geograficamente* em pelo menos uma das situações hipotéticas ‘1’, ‘2’, ou ‘4’ antes narradas no item 2.2 acima.

Tampouco é *concorrencialmente* relevante os atos praticados pelo agente econômico sênior *antes* que o ente júnior tenha ingressado naquele mercado, ou, sucessivamente, os atos do último após o término da atuação do primeiro. A concorrência só existirá com a identidade temporal.

Não obstante tal assertiva, é possível até mesmo que dois agentes econômicos que estejam em funcionamento no mesmo território, durante o mesmo ano, perante a mesma atividade, não sejam efetivamente concorrentes. Coteje-se a hipótese de dois restaurantes no epicentro de um município: (a) o

210 CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Volume I - Da propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. 3ª Edição, atualizada por Denis Borges Barbosa & Newton Silveira, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012, p. 256.

211 Este argumento será oportunamente aprofundado no capítulo *infra* acerca do instituto do aproveitamento parasitário.

primeiro deles é especializado em cafés da manhã e almoços, com o horário de funcionamento das 06:00 às 15:00 de segunda a sexta-feira; e (b) o segundo direcionado a lanches vespertinos e jantares, de segunda a sábados, as sempre de 16:00 às 00:00. Tal como na famosa película “Feitiço de Águila”²¹², há um eterno desencontro da possibilidade de serem *concomitantes*²¹³.

Indubitavelmente, há uma situação *neutra* entre os sujeitos de direito, que pode se tornar *abrasiva* se um dos titulares de estabelecimento resolver, por exemplo, ampliar o horário de seu funcionamento. Entretanto, a persistir as variações fáticas hipotéticas apresentadas, perante o olhar da freguesia e da clientela há *complementariedade* entre os serviços alimentícios de ‘a’ e ‘b’, não havendo *adversariedade* entre ambos.

Por fim, ressalte-se que em certos segmentos pequenas diferenças cronológicas poderão apartar completamente um mercado de outro. Exemplificativamente: (a) três transportadores, sendo um balonista, um viário e um aeroviário que ofereçam serviços de deslocamento no eixo Rio-São Paulo não serão genuinamente concorrentes; (b) um periódico especializado em noticiar os acontecimentos ‘ao vivo’, uma revista com crônicas dos principais acontecimentos mensais, e um site que realiza ‘clipping’ das notícias mais importantes da semana, não atenderão a mesma demanda; e (c) caso o mesmo filme que seja disponibilizado no cinema, na possibilidade de *streaming* na televisão de assinatura ou na denominada ‘televisão aberta’, não haverá disputa da mesma clientela²¹⁴ se houver um hiato temporal significativo entre os exibidores. Há produtos e serviços cuja obsolescência demarca recortes temporais que significam mercados²¹⁵ autônomos entre si.

212 Protagonizado por Michelle Pfeiffer, Mathew Broderick e Rutger Hauer, do ano de 1985, e produzido por Richard Donner.

213 Pode ocorrer fenômeno inverso como sói acontecer com os negócios jurídicos eletrônicos realizados comumente pelos aplicativos bancários: com a possibilidade de transferências bancárias, pagamento de contas, consulta de saldos (etc.) em qualquer hora ou dia da semana, a *simultaneidade* será sempre constatada entre os agentes econômicos deste setor.

214 MORATO, Antonio Carlos. *Direito de Autor em Obra Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46, o autor faz considerações interessantes sobre o produto audiovisual (do cinema) estar entre a lógica da arte e da indústria. Isto explica a causa pela qual o *bem* em si é infungível, mas pela sua reprodutibilidade técnica, terceiros poderem competir na exibição do mesmo bem em razão da sua ubiquidade.

215 “Allora non abbiamo, per rigore di logica, un mercato, ma tanti mercati quanti i concepibili contenuti delle norme ordinatrici” Tradução Livre: “Portanto, não temos, a rigor, um mercado, mas tantos

2.5 A Cronologia da Concorrência: transformações contemporâneas

Há, pelo menos, três hipóteses suscitadas nos costumes judiciais e na doutrina que colacionam maior complexidade na forma tradicional de se aferir o conceito de simultaneidade. A primeira delas (a) cuida de parcela da prudência jurisdicional que trata da chamada *possibilidade* de expansão comercial. Explica-se: imagine-se um agente econômico ('x') que tenha uma sociedade empresária especializada em *contabilidade*, enquanto um outro ('y'), perante o mesmo território, visa iniciar suas atividades no mesmo segmento. Se 'y' estivesse (1) com sérios e comprovados preparativos para se introduzir naquele raio para, também, (2) oferecer serviços de contabilidade, e, subitamente, (3) teve ciência de que 'x' o difamou (acusando-o de *amadorismo* ou que estivesse prestes a sofrer bancarrota) perante seus *possíveis* fregueses e clientes, teria tal conduta sido um ato *concorrencial*²¹⁶? Se a concorrência é tutelada, não apenas como fenômeno estático, enquanto circunstância dinâmica, seria possível se falar em *concorrente potencial*²¹⁷. Factualmente esta é uma hipótese delicada²¹⁸ cujo ônus da prova deve recair sobre quem alegar o ingresso no novo mercado, visto que uma interpretação extensiva do que seja *concorrência* poderá

mercados quanto sejam concebíveis os conteúdos do ordenamento jurídico". IRTI, Natalino. *L'Ordine Giuridico del Mercato*. Editori Laterza: Bari, 1998, p. 12.

216 É importante destacar que não se está cogitando se a conduta é conforme à juridicidade, já que – a princípio – qualquer dano injusto é suscetível de reparabilidade. O que se indaga é se a proveniência daquilo que *parece* injusto tem a característica de ter sido perpetrado em um contexto concorrencial.

217 "Aliás, é ao menos temerária, no direito brasileiro, a tese no sentido de que um concorrente potencial não possa prejudicar um concorrente atuante, incidindo em conduta típica de concorrência desleal" BRASIL, STF, 1ª Turma, Min. Sydney Sanches, RE 116089/RJ, DJ 07.03.1989. Em sentido parecido, mas enfocando o aspecto territorial: "O rival que só venda em certo Estado não pode competir com outro que tenha o campo de atividade circunscrito a território diverso, a menos que haja uma pretensão sua de futuro lançamento na área alheia. Aí, sim, haverá concorrência, pois não se afere exclusivamente pelo fator da efetiva clientela" DELMANTO, Celso, *Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 67. Ainda, vide DUVAL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1976, p. 403. No direito italiano com um belo resumo de todas as variáveis, mas ressaltando que a potencialidade competitiva deva ser *provável*, e não meramente possível, vide: GRAUSO, Maria P. *La Concorrenza Sleale. Profili di tutela giurisdizionale e presso le Autorità*. Milão: Giuffrè Editore, 2007, p. 23 e seguintes.

218 No sentido de que um concorrente vindouro (em um país com nível de desenvolvimento econômico próximo ao Brasil) goza de legitimidade (ativa ou passiva) para figurar em uma demanda sobre concorrência desleal, vide: NEETHLING, Johann. *South Africa*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 468.

manietar condutas – ou seja, porventura restringir ilegitimamente atividades tuteladas pelo direito geral de liberdade. Ou seja, aprioristicamente, não é a mera vontade²¹⁹ o que constitui o fato concorrencial.

A segunda hipótese (b) trata dos denominados *ciclos* retrô. Contemple-se o caso de um determinado produto tenha atingido determinado grau reputacional, mas diante de novos avanços tecnológicos ou modismos do público consumidor tenha sido descontinuado ou profundamente reduzido²²⁰. Entretanto, após algum tempo, espontaneamente consumidores voltem a demandar tais produtos ou serviços como algo *cultuado* ('cult'), a exemplo dos discos "Long Play" (LP, simpaticamente apelidados de 'bolachões'). *A priori* não haveria sincronia entre os produtos oferecidos no formato LP, ou *cassette*, perante a possibilidade de aquisição de *blue-rays* – por exemplo. Contudo, o retorno ao passado, o ciclo *dejá-vu* poderia resultar no *ressuscitar* de uma modalidade que havia sido tornada obsoleta e, portanto, ampliar o espectro competitivo. Por vezes os indivíduos reafirmam sua identidade pela utilização de bens e serviços que os remetem, psicologicamente, a períodos que entendiam por áureos em suas vidas.

Situação símile ocorre no setor automotivo. Por exemplo, nos anos de 1990, um dos veículos automotores mais vendidos no Brasil pela montadora Volkswagen era o modelo 'Voyage'. Perpassado certo 'frenesi' consumista sobre tal 'bem de natureza civil'²²¹ e reduzida a demanda por tal modelo, houve a cessação da produção e, portanto, do uso do signo distintivo. Após um interstício que superou uma década, o titular do bem de produção voltou a produzir o 'Voyage', com modificações ornamentais e utilitárias, já nos anos 2008. Seriam ambos os modelos (um de 1992, e agora o de 2008) igualmente concorrentes de um produto equivalente de outra montadora?! Uma leitura *expansionista* do fenômeno concorrencial poderia ofertar uma resposta positiva.

Nesta segunda variação de hipóteses, é necessário haver cautela com as circunstâncias dos chamados *itens* de colecionadores, pois, ainda que se esteja tratando de idêntica territorialidade, de produtos símiles, e de *atualidade* de atuação, é possível que a escassez do bem tenha alavancado o seu preço de modo exagerado. Oportunamente será avaliado se o *preço* pode ser fenômeno de óbice competitivo.

219 "Não é, porém, de aceitar esta opinião; porque a concorrência não resulta da intenção, mas sim dos fatos" PAES, Paulo Roberto Tavares. *Da Concorrência do Alienante do Estabelecimento Comercial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1980, p. 14, em um diálogo com a obra de Luiz da Cunha Gonçalves.

220 Exemplificativamente, a moda dos peões e ioiôs para infantes, ou de paletas mexicanas para o público em geral.

221 Que - diferentemente dos bens de produção - é intensamente tributado, a exemplo do IPI e do IPVA *in casu*.

Uma terceira hipótese contemporânea, que suscita críticas a uma leitura mais tradicional do que seja sincronia da concorrência, é relacionada ao fenômeno da *distintividade aquiescente*, ou em sua versão inglesa, *lingering goodwill*²²². Conforme explanado no item 2.4 acima, como regra, a extinção de um direito de propriedade sobre determinada marca aloca o signo à disponibilidade de eventuais interessados. Contemple-se, entretanto, um caso excepcional em que determinado originador/titular atingiu um renome tão forte, um liame psicológico de ‘fé’ na qualidade de seus produtos/serviços que nem mesmo a cessação de suas atividades fez que os *antigos* consumidores olvidassem tal *fonte*. Com o advento da extinção da exclusividade sobre o signo distintivo, mas mantido o peculiar liame mnemônico da antiga clientela, seria lícito, legítimo e *leal* a introdução de terceiro que viesse a se apresentar com aquele derradeiro signo no mesmo setor e território? Autores do peso de Ascarelli²²³ e Rodrigues²²⁴ tendem ventilar que a resposta a tal pergunta seria negativa.

222 “Quando a marca é forte, nem a falência ou os anos longe conseguem derrubá-la. A máxima de marketing está sendo confirmada pela Ika, marca paranaense de artigos em couro para viagem. Por quase setenta anos, a Ika vendeu malas, cintos, porta-niqueis para todo o Brasil e até chegou a exportar. Mas, em 1996, a empresa faliu. Mesmo longe do mercado por três anos, em 1999 a marca ressurgiu na forma de licenciamentos para produtos da mesma linha, amparada em pesquisa que lhe conferiu nada menos de 78% de recall” POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Direito Empresarial*. O estabelecimento e seus aspectos contratuais. Barueri, SP: Ed. Manole, 2006, p. 155.

223 “La cessazione (independentemente dal trasferimento del marchio) definitiva (73) da parte del titolare della produzione o del commercio dei prodotti ai quali il marchio si riferisce [v. art. 43, n. 2, 1. marchi; non importa però necessariamente cessazione definitiva, la dichiarazione di fallimento (74)], provoca (75), a sua volta, l'estinzione del diritto e forse più esattamente del bene, dato il venir meno di una connessione con un genere di prodotti al quale dovrebbe riferirsi l'efficacia distintiva. In quest'ultima ipotesi può domandarsi se il segno non possa poi da altri essere adottato come marchio e, come già per l'analoga questione in tema di ditta (e v. dei resto l'orientamento già ricordato dell'art. 100, 1. d. aut. in tema di testata del periodico), inclinerei a rispondere che ciò è possibile quando, pel decorso del tempo, il segno abbia riacquisito efficacia distintiva, abbia cioè perso la connessione con i prodotti che precedentemente indicava” Tradução Livre: “A cessação definitiva (independentemente da transferência da marca) (73) pelo titular da produção ou do comércio dos produtos aos quais a marca se refere [ver art. 43, n. 2, 1. marcas registradas; não importa, portanto, necessariamente, cessação definitiva, a decretação de falência (74)], provoca (75), por sua vez, a extinção do direito e talvez mais precisamente do bem, dada a perda de conexão com uma espécie de produtos aos quais a eficácia distintiva deve se referir. Neste último caso, a questão é saber se o sinal não pode então ser adotado por terceiros como marca e, como no caso da questão análoga relativa à empresa (ver a orientação já mencionada no artigo 100, 1. d. aut. relativa ao tema título da revista), tenderia a responder que isso é possível quando, passado o tempo, o sinal recuperou a sua eficácia distintiva, ou seja, perdeu a conexão com os produtos anteriormente indicados”. ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 3ª Edição, Milão: Editore Dott A. Giuffrè, 1960, p. 469.

224 “Por onde se conclue, à evidência, que é visando o interesse social, muito mais que ao donatário da marca sem registro — que a esta cumpre dar preferência nas questões de concorrência desleal. Estando

As três situações narradas devem ser vistas com extrema cautela, pois (a) ainda que o ordenamento jurídico tutela (art. 5º, XXXV da CRFB) os centros de interesse contra *lesões* (atos concretos ocorridos) e *ameaças* (risco às esferas jurídicas), movimentos pretéritos a atuação em determinado mercado constituiria puro ato preparatório ou uma legítima expectativa de direitos; (b) o fenômeno de culto ao passado, a edição de versões para colecionadores, ou o ato de restauração podem servir a expedientes enganosos²²⁵, ou seja, serem insuficientes para estimular a proatividade concorrencial que gera riquezas (tributáveis), emprego e inovação (através da superação que um agente econômico deseja impor ao outro); e (c) em tese o ordenamento jurídico não foi feito para tutelar os *inertes*²²⁶ ou meros especuladores.

2.6 A Identidade Objetiva: o estado da arte

Ao lado da superposição de *raios* territoriais, e de *sincronias* temporais, para se ‘diagnosticar’ uma hipótese de concorrência se faz necessário que os produtos ou serviços tenham *identidade objetiva*. Por exemplo, sob uma ótica maniqueísta, jamais se poderia tratar de *identidade* entre dois bens/coisas oriundos de sujeitos de direito diferentes²²⁷ visto que sempre haverá algum tipo de vicissitude, de variação qualitativa ou quantitativa microscópica. Como nos dizeres de Heráclito de Éfeso, “*nenhum homem pode banhar-se*

o público, ou seja, na: linguagem jurídica, a clientela, habituado a adquirir determinado produto sob certa denominação ou sinal distintivo de estabelecimento — é intuitivo- e meridianamente claro que o registro de idêntica denominação em nome de outrem, conduziria a mesma clientela em erro inevitável, gerando desastrosa confusão em tanta maneira nociva, a ponto de se não mais saber, seguramente, de onde provêm as mercadorias. Mas, não foi êsse o desejo dos legisladores; não é êsse o espírito da lei; não se coadunam com isso os princípios de moral jurídica” RODRIGUES, Clovis Costa. *Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Ed. Peixoto S.A, 1945, p. 133.

225 “Outra regra que deve ser aplicada à publicidade comparativa é que, quando se tratar de bens de consumo, a comparação deverá ser realizada com modelos fabricados no mesmo ano. A comparação entre modelos de anos diferentes não deve ser prática realizada pelos anunciantes até porque seria desleal comparar um produto mais moderno com outro mais antigo, já que este logicamente teve menos acesso à tecnologia e novos materiais do que o seu concorrente mais moderno” SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. *Publicidade Comparativa Regras e Limitações*. São Paulo: Ed. Lxltan, 2009, p. 48.

226 “A essência do direito é a realização prática” IHERING, Caspar Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Traduzido por João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1972, p. 82.

227 Ou seja, no extremo, exemplificativamente, só se poderia tratar de concorrência entre distribuidoras de um mesmo tipo de refrigerante, no mesmo dia, no mesmo bairro.

duas vezes no mesmo rio". Contudo, no ambiente dos conceitos concorrenciais e contemplando-se o contexto da sociedade de massas com a produção em escala de consumo, a identidade que se coteja é *funcional*.

Nesta senda, dois produtores de manteigas ('x' e 'y'), em funcionamento ao mesmo tempo, destinando a sua produção ao mesmo território, seriam concorrentes, ainda que os interlocutores pudessem perceber peculiaridades em cada um dos seus produtos como (i) quantidade, (ii) o tipo de bovino que produziu o leite, (iii) a receita (consequência do segredo de negócio), (iv) a quantidade de sal utilizada etc. Disputa-se a mesma clientela, ao menos em tese.

Surge então um novo agente econômico ('z') naquele mesmo mercado oferecendo um produto pastoso, de cor amarela, que igualmente serve para passar no pão, untar forma, ou usar em receitas para novos produtos, mas que consista em um tipo de margarina. Ainda que seja *cientificamente* equivocado falar-se em *identidade* entre manteiga e margarina – que o digam os renomados chefs da culinária francesa –, é possível se falar em certa *elasticidade*²²⁸ da identidade objetiva. Aqui, usa-se o conceito de elasticidade como relativa de *fungibilidade*²²⁹ de demandas, o que seria impossível de se imaginar em um conceito de *rivalidade* (vide capítulo 1).

Se dois produtores de manteiga certamente são concorrentes entre si na hipótese supra, e se um terceiro ('z') produtor de margarina pode ser visto *elasticamente* como competidor dos dois primeiros ('x' e 'y'), qual seria o limite para que – pelo mesmo critério – alguém considerasse um produtor de maionese ('w'), outro de pastinhas de salmão ('u'), um de patês ('t'), um de azeites ('r') e outro derradeiro de óleo de coco ('s') concorrentes de 'x' e 'y'? O critério de atendimento de demandas por produtos que – analogamente –

228 "A primeira das consequências do raciocínio marginalista decorre diretamente da própria definição (ou da forma principal de manifestação) do poder no mercado. Se esse poder manifesta-se através da possibilidade de aumentar preços, não basta observar uma grande participação percentual na produção total ou comercialização total de determinado produto para concluir que o agente tem poder no mercado. Mesmo uma empresa com grande participação nas vendas de determinado produto pode não ter qualquer poder de aumentar os preços. Basta que existam (a) vários substitutos para seu produto ou, então, (b) vários concorrentes prontos a entrar no seu mercado tão logo preços mais elevados tornem maiores as possibilidades de sucesso e de lucro daquele mercado. As letras "a" e "b" correspondem, respectivamente, aos conceitos microeconômicos de elasticidade cruzada da demanda (*demand cross elasticity*) e elasticidade cruzada da oferta (*supply cross elasticity*)" SALOMÃO, Calixto Filho. *Direito Concorrencial*, as estruturas. 2ª Edição São Paulo, Malheiros: 2002, p. 96.

229 Para a compreensão de como tal conceito é relevante ao direito econômico europeu, vide GHIROTTI, Enrico. *Il Patto di Non Concorrenza nei Contratti Commerciali*. Milão: Giuffrè Editore, 2008, p. 68.

respondem às necessidades de untar formas, se misturar com carboidratos, ou comporem receitas de bolos, seria ilimitado?

O outro extremo maniqueísta, que preceitua a expansão irrestrita da intercambialidade, é benquisto pelos agentes econômicos em mercados concentrados quando visam convencer a autarquia antitruste (CADE) a anuir com suas operações de aglutinação societária. *Verbi Gratia*, um gigante multinacional do ramo dos refrigerantes a base de cola para justificar sua aquisição de uma sociedade empresária nacional no ambiente de chás mate, poderia ventilar que o *mercado relevante* seria de toda e qualquer bebida não alcóolica (incluindo os sucos, extratos, leite, etc.).

Por tais razões, nem é acurado ventilar a inexistência de uma identidade objetiva – ao argumento de que nenhum bem é igual a outro –, de um lado, e, de outro, que praticamente tudo seria intercambiável diante de noções vastíssimas do que seja *alimento, transporte, entretenimento* etc.

Dentro de uma leitura de um *justo meio*²³⁰ entre tais extremos, entende-se que a identidade objetiva para efeitos da concorrência seria a da possibilidade de *substituição* das demandas. Assim, quanto maior a disparidade de características entre produtos e serviços, maior vai ser o ônus da prova daquele insatisfeito com o suposto ato concorrencial. Nesta senda, não há dificuldades em cogitar identidade objetiva entre duas lanchonetes especializadas em sanduíches, é possível haver relativa identidade objetiva entre uma lanchonete e uma pizzeria (ambas alienam produtos do tipo *fast food* com carboidratos e muita gordura) e é improvável haver identidade objetiva entre uma churrascaria e um restaurante especializado em comida vegana. Recusa-se assim “prudências” apriorísticas de respostas pré-fabricadas²³¹ e necessita-se de análises pontuais de cada caso concreto.

230 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. São Paulo: Ed. Edipro, 2007, p. 70.

231 “*Fixing the Facts - Much of the crucial adjudicative work is done in determining exactly what happened. How the facts are presented by the lawyers and how the judges decide what version to believe are often decisive in the final outcome. Although much is based on the availability and credibility of evidence, the main factual findings are often made with a strong eye on what the law considers important and relevant; the factual cloth is often cut to suit the legal purpose*” Tradução livre: “Corrigindo os fatos - Muito do trabalho decisório crucial é feito para determinar exatamente o que aconteceu. A maneira como os fatos são apresentados pelos advogados e como os juízes decidem em qual versão acreditar são frequentemente decisivos no resultado final. Embora muito seja baseado na disponibilidade e credibilidade das evidências, as principais conclusões factuais são, frequentemente, feitas com um

2.7 A Identidade Objetiva: novos paradigmas

Há certos contextos em que a complementariedade entre bens e serviços pode resultar em uma ótica *associativa* por parte do consumidor em que (a) haja um ganho recíproco entre agentes – não vinculados entre si –, ou (b) que produza um efeito de diminuição de uma determinada demanda, mas em que o extermínio de um significaria a bancarrota do outro. Sem prejuízo de tais hipóteses, também é útil anotar que (c) pelo desenvolvimento tecnológico e com o intuito de explorar novos mercados, é possível que um mesmo bem jurídico seja oferecido em recortes qualitativos diversos.

Imagine-se (a) que um (a1) produtor de eletrodomésticos de grande porte (geladeiras, freezers, máquinas de lavar) não consiga, por si só, dar conta dos mercados secundários (reparação, consertos e vistorias) e dependa (a2) de *serviços* de terceiros ‘autorizados’ para atender a demanda dos consumidores (não à toa existe o permissivo do art. 132, I, II e IV do CPI 1996²³²). Seria possível suscitar – sob o ponto de vista do núcleo de interesses dos consumidores – uma hipótese de *associação* lícita entre o terceiro e o fornecedor de eletrodomésticos. Assim, mesmo que um e outro não disputassem clientela, mas simbioticamente servissem aos mesmos consumidores, sob um recorte objetivo é simples enxergar certa superposição de gamas de atuação.

Não obstante, se (a1) conseguir ampliar sua atuação no mercado secundário de peças de reposição e de reparo de seus próprios produtos, a associação para com (a2) lhe deixará de ser benéfica e poderá – em verdade – lhe representar concorrência sob o perfil objetivo²³³.

olhar forte sobre o que a lei considera importante e relevante; o pano factual é frequentemente cortado para atender à finalidade legal” HUTCHINSON C, Allan. *Is Eating People Wrong? Great Legal Cases and How They Shaped The World*. New York: Cambridge, 2011, p. 218.

232 “Art. 132. O titular da marca não poderá: I - impedir que comerciantes ou distribuidores utilizem sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização; II - impedir que fabricantes de acessórios utilizem a marca para indicar a destinação do produto, desde que obedecidas as práticas leais de concorrência; III - impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 68; e IV - impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo”.

233 “Por exemplo: dois industriais de tratores são naturalmente concorrentes. Mas também podem ser rivais uma fábrica de fósforos e outra de isqueiros, já que são produtos diferentes, mas de serventia assemelhada. Igualmente, podem entre si competir o industrial e o comerciante, desde que suas

De outra monta, contemple-se uma hipótese (b) de (b1) uma fábrica de adesivos de nicotina voltados a utentes de tabaco que desejassem paulatinamente minimizar, até cessar, o consumo de um produto cancerígeno produzido pela (b2) indústria de cigarros. Seriam ambos concorrentes entre si? Note-se que apesar da expansão da clientela de (b1) poder – elemento condicionante – significar alguma minoração na clientela de (b2)²³⁴, se toda a clientela de (b2) e dos demais produtores de cigarros não vinculados ao último cessasse de consumir cigarros, é provável – teor determinante – que o primeiro não mais gozasse de clientela a explorar²³⁵. Ou seja, de um lado não haveria mercado para (b1) se (b2) não existisse e, de outro, uma parte do faturamento de (b1) depende de a vontade de usuários de tabaco deixarem de serem utentes de (b2). Portanto, quão maior for a clientela de (b2), maior será a possibilidade de sedução de consumidores para (b1). Trata-se de uma ‘dependência’ *abrasiva* de (b1) para com (b2).

Noutra senda, enquanto (b2) luta horizontalmente contra outros agentes econômicos produtores de cigarros para a manutenção da *fidelidade* do consumidor, também deseja que (b1) não seja bem-sucedido em lhe atrair a clientela. Há destarte, abrasão significativa entre (b1) e (b2), ainda que a hipótese de identidade objetiva entre agentes econômicos, que laborem com uma demanda contraposta (hedonismo de fumar/vontade de cessar o hábito-vício de fumo), sincronicamente, dentro do mesmo território possa não significar um perfil tradicional do que seja a relação jurídica de concorrência.

Por fim, imagine-se que (c) após uma obra literária ser criada o autor resolva alienar seus direitos econômicos em favor de uma editora (art. 28 e seguintes da Lei 9.610/98²³⁶). Uma vez titular dos direitos patrimoniais tal editora resolva disponibilizar o comércio de licenças de uso da obra em três versões: (c1) uma em e-book, disponível online; (c2) uma em versão física com capa mole, páginas finíssimas e letras miúdas; e (c3) uma versão com capa

atividades girem em torno de artigos análogos; o mesmo se pode verificar entre aqueles e o importador, exportador e representante, ou vice-versa” DELMANTO, Celso, *Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 67.

234 Partindo-se da premissa de que (b2) não angariasse clientela em velocidade mais rápida que (b1) reduzisse tal número do primeiro.

235 Particularmente se (b2) não mais adquirisse novos usuários.

236 LDA – “Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”.

dura, ilustrações, acabamento delicado e grã-fino. Neste contexto, ainda que o elemento principal seja o mesmo (a obra literária), as características para a utilização e os elementos acessórios são bastante díspares.

Tal disparidade pode fazer com que duas livrarias que vendam o mesmo bem principal (a obra literária), uma dedicada ao grande público e outra destinada aos frequentadores de um shopping center da elite econômica, não sejam concorrentes entre si.

Por fim, nota-se uma tendência crescente da segmentação da prestação de serviços e alienação de produtos com diferenciação, apenas, nos elementos anexos (a exemplo da mesma aeronave, trem ou navio que ofereça lugares destinados à primeira classe e às classes econômicas). É indubitável que não haverá identidade objetiva para o fenômeno concorrencial em tais hipóteses.

2.8 A Concorrência Concreta e o Fator Preço e Qualidade

Contemplados os elementos de existência de (i) uma pluralidade de sujeitos de direito, (ii) que estejam em um contexto patrimonial, e que (iii) tenham o *animus* de disputa, de busca do lucro; verificados os requisitos da (iv) territorialidade, (v) da sincronia temporal, e (vi) da identidade objetiva; sob o ponto de vista da doutrina tradicional, ao menos hipoteticamente se poderia falar em concorrência.

Apesar de a abordagem utilizada segmentar, propedêuticamente, os requisitos *território, tempo, escopo*, com relação ao fator *preço*, não se ignora a inter-relação do critério econômico-pecuniário para com os demais. Por exemplo (a) uma sociedade empresária que explore um posto de gasolina pode ser considerada *territorialmente* concorrente – não apenas – de outras instaladas no mesmo bairro, mas até de estabelecimentos congêneres situados em bairros lindeiros, desde que no último caso não haja aumento significativo de *custo* (tempo e/ou combustível) para os eventuais consumidores; (b) uma sociedade empresária que atue em um mercado comunicacional ou de inteligência competitiva será considerada concorrente daquelas outras que, simultaneamente, estão produzindo e investigando notícias, mas também daquelas que laboram com informações vetustas (recicladas, *off time*), se o destinatário final não tiver prejuízos com a assimetria temporal (podem estar mais vinculados à qualidade dos dados do que a celeridade deles); e (c) em geral há uma correlação predo-

minante entre o escopo/objeto da relação jurídica comercial e o preço praticado pelo alienante, no tocante ao fator qualidade (ou seja, costuma-se haver vinculação entre o aumento de qualidade e a majoração de preços).

Não obstante, há quem²³⁷ ventile que o preço²³⁸ seria um critério adicional e pertinente para diferenciar a *concorrência em tese* da *concorrência efetiva*²³⁹. Por sinal, nem sempre o empenho de preços inferiores²⁴⁰ (imaginem-se dois distribuidores que vendam o mesmo produto) significará²⁴¹ algum tipo

237 “Se apesar de reunida a tríple *fattispecie* imperativa à deflagração da concorrência, houver uma disparidade considerável de montantes estipulados como valor do bem/serviço, não se estará diante da concorrência *real*” BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *E-stabelecimento*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2018, p. 92.

238 “Produtos que para os consumidores servem absolutamente para o mesmo uso podem não ser substituíveis se a diferença de preço entre eles for muito grande” SALOMÃO, Calixto Filho. *Direito Concorrencial*, as estruturas. 2ª Edição São Paulo, Malheiros: 2002, p. 114. O autor, entretanto, não contempla o preço como único ou mesmo o melhor critério.

239 “Por isso mesmo, o Decreto nº 4.327, de 22 de maio de 142, ao circunscrever a licitude da denominação cognac, no vernáculo conhaque, às bebidas do gênero, fabricadas na base de frutas (laranja, caju) ou alcitrão, tornou-se letra morta, o que se confirma pelos conhaques Dreher e Georges Aubert, vendidos no varejo a Cr\$ 7,50 e 7,60, e, mais recentemente, o Duvalier, lançado em dezembro de 1971 a Cr\$ 19,00. Ora, em tal emergência, o preço de venda torna-se o critério definitivo a apuração da pretendida Concorrência Desleal por falsa indicação de procedência. Realmente, quando se apura que o preço de venda do legítimo Cognac Remy Martin é no “Lidador” ou no “Pardellas”, no Rio, respectivamente, de Cr\$ 150,00 e Cr\$ 140,00, a atestar toda uma linha ou classe de consumidores, insusceptível de ser iludida ou induzida em erro e confusão, não se pode hesitar quanto à proveniência nacional do Dubois a Cr\$ 13,90 a garrafa!” DUVAL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1976, p. 175.

240 “Consequentemente, a utilização dos preços mais favoráveis para fins de conquista da clientela é uma atitude conforme aos princípios fundamentais da concorrência. Não poderia ser qualificada como concorrência desleal. Também aqui, não basta que se venda a preços mais baixos que os outros. O concorrente que diminua a sua margem de lucro não faz concorrência desleal. E se, fazendo-o, consegue sobreviver, ainda que seja à custa dos restantes, não pode ser condenado por isso. Neste caso, mesmo que tenha a intenção de eliminar um concorrente é irrelevante. No caso extremo, a empresa que, por melhor apetrechada, consegue praticar preços que eliminam do mercado concorrentes que os não podem acompanhar, não pratica concorrência desleal. Pode essa eliminação ser uma consequência fatal, mas não tem nada de condenável. O melhor venceu (ou o mais forte)” ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, 585.

241 “(...) em virtude de supostamente praticar preços muito abaixo do mercado, a análise dos orçamentos juntados com a inicial permite afirmar que não merece guarida a tese autoral. É que, embora os preços praticados pela requerida sejam, realmente, inferiores aos da autora, não há prova de que os valores sejam deficitários, levando-se em consideração a realidade do mercado” BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 17ª Câmara Cível, Des. Eduardo Marine da Cunha, AC 1.0024.06.986115-1/001(1), DJ 09.05.2008.

de ato de deslealdade²⁴². Imagine-se um mercado em que (i) haja agentes econômicos que formulem preços mais elevados em virtude da *força* reputacional de seus signos distintivos, enquanto outros pratiquem preços mais próximos ao custo marginal já que não gozam do mesmo prestígio²⁴³; (ii) haja agentes econômicos que decidam alienar produtos abaixo do preço de custo, visto que sofrem com problemas de estocagem, estão em problemas financeiros graves e precisam fazer caixa, ou saibam da iminente obsolescência de tal produto; ou mesmo (iii) que a redução de preços seja uma forma de fazer frente (quase como uma legítima defesa) a um concorrente que passou a praticar descontos substanciais²⁴⁴. São situações exemplificativas em que a prática de preços inferiores pode ser absolutamente legal e legítima.

Aliás, em mercados com (a) substancial fungibilidade do bem prestado, (b) baixa assimetria informacional quanto os dados fornecidos pelos agentes econômicos concorrentes, e/ou (c) ausência de maiores custos na troca de fornecedores, qualquer variação de preço pode ter altíssimo impacto concor-

242 “Na luta pela conquista dos mercados e, especialmente, pela preferência do público consumidor, os louros da vitória deveriam caber aos que oferecessem os melhores artigos pelos preços mais razoáveis. Produzir e vender o melhor pelo preço menor havia de ser o lema dos que se propusessem alcançar os mais satisfatórios resultados” FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de Direito Comercial*. Volume 7º, São Paulo: Ed. Saraiva, 1962, p. 239.

243 “*Firms with strong trademarks (lower Hs) will command higher prices for their brands not because of any market power but because the search costs associated with their brand are lower*” LANDES, William M & POSNER, Richard Allen. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. EUA: Harvard University Press, 2003, p. 176. Traduzido livremente para: “Sociedades titulares de marcas fortes irão demandar preços mais caros em virtude de sua reputação, não em virtude de um poder de mercado, mas porque os custos de transação associados são menores”.

244 “*Scope of Permissible Competitive Response The meeting competition defense permits a seller to respond to a pricing system of a competitor, as well as to specific isolated prices. Thus, it is lawful to match prices by granting discounts to all buyers within a given territory, if the seller has a good faith belief that this is what its commercial rival is doing. It is also permissible to drop prices to the level charged by a competitor in order to obtain new customers as well as to retain old customers. Falls City Industries v. Vanco Beverage, Inc., 460 U.S. 428, 103 S.Ct. 1282 (1983)*” Tradução livre: “Escopo da resposta competitiva aceitável. A defesa da concorrência permite que um vendedor responda a um sistema de preços de um concorrente, bem como a preços isolados específicos. Assim, é lícito igualar os preços concedendo descontos a todos os compradores de um determinado território, se o vendedor acreditar de boa-fé que é isso que seu rival comercial está fazendo. Também é permitido baixar os preços para o nível cobrado por um concorrente, a fim de obter novos clientes, bem como reter clientes antigos. *Falls City Industries v. Vanco Beverage, Inc., 460 U.S. 428, 103 S.Ct. 1282 (1983)*” SCHECHTER, Roger E. *Unfair Trade Practices & Intellectual Property*. 2ª. Edição, United States of America: Black Letter Series, 2002, p. 234.

rencial²⁴⁵. Imagine-se que uma companhia aérea esteja em uma situação com razoável variedade de concorrentes para um mesmo trecho de voo, e que, visando explorar uma promoção relâmpago para promover suas dificuldades de caixa-, pratique preços substancialmente menores que os dos concorrentes. Pela relativa democratização do acesso à internet e pelo advento de ‘e-stabelecimentos’ especializados em comparação de preços, há enormes chances de tal conduta sensibilizar consumidores e obnubilar – ao menos enquanto durar a promoção – a efetiva concorrência para com os demais agentes econômicos que permaneçam praticando preços substancialmente maiores. Preços são tão importantes para efeitos concorrenciais que podem, inclusive, obstar a prática de publicidade comparativa²⁴⁶.

Por sinal, há situações em que o contraste de preços pode manietar as chances de haver deslealdade competitiva exatamente por inexistir efetiva concorrência, ou seja *abrasividade* concreta. Contemple-se as situações hipotéticas seguintes: (1) o restaurante de especialidades árabes Manish que é sediado na Rua Horácio Lafer, Itaim Bibi, perante a casa gastronômica Habib's, sediada a alguns metros da primeira na Rua Afonso Braz, na Vila Nova Conceição, ambos localizados no município de São Paulo; (2) o restaurante focado na produção de comida sino-nipônica Mr. Lam, sediado na Rua Maria Angélica, Jardim Botânico, para com a casa gastronômica China In Box, sediado na Rua Conde de Irajá, Botafogo, ambos localizados no município do Rio de Janeiro; ou (3) o restaurante direcionado a produção da comida peninsular Barolo, sediado na Av. Silva Jardim, no bairro do Batel, para com a casa gastronômica Spoleto, sediado na Av. Cândido de Abreu, no Centro Cívico de Curitiba. Em todos os exemplos supra há substantiva proximidade dos estabelecimentos comerciais, inclusive no tocante a

245 Tais variáveis são bem exploradas em BESANKO, D. & DRANOVE, D. & SHANLEY, M. & SCHAEFER, S. A *Economia da Estratégia*. Traduzido por Christiane de Brito. 5ª Edição, Campinas: Bookman, 2012, p. 51.

246 “A limitação não deve limitar-se ao ano de fabricação. O preço também é fator limitador da comparação. Caso um produto comparação possua um preço muito elevado ou de nível pecuniário desigual ao de seu concorrente, a comparação só será permitida se a desigualdade estiver ostensivamente indicada no anúncio. Esta prática é usual no ramo automobilístico. Um anunciante compara o seu veículo com marcas mais famosas e renomadas (BMW, Jaguar, Mercedes Benz) para, ao final, afirmar que o dele possui os mesmos componentes (sic) tecnológicos dos comparados só que por um preço infinitamente menor” SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. *Publicidade Comparativa Regras e Limitações*. São Paulo: Ed. Lxtlan, 2009, p. 48.

superposição de entregas em domicílio; todos funcionam sincronicamente; e há a identidade não apenas de participarem do mesmo gênero de mercado (serviços alimentícios), mas inclusive do tipo gastronômico provido (comida árabe, sino-nipônica e italiana, respectivamente).

Independentemente de quem gozasse de antiguidade no estabelecimento de sua sede, é improvável que a inauguração do agente econômico júnior naquele raio geográfico tenha afetado a sua clientela. Tal assertiva é realizada ainda que não tenha havido qualquer variação do número de pessoas que façam refeições naqueles bairros, visto que a disparidade de preços (e de qualidade nos bens) é tamanha que se pode dizer que não haverá elasticidade para com o consumidor de cada tipo de serviço. Nos três exemplos supra, os primeiros restaurantes praticam preços acessíveis apenas à aristocracia, enquanto os derradeiros têm como alvo a camada popular. O destinatário final, nos casos narrados, acaba sendo *selecionado* pelo fator preço e, se os sujeitos de direito acima mencionados fossem, respectivamente, cambiados por uma loja de roupas elitizada (Gucci, Pucci e Dolce & Gabbana) e por outro estabelecimento dirigido a vestuário popular (C&A, Hering e Renner) não se enxerga qualquer alteração das premissas.

Em um famoso precedente do Pretório Excelso, uma sociedade empresária nacional acusou uma companhia de origem estrangeira (que expandira sua atuação para o Brasil) de deslealdade competitiva. Os dados incontroversos davam conta que: (a) ambas atuavam no setor de indumentária, (b) com a hipertrofia de raio de atuação, a companhia francófona – júnior no mercado nacional perante a companhia sênior brasileira – passou a ter superposição geográfica com a sociedade nacional, e (c) a pretensão foi intentada quando ambas passaram a coexistir no mesmo território. Uma situação jurídica objetiva adicional trouxe uma coloração especial ao caso, visto que ambas faziam uso do signo distintivo de igual grafia (“Hermes”), ainda que se pudesse ventilar uma ligeira alteração sonora na pronúncia do termo oriunda do deus grego de paroxítone (no caso da brasileira) para oxítone (no caso da francesa). Em síntese, o Órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal decidiu que as qualidades dos bens, e, portanto, seus preços²⁴⁷, seriam tão díspares, que não

247 Sobre disparidades relevantes no preço como fatores que precatam hipóteses de confusão competitiva vide CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las & PALAZZI, Pablo & HERRERO, Andrés Sánchez & SEREBRINSKY, Diego H. Derecho de la Competencia Desleal. Buenos Aires: Heliasta, 2014, p. 310.

haveria qualquer chance concreta de *confusão* de públicos, o que eliminaria a existência de efetiva concorrência²⁴⁸.

É possível absorver um critério virtuoso na lide adjudicada ao não restar satisfeito para a constatação *concreta e efetiva* da situação jurídica de concorrência apenas os elementos (pluralidade de agentes + relação patrimonial) e requisitos clássicos (território, tempo e escopo). Entretanto, há um fator que não pode ser ignorado quando se analisa – sempre em retrospectiva e com a liberdade acadêmica – se o resultado seria o mesmo se quem fosse imputado de concorrência (e deslealdade) fosse uma companhia brasileira, por pedido da renomada sociedade empresária francesa. Pelo princípio da isonomia quer-se crer que o importante em uma ação judicial seja o direito objetivo, mas jamais a capacidade econômica, o nome ou renome das partes.

2.9 Conclusão

Os perfis da concorrência contam com elementos, requisitos e um fator para serem verificados. Expostos os teores do contexto tradicional e do contemporâneo do que seja o fenômeno concorrencial, mister sumarizar este capítulo com um diminuto quadro sinótico.

ELEMENTOS	Pluralidade de Agentes	Contexto Patrimonial	<i>Animus</i> Competitivo
REQUISITOS TRADI- CIONAIS DE IDENTI- DADE DA CONCOR- RÊNCIA EM TESE	Território	Tempo	Objeto
CONTEXTOS CON- TEMPORÂNEOS DA CONCORRÊNCIA EM TESE	Ubiquidade Terri- torial no Comér- cio Eletrônico	Distintividade Aquiescente e Concorrência Potencial	Elasticidade Ob- jetiva, Variações Qualitativas sobre o mesmo bem
FATORES PARA A CONSTATAÇÃO DA CONCORRÊNCIA EM CONCRETO	-	Qualidade	Preço

248 “(...) também se afigura duvidoso se os produtos de fabricação de sua casa-matriz francesa (...), ilustrados no catálogo (...) por seu notório e indiscutível grau de sofisticação, são conhecidos por uma parcela maior dos consumidores locais do que os artigos identificados com a marca Hermes” BRASIL, STF, 1ª Turma, Min. Sydney Sanches, Rex 115820-4, DJ 19.02.1993.

Vistos alguns recortes pretorianos e doutrinários sobre o ambiente concorrencial no contexto das relações privadas, no próximo capítulo tal investigação será aprofundada com o discernimento da *concorrência ilícita*, da *concorrência interdita* e da *concorrência desleal*.

De pronto, entretanto, é preciso frisar que os denominados *perfis contemporâneos* da concorrência ainda não foram suficientemente testados pela práxis e bem apurados pela jurisprudência para serem considerados como critérios tão seguros ao lado da tradicional trilogia de requisitos (tempo, escopo e geografia). Aliás, a restrição ou a ampliação excessiva do que seja o fenômeno concorrencial pode servir para (a) ilegitimamente coactar liberdades e faculdades; ou (b) legitimar práticas desleais e desproporcionais sob o manto da inexistência competitiva.

(3) A Trilogia das Vedações Concorrenciais

3.1 Introdução; 3.2 Da Juridicidade Conglobante; 3.3 Da Concorrência Ilegal; 3.3.1 Célebre Análise Sistemática do art. 195 da Lei 9.279/96; 3.3.2 A Caracterização da Concorrência Ilegal de Tipicidade Fechada; 3.3.3 A Caracterização da Concorrência Ilegal de Tipicidade Aberta; 3.4 Da Concorrência Interdita; 3.4.1 Limites Cronológicos, Espaciais, de Escopo e Subjetivos da Concorrência Interdita; 3.4.2 Vetores e Contra-dições da Interdição Competitiva; 3.5 Da Concorrência Desleal; 3.5.1 Uma *fattispecie* por exclusão; 3.5.2 Uma compreensão *positiva* do fato gerador da Concorrência Desleal; 3.5.3 Concorrência Desleal e a Amplitude de Incidência; 3.6 Conclusão

3.1 Introdução

O sistema econômico-político do capitalismo tem no ferramental da *concorrência* uma de suas balizas primordiais para a promoção da autonomia privada, para maximizar o acesso aos bens²⁴⁹, bem como para catalisar a legítima circulação regular de riquezas – o que, por sua vez, majora a perspectiva da receita tributária. Pela incidência da regra e do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CRFB), cabe às autoridades constituídas o dever de resguardar²⁵⁰ um ambiente em que agentes econômicos não sejam favorecidos perante outros, em situação símile, na disputa da mesma clientela. Em outras palavras, a *concorrência* é a premissa maior (goza de uma preferência²⁵¹ diante de uma situação *gris*) da qual eventuais obstáculos à sua realização são

249 PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil Na Legalidade Constitucional*. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 417.

250 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A Ordem Jurídica e a Economia*. Brasília: Revista do Serviço Público, volume 110, número 2, abril-junho de 1982, p. 93. Consignando o protagonismo do Estado brasileiro na criação e na participação dos mercados. Agradeço ao Prof. Dr. Gabriel Schulman pela indicação de leitura do texto.

251 Sobre posições preferenciais (como valores) no Direito, vide FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução Ao Estudo Do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 6ª Edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2012, p. 86.

vistos como incidentes de matiz delimitada, restritiva e de interpretação *cum granum salis*.

Sem prejuízo de antecipar o debate que será explicitado no capítulo pertinente ao contraste entre os arquétipos da liberdade de iniciativa perante a liberdade da concorrência; os vetores de condução jurídica dos *mercados relevantes* levam à soma de tais princípios como corroboradora da conclusão de que, *a priori*, concorrer é um direito²⁵² de quaisquer sujeitos²⁵³. Cabe aos interessados ingressarem nos mercados que lhes aprouverem (e pelo tempo que assim o desejarem), e não há resguardos aos que *criaram novos mercados* (a exemplo do que a telefonia celular significou perante o sistema dos *paggers*) contra o ingresso de novos agentes econômicos.



252 Com o mesmo raciocínio, porém adaptado às características estadunidenses, vide LANDES, William M & POSNER, Richard Allen. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. EUA: Harvard University Press, 2003, p. 21.

253 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Comentário* (ao Julgado BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 3ª Câmara de Alçada Criminal, Des. Silva Franco, Apelação em Queixa Crime 185.143, julgado em 06.07.1978). São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 41, janeiro-março de 1981, p. 132, frisa que a tutela da concorrência desleal - mesmo no ambiente penal - interessaria "preponderantemente aos comerciantes" e, indiretamente, aos "interesses do mercado como um todo". O julgado comentado, aliás, narra que o bem jurídico tutelado seria a própria liberdade de competir. Ou seja, competir é um direito.

Tal assertiva não ignora a existência de (1) maior ou menor atuação estatal através de licenças, autorizações, permissões e concessões²⁵⁴; (2) barreiras financeiras ou econômicas, estruturais ou estratégicas²⁵⁵ à entrada de novos agentes; ou mesmo (3) a dificuldade que sociedades empresárias hipossuficientes²⁵⁶ logram para sobreviver em um nicho por tempo suficiente a fim de conseguir lidar com as complexidades mercantis, a velocidade da obsolescência²⁵⁷ e a necessidade de se adquirir distintividade.

Como quase²⁵⁸ todo direito, contudo, a *liberdade* para a *concorrência* precisa ser submetida aos controles²⁵⁹ *exógenos* ao individualismo dos agentes da competição, seja pela heterorregulação (Estatal²⁶⁰) ou mesmo pela autorregulação (a exemplo do renomado caso do CONAR). Tal necessidade de *vigilância* se faz necessário para proteger²⁶¹ os núcleos de interesse distintos do indivíduo concorrente²⁶², exatamente pelo vínculo poliédrico típico havido quando se está diante de um liame de mercado. Ou seja, até mesmo o importante instrumento da concorrência pode ser um veículo para ilegalidades, abusos,

254 Para uma análise detida sobre a atuação forte dos Poderes constituídos com relação à liberdade de iniciativa, vide MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª Edição atualizada por Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 198.

255 BESANKO, David & DRANOVE, D. & SHANLEY, M & SCHAEFER, S. *A Economia da Estratégia*. Traduzido por Christiane Brito. 5ª Edição, Porto Alegre: Bookman, 2012, p. 314.

256 Sobre a importância de tal pluralidade de grandezas societárias na composição de um determinado mercado, vide FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 133.

257 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 25.

258 Apesar dos clichês manualísticos de que não haveria que se falar em *direitos absolutos* – e aqui não se ventila da conhecida oponibilidade absoluta típica dos direitos reais e dos valores da personalidade –, não se conhece ponderação (compatível com a Ordenação Pátria) sobre a vedação à tortura e à escravidão. Ou seja, ainda que a maioria dos direitos sejam, de algum modo, ponderáveis, há alguns que não o são.

259 No sentido de que a regulação não é oposta a concepção de liberdade, mas necessária à mesma: SINGER, Joseph William. *No Freedom Without Regulation*. The Hidden Lesson of the Subprime Crisis. Londres: Yale University Press, 2015, p. 4.

260 Defendendo ser papel o do Estado, e não da iniciativa privada, garantir a concorrência *leal*, vide: STIGLITZ, Joseph Eugene. *O preço da Desigualdade*. Traduzido por Dinis Pires. 2ª Edição, Lisboa: Bertrand, 2016, p. 91.

261 IRTI, Natalino. *L'Ordine Giuridico del Mercato*. Editori Laterza: Bari, 1998, p. 13.

262 Sobre a ocorrência de diversidade de interesses entre consumidores e concorrentes, vide SALOMÃO, Calixto Filho. *Direito Concorrencial*, as estruturas. 2ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 37.

desvios, ou para a tendência à concentração irrazoável do poder econômico; tal como o manuseio de um objeto cortante poderá ser uma ferramenta útil à construção, ao cozinhar, à defesa pessoal ou mesmo ao mundo do crime.

Levando-se em conta o fato de que o *capitalismo selvagem* pode levar à ‘antropofagia’ econômica, o ‘darwinismo’ jurídico²⁶³ e às hipertrofias das searas mais fortes, em certos contextos a Ordenação jurídica contemplará formas de *ilicitude concorrencial*. Fato é que se muito pode ser feito no ambiente da abrasão econômica, nem tudo pode ser tolerado ou realizado: não se trata de uma disputa de “vale-tudo”²⁶⁴ ou de uma anomia contextual.

Para compreender as disparidades das *fattispecie* que resultam nas hipóteses de manietação *competitiva* no ambiente patrimonial, é necessário enfrentar um teor exposto com enorme logomaquia²⁶⁵. A confusão terminológica²⁶⁶ incidente sobre a matéria por vezes (i) advém das fontes normativas produzidas pelo Poder Legiferante munidas de molduras atécnicas, (ii) ocorre pela tendência à importação irrefletida da produção doutrinária (*soft power*) alienígena²⁶⁷, e, ainda, (iii) é resultado de lides dirimidas pelo Poder Judiciário com certa *flexibilização* na nomenclatura dos institutos em xeque²⁶⁸.

263 Sobre como uma regulação de fito liberal pode facilitar a hegemonia dos mais fortes economicamente, vide LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p. 4.

264 No mesmo sentido, vide FORGIONI, Paula Andrea & CAMILO JÚNIOR, Ruy. *Marca, Concorrência e Jurisdição*. Org. BIANCHI, José Flávio & PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça & ALVIM, Teresa Arruda. *Jurisdição e Direito Privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 541.

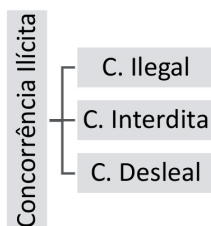
265 Em sentido oposto e favorável a sinonímia, vide BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria e prática da concorrência desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva 1989, p. 38. No funtor de discernir a concorrência ilegal da desleal, vide FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de Direito Comercial*. Volume 7º, São Paulo: Ed. Saraiva, 1962, p. 244.

266 “Para que possa cumprir suas funções sociais, a linguagem não pode ser desordenada” OLIVERCRONA, Karl. *Linguagem Jurídica e Realidade*. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005, p. 58.

267 “Ao contrário de se meditar sobre direito estrangeiro, para fecundar um estudo crítico de nossas instituições, “escritores” apressados transplantam sem critério institutos, problemas e “soluções” que nada têm a ver com nosso Texto, ou com nossas peculiaridades” ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2º Edição, 3º Triagem, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 20.

268 Vale a menção elogiosa para a tendência a especialização dos Juízos Estaduais e Federais em matéria de propriedade intelectual, tal como se observou nos Juízos de Direito (TJRJ e TJSP com as Varas Empresariais), na segunda instância de Tribunais de Justiça (TJSP, com as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial), e na Jurisdição Federal Comum (TRF-2 em primeira e segunda instâncias).

Em síntese, o presente capítulo se destina ao estudo comparativo (a) da concorrência ilegal; (b) da concorrência interdita; e (c) da concorrência desleal, enfocando nas disparidades de seus marcos teóricos, nas suas diferenças regulatórias e nas consequências de tais peculiaridades a ponto de merecerem tratamento hermenêutico próprio e díspar²⁶⁹. Desta forma, ao final do recorte havido sobre a *trilogia das vedações* ou *terzetto das ilicitudes* competitivas, se explanará o modelo pertinente ao diagrama abaixo²⁷⁰:



Contemplando-se, todavia, os modelos regulatórios ocidentais que tangenciaram as *vedações* concorrenciais *lato sensu*, percebe-se que (i) alguns deles foram fincados em um sistema *conceitual e cerrado* de regras jurídicas proibitivas; (ii) outros pautaram-se em uma cláusula geral²⁷¹ contra os *desvios* à juridicidade competitiva; e, ainda, (iii) alguns criaram um regime híbrido reunindo pontos do item (i) com o item (ii)²⁷².

Tal tem servido ao aumento da tecnicidade ao *julgar*, bem como ao diminuir o uso inadequado de expressões jurídicas no *obiter dictum*.

269 Há, no entanto, quem faça uso de uma classificação dicotômica contendo, apenas, a hipótese de concorrência desleal ou a da infração à ordem econômica: CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. *Uma Breve Análise sobre a Interface entre Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, número 124, Mai/Jun, 2013, p. 40. Não é este o entendimento seguido no presente texto, inclusive pelas distinções próprias cabíveis ao fenômeno dos direitos de exclusividade. *Mutatis mutandi*, se concorda com a classificação utilizada por COMPARATO, Fábio Konder. *As Cláusulas de não-concorrência nos "Shopping Centers"*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 97, janeiro-março de 1995, p. 27.

270 Fazendo uso de classificação muito símile, vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo XVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 208.

271 Para uma crítica apurada sobre as externalidades negativas das cláusulas gerais no CC/2002, vide SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e Decadência: início dos prazos*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 153.

272 Com precisão CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las & PALAZZI, Pablo & HERRERO, Andrés Sánchez & SEREBRINSKY, Diego H. *Derecho de la Competencia Desleal*. Buenos Aires: Heliasta, 2014, narram os principais modelos regulatórios sobre o tema mundo afora.

Como será exposto, entretanto, o Brasil adota a simultaneidade de um regime fechado com elementos de flexibilidade normativa. Aliás, nota-se uma carência de cautela, por parte do Legislador brasileiro, ao visar hipertrofiar o sistema com a edição de enunciados munidos de princípios e valores, a exemplo do sistema da *boa-fé objetiva*, da *função social* e da tutela contra o *abuso do direito*²⁷³ - que não deixariam de incidir ainda que inexistissem os preceitos dos artigos 421, 422 e 187 do Código Civil de 2002.

Ou seja, se a ordem, a sistematicidade e a boa técnica fossem utilizadas pelo poder legiferante, o dever-ser denota que (a) as hipóteses das *ilegalidades competitivas* deveriam estar circunscritas a teores conceituais firmes, com teores *objetivamente* proibidos (sejam aquelas típicas ao direito antitruste ou à abrasões mais singulares); (b) as hipóteses das *interdições competitivas* não deveriam receber qualquer tipo de superposição das *ilegalidades competitivas* e estarem delimitadas ao direito subjetivo *stricto sensu*; e (c) as hipóteses de *deslealdade competitiva* não careceriam de regulação via direito formal para constituírem sua *fattispecie*, bem como seriam consequência de fontes materiais do Direito. Entretanto, em adaptação da crítica formulada na famosa obra “Carnaval Tributário” de Alfredo Augusto Becker²⁷⁴, o que se constata é uma *Micareta Concorrencial* nos editos normativos brasileiros.

3.2 Da Juridicidade Conglobante

Os valores pós-positivistas (seja de uma leitura clássica das disciplinas típicas do chamado Direito Público, ou mesmo no ambiente Privado que é pertinente ao presente texto) impactaram na Teoria Clássica das Fontes do Direito²⁷⁵. O desenvolvimento de uma ótica de que ao lado das regras há outros matizes (princípios, postulados, valores, contextos, costumes etc.), quase tão importantes quanto para fins da construção hermenêutica da norma, permite ao intérprete a compreensão de que a *legalidade estrita* atende à eventual in-dagação sobre se um determinado ato é *conforme* ou *antagônico* aos direitos-

273 Fazendo um paralelo do instituto do *abuso* do exercício dos direitos para com a doutrina religiosa de Paulo (“*Non omne quod licet honestum est*”), vide BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. *El Abuso del Derecho*. 2ª Edição, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970, p. 14.

274 BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval Tributário*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. LEJUS, 1999.

275 SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2013, p. 123.

-textos. Isto em nada afasta o fato de que o estudo do Direito tem na abordagem dogmática, na análise das regras, um dos seus fatores protagonistas²⁷⁶.

Tal controle de endosso à *positividade* não basta na contemporaneidade cuja história recente registrou atos de *legalidade* despida de qualquer fumaça de *legitimidade*²⁷⁷. Por exemplo, é possível se cogitar um direito-texto que fosse produto da atenção *formalista* dos procedimentos de edição de um conjunto de regras, ainda que tal produção adviesse de fatores reais de Poder que assumissem o Estado através de um *coup d'Etat*. De outro lado, àqueles adeptos de um maniqueísmo de que a *legitimidade*, a justiça distributiva, poderia ser imposta ao arrepio da forma, restariam diante de um produto legítimo, mas ilegal. Na rica produção doutrinária dos adeptos do *procedimentalismo*²⁷⁸ (em geral com protagonismo da *legalidade*) perante aqueles tantos que subscrevem uma ótica predominantemente *substancialista*²⁷⁹ (com ênfase na *legitimidade*), em uma utopia não haveria de se cogitar *situação jurídica* sem a mútua participação dos recortes epistêmicos.

Entretanto, é, ainda, possível se suscitar uma terceira situação jurídica em que mesmo (a) um corpo legitimamente eleito de congressistas, que (b) editassem fontes normativas que respeitaram todo o devido processo legislativo-formal (portanto legal), poderiam ter produzido (c) um teor que não respeite a função promocional do Direito, tendendo a soluções injustas, sem *meritevolleza*²⁸⁰. Nota-se que a *legalidade* e a *legitimidade* atuam – em essência – no momento *ex ante* da produção normativa, carecendo-se, ainda, realizar algum tipo de verificação *ex post*²⁸¹. Portanto, ao lado da legalidade estrita e da

276 SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 13.

277 Sobre a relevância da legitimidade junto a legalidade, vide LYRA FILHO, Roberto. *O que é o Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 10.

278 BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 11.

279 Uma narrativa minuciosa sobre tais 'recortes epistêmicos' pode ser encontrada em STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica Da Construção Do Direito*. 10ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 52.

280 Sobre o conceito de *mérito* da tutela, vide ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 3ª. Edição, Milão: Editore Dott A. Giuffrè, 1960, p. 714.

281 SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 50.

legitimidade, o Direito visto sob a ótica pós-positivista também se preocupa com o *controle* de mérito²⁸² da aplicação concreta das formas de se prevenir e de se dirimir conflitos já havidos. Ou seja, o Direito enquanto fonte de regulação do comportamento humano carece de boa, justa e proporcional aplicação.

3.3 Da Concorrência Ilegal

Tendo-se em conta que as expressões *licitude* e *liceidade* (diversidade de fontes + regras-texto) são mais amplas²⁸³ do que o signo *legalidade* (regra, comando positivo), compreende-se que toda forma de *concorrência ilegal* é um tipo de *concorrência ilícita*. De outro lado, nem todo tipo de *ilicitude concorrencial* será necessariamente ilegal (Concorrência ilícita > Concorrência Ilegal), visto que a última advirá – necessariamente – de uma fonte *formal*²⁸⁴ do Direito. O dispositivo constitucional que cuida da Legalidade (art. 5º, II, da CRFB) também pode ser analisado de modo a extrair norma segundo a qual *não haverá conduta tida como ilegal por mera inobservância de princípio, valor, postulado ou contexto que não estejam prescritos em um texto de Lei*²⁸⁵.

No direito brasileiro, o exemplo típico da concorrência ilegal de caráter predominantemente microeconômico (ou seja, fora da lógica antitruste) é aquele prescrito no art. 195 da Lei 9.279/1996 (*rectius*, Código da Propriedade Industrial)²⁸⁶. Inclusive pelo fato de se encontrar no capítulo da *tutela penal*²⁸⁷ da

282 BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. *Reflexões sobre a Autonomia Negocial*. In Org. TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e O Tempo, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 413.

283 LEVADA, Cláudio Antonio Soares. *O Abuso e o Novo Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Unianchieta, 2002, p. 23.

284 Sobre a legalidade estrita como fonte formal do Direito, vide SHECAIRA, Fábio & STRUCHINER, Noel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: PUC Rio – Contraponto, 2016, p. 50.

285 Enfatize-se que tal não significa que a mesma conduta será necessariamente conforme o Direito.

286 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVII. 4ª Edição, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 268: faz consideração pertinente ao destacar que muitos atos de concorrência desleal foram, pela frequência, sistematizados e previstos na legalidade estrita tornando-se atos de concorrência ilegal (no texto do autor usa-se a expressão mais abrangente ‘ilícita’).

287 REALE JÚNIOR, Miguel. *Concorrência Desleal e Interesse Difuso no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 49, janeiro-março de 1983, p. 11, suscita que o bem jurídico tutelado nos crimes de concorrência desleal perpassa o interesse

propriedade industrial; tendo em vista que as premissas da *tipicidade*, da *taxatividade*²⁸⁸ e da *vedação a interpretações restritivas dos direitos dos acusados*, delimitam a hermenêutica do direito das *liberdades*; não haveria como se cotejar uma previsão sancionadora da esfera mais sensível do Direito fora das *regras-texto*.

O brocardo *nulla crimen sine lege*²⁸⁹ é imbuído de uma lógica binomial que se desdobra (a) na segurança e previsibilidade jurídica necessárias antes de submeter ²⁹⁰ alguém a qualquer restrição de direitos; e (b) na inexistência de assimetria informacional – enquanto presunção absoluta de que a ninguém é dada a ignorância sobre o direito-texto posto (art. 3º, da LINDB) – sobre as condutas que não seriam toleradas pelo Ordenamento Jurídico.

Há, desta forma, dois imperativos ao qualificar determinados interesses como *criminalmente* tuteláveis: outorga-se, de um lado, molduras firmes²⁹¹ (oriundas de fontes formais) sobre o funtor *proibitivo* de conduta e, de outra monta, é cognoscível *ex ante* a extensão das consequências para a comissão/omissão do comportamento que a regra enquadre como *fato gerador*. Trata-se da ideia de *liberdade* através do pronto reconhecimento da *sindicabilidade*²⁹² possível.

A importância da atribuição de estruturados conceitos de ilegalidade competitiva advém da circunstância de que muitas sociedades se comportariam de maneira irrazoável, desproporcional e abusivamente egoística se pu-

individual do concorrente-vítima e também afeta os consumidores. Assim, pela pluriofensividade do ilícito penal, impugna a escolha política de se proceder a instauração da ação penal mediante queixa. Com razão o criminalista.

288 Sobre a inexistência de taxatividade para os ilícitos civis da concorrência desleal, vide: “Embora a concorrência desleal seja tipificada como ilícito penal, a atual legislação de regência não a define taxativamente na esfera civil, sendo de comum acordo, na doutrina e na jurisprudência, que tal conduta deva ser considerada uma prática de “atos sujos” (dirty acts), com o intuito de causar danos ao concorrente” BRASIL, TJRJ, 2ª Câmara Cível, Des. Luis Roldão de Freitas Gomes Filho, AC 0327067-78.2008.8.19.0001, DJ 13.04.2018.

289 RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. Traduzido por Vera Barkow. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2011, p. 122.

290 “Se assim é, não há liberdade quando o indivíduo não conhece as opções de ação disponíveis nem tem aptidão para prever minimamente as consequências que cada uma delas irá produzir” ÁVILA, Humberto Bergmann. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 13

291 Sobre a mesma impossibilidade da criminalização de tutelas de ilegalidade concorrencial fora dos róis taxativos na República Tcheca, vide: KALVODOVÁ, Věra & ŽATECKÁ, Eva. *Unfair Competition and Its Possible Criminal Sanctions*. Brno: Revista Procedia Economics and Finance 12, 2014, pgs. 285.

292 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos Fundamentais, Democracia e constitucionalização. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014, p. 211.

dessem contar com uma fraca eficácia social²⁹³ de tais balizas jurídicas²⁹⁴. De outro lado, seria ingênuo se concluir que a mera edição dos textos legislativos proibitivos seria hábil a obter automáticos comportamentos *éticos* dos concorrentes que estivessem ‘fungando em seu cangote’²⁹⁵.

Sob o ponto de vista do dever-ser, de um recorte prescritivo e não descritivo da realidade, uma característica nuclear dos atos de concorrência ilegal é que as práticas são *objetivamente* incompatíveis com a legalidade, independentemente de quem as pratique²⁹⁶. Neste sentido, o que se observa é que o mencionado art. 195 do CPI/1996 (cujo texto sucede realidade do direito positivo desde o Código Penal da década de 1940) reuniu as práticas mais corriqueiras do que, na ausência de lei em sentido forma, seriam atos de concorrência desleal. Ou seja, ao *fixar* tais condutas – em tese – no direito positivo, o Poder Legislativo procedeu a *cristalização* por escrito²⁹⁷ dos *maus* usos e costumes.

3.3.1 Célere Análise Sistemática do art. 195 da Lei 9.279/96

Inicialmente, duas críticas pertinentes à nomenclatura (“Dos Crimes de Concorrência Desleal”) do Capítulo VI do Código da Propriedade Industrial podem ser realizadas com relação à denominação eleita pelo Legislador. Na análise dos quatorze incisos e dois parágrafos do art. 195 do CPI é possível notar que (i) há *sujeitos ativos* dos crimes que não correspondem à tecnicidade do que seja a figura do *concorrente*, com seus elementos, requisitos e fatores

293 Sobre como a baixa eficácia social erode o credo no genuíno vigor do Direito, vide BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p. 60.

294 JONES, Ian W. & POLLIT, Michael G. *Economics, Ethics and Unfair Competition*. Cambridge: Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper 22, Dec, 1995, p. 1.

295 LUCCA, Newton De. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2009, p. 79.

296 A exemplo do uso de mentiras, desfalques, ataques às honras objetivas alheias etc.

297 Referindo-se ao direito consuetudinário: “Afirmou-se também a tendência crescente a registrar por escrito os costumes. À primeira vista, trata-se de uma contradição em termos, pois as qualidades por excelência dos costumes são a adaptabilidade, a flexibilidade e a fluidez com que surgem e desaparecem. Quando uma norma consuetudinária é registrada por escrito, a versão escrita adquire vida própria e uma certa permanência; a escrita fixa o texto e restringe qualquer modificação posterior” CAENEGEM, Raoul Charles van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. Traduzido por Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000, p. 51.

explanados no Capítulo 2º; bem como (ii) houve uma superposição artificial entre os conceitos de *deslealdade* e *ilegalidade*²⁹⁸.

Exemplificativamente, enquanto há incisos que corretamente denotam *atividades* que não devem ser toleradas, especialmente no contexto da *concorrência* (como o uso da publicidade visando criar danos injustos²⁹⁹, o empenho de fofocas³⁰⁰ maldosas, a tentativa de usurpação da distintividade alheia, a utilização de mentiras que favoreçam o agente emissor, o suborno do preposto do concorrente, a explicitação de dados sensíveis do concorrente que percebeu através de *formas* ilícitas, a arrogação de exclusividade inexistente), há outros tantos em que os atores do crime não são *genuinamente* concorrentes.

Contemple-se a hipótese do empregado *corrompido* (inciso X do art. 195 do CPI) para o favorecimento do concorrente, já que apenas na ótica do *concurso de agentes* (art. 29 do CP) é que se conseguiria enxergar a situação jurídica conglobante como um *ato concorrencial*. Se, de um lado, tal agir é violador das regras celetistas (a exemplo do que engendra a justa causa, art. 482, ‘c’ ou ‘g’, da CLT), um ato de embuste, de má-fé por parte de alguém que integra o *perfil corporativo* da expressão *empresa*, não há que se conceber o *empregado* como *concorrente*³⁰¹ por si só. Ainda, o tipo (possivelmente redigido sem o devido cuidado) que trata da divulgação de informação confidencial submetida à regulação estatal não condiciona a incidência do *crime* a prática por *concorrente*. Desta forma, em tese, se uma organização não governamental, ou o seu dirigente, divulga o teor do dossiê clínico submetido por terceiros à ANVISA para efeitos do registro sanitário de um medicamento, *uma* inter-

298 Se de um lado – conforme será exposto – a categoria da *deslealdade* é mais ampla do que a da *ilegalidade*, há atos compatíveis com a Lei (ex.: prescrição, programas de refinanciamento tributário aos inadimplentes, casar ostensivamente visando ascensão social) que podem ser vistos socialmente como *desleais* ou *imorais*.

299 DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: Editora, Revista dos Tribunais, 2010, p. 266. Sobre a vinculação da publicidade vide MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos Eletrônicos de Consumo*. 3ª Edição, São Paulo: Atlas, 2016, p. 192.

300 Sobre o impacto das fofocas nos negócios, vide HELLER, Michael A. *The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*. Basic Books, New York 2008, p. 196.

301 Repita-se aqui as conclusões propostas no capítulo segundo quanto aos elementos, requisitos e fatores da concorrência. Vide, ainda, PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direito Comercial das Empresas: apontamentos Teóricos – Práticos*. 2ª Edição, Curitiba: Ed. Juruá, 2015, p. 86.

pretação formalista-exegética poderia defender a incidência do crime de que trata o art. 195, XIV, do CPI.

Contudo, tal interpretação significaria *estender* uma hipótese de punição na seara criminal em desatenção a uma *premissa* inafastável: não há ilegalidade concorrencial se o sujeito ativo da conduta não for concorrente³⁰², visto que o tipo é ‘bipróprio’³⁰³. Deste modo, ao menos para as estreitas margens da prescrição penal do art. 195, XIV, do CPI, se um ‘não concorrente’ realizar a conduta ali inquinada, tal não deflagrará, não densificará, o tipo – podendo, contudo, constituir ilícito civil ou criminal de outra ordem (a exemplo do art. 32, IV da Lei 12.527 ou do art. 153 do CP).

Ou seja, se de fato há condutas de *concorrência ilegal* narradas no rol do art. 195 do CPI, há também outros tantos *atos ilegais* que não são genuinamente concorrenciais³⁰⁴, em que pese a designação do Capítulo do Código da Propriedade Industrial assim o denominar. Ou seja, a descrição contextual do tipo *parcialmente* goza de natureza jurídica diversa do nome de batismo legiferado (a exemplo do que vaticina o art. 4º do CTN³⁰⁵). Trata-se de um sintoma que se observa no ambiente do Direito Penal, do Direito Tributário e da Propriedade Intelectual de uma hipertrofia *contra* os direitos gerais de liberdade. Por sinal, em subcapítulo próprio, se explanará a disparidade das noções de concorrência ilícita para os atos de concorrência desleal; bem como em capítulo autônomo se informará como tal forma de hipertrofia se correlaciona ao ambiente criminal, dos bens intelectuais e do direito tributário.

302 Defendendo ponto de vista diametralmente oposto, mas perante a legislação estadunidense, vide McMANIS, Charles R. *Intellectual Property and Unfair Competition*. St. Paul: West Publishing Co, 2004, p. 7.

303 DELMANTO, Celso. *Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 20. Suscitando as particulares qualidades do sujeito ofensor, vide MOSCO, Luigi. *La Concorrenza Sleale*. Napoles: Casa Editrice Dottores Eugenio Jovene, 1956, p. 89.

304 Na ironia de famoso historiador do direito belga, “Cada época tem o direito que merece” CAENEGEM, Raoul Charles van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. Traduzido por Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000, p. 37.

305 A atecnidade legislativa é tão banalizada no ordenamento nacional que o Legislador de importante Lei Complementar (recebida como se assim o fosse) aconselha o interprete a não restar circunscrito a nomenclatura por ventura utilizadas nas regras: “Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II - a destinação legal do produto da sua arrecadação” do Código Tributário Nacional.

Não obstante a crítica feita quanto a expansão *subjetiva* do conceito de *concorrente* para fins de sanção penal, o que conflita com a lógica *restritiva* desta seara do Direito, bem como a superposição atécnica³⁰⁶ dos conceitos de *deslealdade* e de *ilegalidade*, é necessário frisar que os atos de *concorrência ilícita* não são restritos ao ambiente do Direito Penal. Pelo contrário, a Doutrina e a Jurisprudência são firmes em utilizar as mesmas regras do tipo para adjudicar lides no ambiente cível, ou até contendas administrativas. Por sinal, nas últimas duas esferas, a hermenêutica pode ser conduzida por vetores distintos da interpretação restritiva ou da vedação à aplicação da analogia³⁰⁷. Desta sorte, é possível observar um quantitativo maior de demandas de âmbito cível que arrogam tipos do art. 195 do CPI, por analogia, do que feitos de seara criminal.

Uma observação final pode ser feita quanto ao peculiar núcleo do inciso terceiro do art. 195 do CPI³⁰⁸, visto que é munido de um impreciso *elemento normativo do tipo*³⁰⁹ ('meio fraudulento') o que, para a segurança jurídica e o respeito às liberdades, não é de todo aconselhável³¹⁰. Em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal pode melhor cumprir sua função quando labora com *conceitos* do que quando é arquitetado para regular relações sociais através de *tipos fluidos*³¹¹ sujeitos a grande variabilidade normativa ao longo do tempo.

306 Sobre o equívoco entre se confundir, de um lado o que é ilegal e, de outro, o que é abusivo ou desleal, vide ROSAS, Roberto. *Do Abuso de Direito ao Abuso de Poder*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 18.

307 RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. Traduzido por Vera Barkow. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2011, p. 121.

308 CPI de 1996: "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; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem".

309 Agradeço ao construtivo diálogo havido com o Prof. Dr. Christiano Fragoso (neto do gigante Heleno Cláudio Fragoso e filho do maior presidente que o IAB já teve, Fernando Fragoso), docente de Direito Penal da Faculdade de Direito da UERJ, no dia 06.02.2020, no tocante a classificação de tal excerto como um *elemento que exige valoração cultural para determinar a interpretação e o alcance do suposto crime*.

310 "Não é senão por tal motivo que as hipóteses de regras penais ou tributárias, dada a restrição aos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade que sua incidência provoca, devem com mais intensidade ser determinadas pelo próprio legislador, jamais pelo aplicador, seja ele o administrador, seja ele o julgador" ÁVILA, Humberto Bergmann. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 15.

311 Sobre a diferença entre tipos e conceitos, vide ÁVILA Humberto Bergmann. *Competências Tributárias, um Ensaio Sobre a Sua Compatibilidade com as Noções de Tipo e Conceito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2018, p. 12.

3.3.2 A Caracterização da Concorrência Ilegal de Tipicidade Fechada

Um fator de diferenciação da concorrência *ilegal* das outras espécies de concorrência ilícitas é sua *fonte* constituinte imperativamente formal, qual seja a legalidade estrita. A nomogênese, o caráter genético do que constitui a *competição ilegal*, é a regra-texto edificada pelo Congresso Nacional. Tal significa dizer que, na famosa hipótese *acadêmica* de incidente anomia³¹², apenas um novo ato do Poder Legislativo poderia *reinstaurar* as previsões sobre a ilegalidade na concorrência, se assim fosse quisto pelos Fatores Reais de Poder.

Como espécie de ato ilícito, a prática da concorrência em infração às regras jurídicas (ilegalidade) importa em conduta sancionável de acordo com uma moldura jurídica previsível, quase-estática, cognoscível, quando houver *culpa* e se estiver diante de atitude *danosa*³¹³ (*faute*), ao menos para efeitos de pleitos reparatórios³¹⁴. Ainda que, para fins da tutela inibitória, haja farta doutrina no sentido de seria dispensável a *prova do dano* (mas não sua possibilidade em tese³¹⁵), a qualificação do ato de concorrência ilícita para fins compensatórios³¹⁶ assim não o faz³¹⁷. Tal distinção é muitas vezes tênue³¹⁸, visto que é da essência

312 LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 13.

313 AMERICANO, Jorge. *Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1932, p. 22.

314 ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução Das Obrigações e Suas Consequências*. 4ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1972, p. 113.

315 GONZÁLEZ, Rafael Lara. *La Denigración en el Derecho de la Competencia Desleal*. Pamplona: Editorial Aranzadi SA, 2007, p. 173.

316 No sentido de que até nas condutas abusivas se faz necessário o dano para haver reparação, não bastando o vilipêndio à esfera jurídica em si, LEVADA, Cláudio Antonio Soares. *O Abuso e o Novo Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Unianchieta, 2002, p. 116.

317 Em sentido contrário, vide: AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo Económico e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 216.

318 Sobre a linha tênue entre as práticas legais e ilegais na concorrência, vide POSNER, Richard Allen. *A problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Traduzido por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2012, p. 197. CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000, p. 262, narra que a diferença entre uma situação e outra não cuida de distinção de natureza, mas sim de grau do exercício. Em sentido símile vide FEKETE, Elisabeth Edith Glorita Kasznar. *O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37.

da concorrência lícita, leal, regular³¹⁹ e costumeira causar-se algum³²⁰ tipo de dano³²¹ pelo mero fato do *pluralismo* de fornecedores – e não será qualquer dano que permitirá à vítima um legítimo pedido compensatório. O pleito reparatório pertinente às abrasividades competitivas patrimoniais deve estar pautado em *danos injustos*, não podendo-se confundir possível a *consequência* do ato ilícito (eventual perda da clientela³²²) com o agir *desconforme* em si³²³.

É exatamente no campo da responsabilidade civil afeita a tutela dos bens intelectuais que, comumente, se observa toda sorte de equívoco no momento do cálculo do dano *reparável*³²⁴, em especial com a banalização das hipóteses de dano presumido³²⁵. Entre a exegese de aplicação do art. 210 do CPI³²⁶ ou do

319 “Não que a lesão aos direitos de outrem não seja permitida, em inúmeros casos, sem que essa lesão leve a qualquer tipo de responsabilidade, seja pelo conflito natural de interesses humanos, corno na concorrência comercial regular ou entre profissionais prestadores de serviços” LEVADA, Cláudio Antonio Soares. *O Abuso e o Novo Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Unianchieta, 2002, p. 22.

320 Exemplo corriqueiro da doutrina é o próprio ato da publicidade comparativa que, necessariamente, provoca algum tipo de dano, ainda que o seja lícito: SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. *Publicidade Comparativa Regras e Limitações*. São Paulo: Ed. Lxtlan, 2009, p. 56.

321 CAMELIER DA SILVA, Alberto Luiz. *Concorrência Desleal: Atos de Confusão*, São Paulo: Ed. Saraiva 2013, p. 32.

322 DUVAL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1976, p. 214.

323 Em sentido contrário, vide PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Concorrência Desleal por Meio da Publicidade*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001, p. 18.

324 Uma relevante tese sobre este assunto foi defendida: CASTRO, Raul Murad Ribeiro de. *O Dano Patrimonial na violação de bens imateriais Industriais*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Orientação do Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino, 2019.

325 Neste ponto ganha destaque a generosidade do STJ ao interpretar, extensivamente, o art. 52 do Código Civil c/c o enunciado de súmula 227 do próprio Tribunal da Cidadania. V.g.: “Por sua natureza de bem imaterial, é ínsito que haja prejuízo moral à pessoa jurídica quando se constata o uso indevido da marca. A reputação, a credibilidade e a imagem da empresa acabam atingidas perante todo o mercado (clientes, fornecedores, sócios, acionistas e comunidade em geral), além de haver o comprometimento do prestígio e da qualidade dos produtos ou serviços ofertados, caracterizando evidente menoscabo de seus direitos, bens e interesses extrapatrimoniais. 5. O dano moral por uso indevido da marca é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera comprovação da prática de conduta ilícita, revelando-se despendianda a demonstração de prejuízos concretos ou a comprovação probatória do efetivo abalo moral” BRASIL, STJ, 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1.327.773/MG, DJ 15.02.2018.

326 CPI de 1996: “Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem”.

art. 103, parágrafo único, da Lei 9.610/98³²⁷, se costuma olvidar que o preço total de um produto ou insumo é objeto de tributação, pode não estar totalmente coberto pelo bem intelectual (a exemplo de uma *universalidade* – carro – cuja peça contrafeita reside no volante, mas não no restante) e é agregado pelo próprio custo trabalhista no manuseio fabril. Deste modo, não é sábio ao Juízo ou ao Árbitro dirimir esta sorte de pretensão ignorando que tanto os danos concorrenciais ordinários quanto os valores brutos que sobrepujem o ato de violação em si, devem ser excluídos do cálculo do *quantum debeatur*.

Deste modo, além da (i) característica da concorrência ilegal advir do Direito Positivo, constituindo (ii) a todos um dever negativo de não se comportar da determinada maneira tida como violadora da legalidade estrita, compreende-se que (iii) elementos *contextuais* de um determinado mercado – paradigmas do exercício dos atos de concorrência (maior ou menor belicosidade dos agentes) – se tornam irrelevantes³²⁸. Constatado formal e materialmente os elementos de um dos tipos narrados se estará diante de hipótese de concorrência ilegal.

3.3.3 A Caracterização da Concorrência Ilegal de Tipicidade Aberta

Seguindo a questionável tradição de certo “ecumenismo” jurídico, bem como revelando o apreço ao positivismo legalista, além da prescrição dos tipos penais no art. 195 do CPI de 1996, o referido diploma legislativo é berço de dispositivo *aberto* para tratar da concorrência ilícita: o art. 209³²⁹. Ou seja,

327 LDA de 1998: “Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido. Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.

328 RODRIGUES, Clovis Costa. *Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Ed. Peixoto S.A., 1945, p. 34 segue lógica distinta do presente texto: “Realmente, acompanhando-se lhe o pensamento à luz de um exame mais profundo da matéria, chegamos à conclusão de que há concorrência ilícita quando o ato prejudicial foi praticado sem intenção fraudulenta, resultando simplesmente da negligência ou imprudência; ao passo que a concorrência desleal se caracteriza, sempre, pela prática de atos nocivos, inspirados na má fé, no dolo, na intenção inequívoca e premeditada da desonestidade”.

329 “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

enquanto no primeiro tipo há aquilo que parcela da doutrina identifica como previsão de atos de concorrência *específica*, no segundo haveria aquilo caracterizado pela *genericidade*³³⁰ de condutas.

Ao positivar dispositivos ventilando hipóteses de *vedações (lato sensu)* concorrenciais, o Legislador criou um dever jurídico específico determinando tais fatos como *ilegais*, e não meros *direitos subjetivos* ou sua contraface consistida em obrigações³³¹. Entretanto, o Legislador também deu margem de flexibilidade àqueles responsáveis ao dirimir das contendas para delinear a moldura hermenêutica do ambiente cível da concorrência ilícita, para condutas estranhas à leitura *por analogia* dos pertinentes tipos penais.

Ou seja, no tipo do art. 209 do CPI de 1996, o Legislador se preocupou em cristalizar na regra jurídica aquilo que já seria fonte material do direito (vide subcapítulo abaixo sobre *interdição* e outro sobre *deslealdade concorrencial*), e o fez de modo desnecessário em provável consequência de eventuais afogadilhos no momento de trâmite do diploma.

3.4 Da Concorrência Interdita

Ao contrário da concorrência ilegal - em que a fonte normativa originária deve ser *formal e adjudica* um dever jurídico negativo a um indeterminado número de agentes econômicos -, a concorrência interdita pode advir tanto de fontes *formais* ou *materiais*, mas sempre resulta da constituição de *direitos subjetivos*. Não obstante, em contraste com a concorrência ilegal em que os atos são *objetivamente* ilícitos, muitas das interdições da atividade concorrencial são relacionadas aos *sujeitos* que a praticam, o que significa dizer que há enorme margem para a contratualidade e, logo, para a *especificidade* dos sujeitos que são jungidos a tal interdição. Ou seja, quando a interdição concorren-

confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio”.

330 PAES, Paulo Roberto Tavares. *Da Concorrência do Alienante do Estabelecimento Comercial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1980, p. 11.

331 Um interessante exemplo dado por filósofo do Direito auxilia o intérprete a compreender a distinção entre *dever jurídico* e *obrigação*, consistente na hipótese de preenchimento das forças armadas para uma batalha mediante uma *convocação* de cidadãos ou através da *contratação* aberta de mercenários: SANDEL, Michael J. *Justiça: o Que é Fazer A coisa Certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 15ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2014, p. 104.

cial não advém de fontes formais (direito positivo), há maiores chances de se estar diante de ilícito praticado pela assimetria informacional (na linguagem popular: ignorância, boa-fé subjetiva) do infrator. Portanto, diante da causa de interdição concorrencial advinda dos direitos de exclusividade sujeitos ao controle da administração pública, prestigia-se a publicação de revistas como a da propriedade industrial editada pelo INPI. Tal é uma forma de justificar a *oponibilidade erga omnes* que emana de tais direitos.

Verbi gratia, quando (i) alguém obtém um direito de exclusividade consistente em um registro de marca, de desenho industrial ou de uma patente, apesar do *liame* jurígeno constitutivo advir do império da Lei (arts. 38³³², 109³³³ e 129³³⁴ do CPI de 1996), qualquer ato de terceiros concorrentes não autorizados será – *a princípio* (vide *v.g* as limitações exemplificativas nos art. 43³³⁵ e

332 CPI/1996: “Art. 38. A patente será concedida depois de deferido o pedido, e comprovado o pagamento da retribuição correspondente, expedindo-se a respectiva carta-patente. § 1º O pagamento da retribuição e respectiva comprovação deverão ser efetuados no prazo de 60 (sessenta) dias contados do deferimento. § 2º A retribuição prevista neste artigo poderá ainda ser paga e comprovada dentro de 30 (trinta) dias após o prazo previsto no parágrafo anterior, independentemente de notificação, mediante pagamento de retribuição específica, sob pena de arquivamento definitivo do pedido. § 3º Reputa-se concedida a patente na data de publicação do respectivo ato”.

333 CPI/1996: “Art. 109. A propriedade do desenho industrial adquire-se pelo registro validamente concedido. Parágrafo único. Aplicam-se ao registro do desenho industrial, no que couber, as disposições do art. 42 e dos incisos I, II e IV do art. 43”.

334 CPI/1996: “Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148. § 1º Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro. § 2º O direito de precedência somente poderá ser cedido juntamente com o negócio da empresa, ou parte deste, que tenha direta relação com o uso da marca, por alienação ou arrendamento”.

335 CPI/1996: “Art. 43. O disposto no artigo anterior não se aplica: I - aos atos praticados por terceiros não autorizados, em caráter privado e sem finalidade comercial, desde que não acarretem prejuízo ao interesse econômico do titular da patente; II - aos atos praticados por terceiros não autorizados, com finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas; III - à preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado, bem como ao medicamento assim preparado; IV - a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento; V - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, sem finalidade econômica, o produto patenteado como fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos; e VI - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido licitamente no comércio pelo detentor da patente

132³³⁶ do CPI de 1996) – obstado tendo em vista o direito subjetivo de propriedade do titular; (ii) alguém válida e eficazmente se obriga a ser fornecedor³³⁷ exclusivo de um determinado insumo para outrem, que consta a montante da cadeia vertical, não poderá ignorar o preceito de *monogamia* econômica perante terceiro concorrente do segundo – sob pena de vilipêndio à força obrigatória dos contratos, também direito subjetivo *stricto sensu*; (iii) o contrato de constituição do vínculo societário *maniet*a seus sócios de, ao se tornarem *egressos* da sociedade empresária, constituírem pessoa jurídica concorrente, *aprioristicamente*, tal não pode ser feito, sob pena de se desrespeitar espécie estatutária, *rectius*, um direito subjetivo³³⁸; e (iv) o Estado edifica monopólios ou privilégios econômico-jurídicos sobre as atividades dos correios³³⁹, as loterias, apostas e jóqueis-clubes³⁴⁰, terceiros (como cassinos ou ‘donos’ de jogo

ou por detentor de licença, desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa. VII - aos atos praticados por terceiros não autorizados, relacionados à invenção protegida por patente, destinados exclusivamente à produção de informações, dados e resultados de testes, visando à obtenção do registro de comercialização, no Brasil ou em outro país, para a exploração e comercialização do produto objeto da patente, após a expiração dos prazos estipulados no art. 40”.

- 336 CPI/1996: “Art. 132. O titular da marca não poderá: I - impedir que comerciantes ou distribuidores utilizem sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização; II - impedir que fabricantes de acessórios utilizem a marca para indicar a destinação do produto, desde que obedecidas as práticas leais de concorrência; III - impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 68; e IV - impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo”.
- 337 Em que pese tratar-se de causa sob sigilo judicial, a interessante ementa disponível no sítio virtual de tal Órgão Colegiado denota o exemplo ventilado no texto: “Cláusula de exclusividade estabelecida em memorando de entendimentos, firmado na mesma data do contrato. Empresa vendedora representada pelo mesmo representante da Ré. Fabricação de produtos concorrentes pela apelada, violando os ativos adquiridos pela autora/apelante. Laudo Pericial. Causa de pedir que não é embasada no registro de desenho industrial, mas na violação da cláusula de exclusividade. Obrigação de não fazer imposta à Ré (...)” BRASIL, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Alexandre Lazzarini, AC 0005496-42.2012.8.26.0405, DJ 30.01.2020.
- 338 FABIANI, Ludmila Olszanski. *Corrupção de Emprego no âmbito da Lei de Propriedade Industrial (Lei n° 9.279/96)*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 92, janeiro-fevereiro de 2008, p. 39, defende que o ilícito do 195, IX, não cobre sócios ou donos, apenas subordinados. Por tal razão, a questão dos sócios é enfrentada sob o perfil da concorrência interdita.
- 339 Lei 6.538/78, Art. 27 – “O serviço público de telegrama é explorado pela União em regime de monopólio.”
- 340 A curiosa redação do Decreto 96.963/88 é: “Art. 9º. A realização de corridas de cavalos, com obstáculos ou sem eles, e de trote atrelado, com exploração de apostas, visa a estimular a criação e o emprego do cavalo nacional”.

do bicho) são vedados do empenho profissional de tal mister, não pelo jogo ou interlocução epistolar serem – *per se* – ilegais (como o é o tráfico de drogas ou o ato de *difamar* alguém), mas pelo fato de que o Poder Público constituiu uma interdição (quicá caprichosa, certamente *discricionária*) para tanto. Desta feita, pode-se constatar que direitos de propriedade, privilégios, monopólios e o uso do direito obrigacional através do sistema contratual são o núcleo da interdição competitiva.

Neste norte, apesar da *causa mediata* da interdição sempre advir do direito posto, formal (direito objetivo), o liame *imediato* do titular para com o terceiro concorrente será fruto do direito *subjetivo*. Diferentemente da hipótese da concorrência *ilícita*, o espaço para a autonomia privada (disponibilidade) do direito do titular é profundamente maior no ambiente da *interdição competitiva*. Ou seja, mesmo que no ambiente da concorrência ilegal o titular do direito intelectual, qual seja a vítima, pode escolher se oferecerá a queixa (art. 199³⁴¹ do CPI de 1996), é relevante destacar que não há ato de autonomia na consistência do *que* constitui ilegalidade. O mesmo não pode ser dito quando se está diante de um ato *interditável*.

3.4.1 Limites Cronológicos, Espaciais, de Escopo e Subjetivos da Concorrência Interdita

Tal como explanado no capítulo segundo: o signo *concorrência* toma como premissas implícitas (a) a existência de *pluralidade* subjetiva, de *animus* competitivo/busca de lucro, e de um contexto caracterizado pela predominância da *patrimonialidade* relacional; (b) os requisitos de coexistência temporal, local e de escopo³⁴²; bem como (c) os fatores de alguma proximidade no espectro de preço e de qualidade. Desta sorte, para se observar a eventual existência de uma interdição competitiva, não se pode tratar de condutas de terceiro que sejam realizadas no ambiente privado e para si, fora do mercado relevante do titular do direito subjetivo, ou que não estejam jungidas à deter-

341 CPI/1996: “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”.

342 Súmula 4ª do CADE: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de joint venture, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação”. É importante frisar que esta súmula foi aprovada na vigência da Lei 8.884/94, ora sucedida pela Lei 12.529/2011.

minada prestação, se o ato de interdição competitiva advier de fonte contratual da qual o agente econômico não fez parte.

Por sinal, igualmente, a doutrina³⁴³, a jurisprudência³⁴⁴ e os precedentes administrativos³⁴⁵ denotam que a maioria das *obrigações negativas* legitimamente pactuadas devem ser delimitadas no tempo – ao contrário do que pode ocorrer no ambiente (de alguns) dos deveres negativos da concorrência ilícita (que não têm termo, mas que podem sofrer prescrição). Não pode haver *interdição concorrencial* perene, ao menos não diante de uma ordem econômica³⁴⁶ que se repute capitalista, já que qualquer forma de *ilicitude competitiva* é – por si – uma forma de *exceção*.

Do mesmo modo, um confeitoiro-chef de uma *boulangerie gourmet* nos Jardins de São Paulo não poderia ser precatado de se demitir (direito potestativo – ainda que possa arcar com consequências econômicas de tal ato) *para*, ao se reestabelecer, empresariar no ramo da floricultura; ou, ainda, para seguir no ramo de seu talento profissional, mas fazê-lo no Butão. Qualquer leitura em sentido oposto (i) em nada prestigiaria a *liberdade, licitude ou legitimidade* competitiva, mas, certamente, (ii) obnubilaria a *liberdade de iniciativa*. Em outras palavras, viola-se a essência de um princípio econômico constitucional sensível, afeta-se diversos outros núcleos de interesse de modo *negativo*; enquanto sob o ponto de vista do titular do direito subjetivo o resultado tende a zero (*neutral-loose situation*).

Hipóteses menos claras de *liceidade* são aquelas em que os deveres de abstinência – societária ou laboral – transbordem os limites competitivos (veda-se o *reestabelecimento* em si), mas em que haja a contraprestação econômica pelo favorecido da obrigação de não fazer.

343 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito Empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades*. 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 139.

344 Comentando julgados o Pretório Excelso desde a década de 1970, neste aspecto, vide GRAU, Eros Roberto & FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, A Empresa e O Contrato*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 271.

345 Súmula 5ª do CADE: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio”. Consigna-se que esta súmula foi aprovada na vigência da Lei 8.884/94, ora sucedida pela Lei 12.529/2011.

346 SILVEIRA, Newton. *Garantias Constitucionais aos Bens Imateriais*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 60, julho-setembro de 1985, p. 23, defendendo que os bens imateriais no contexto empresarial são regidos pela ordem econômica, mais do que pelos direitos fundamentais (sem prejuízo da relevância da previsão do art. 5º, XXIX, da CRFB).

Não obstante, um cuidado especial deve ser observado quanto a cláusulas obrigacionais de interdição de competir, já que tais não devem ser interpretadas de forma extensiva a cercear pessoas da família do interditado, sucessores empresariais, integrantes do grupo econômico³⁴⁷ de tal abstenção. Afora em hipóteses conhecidas de *simulação*³⁴⁸ ou interposição de pessoas (a exemplo do uso do ‘homem de palha’), destinar-se-á às cláusulas de interdição ao mesmo tipo de leitura normativa restritiva³⁴⁹ feita às cláusulas de inalienabilidade³⁵⁰ ou incomunicabilidade.

Nesta esteira, uma cláusula estatutária ou contratual que (em uma relação jurídica complexa pautada em *remuneração*) impedisse a nova jornada em outro estabelecimento/empresa, não sendo os mesmos contrerrâneos, não havendo limite cronológico ou delimitação de escopo, deve ser *invalidada* total (particularmente se o negócio jurídico for de adesão e o redator contratual for o favorecido pelo *desproporcional* arranjo) ou parcialmente (em especial nos contratos genuinamente negociados), naquilo que sobrepujar a necessidade de se proteger o credor³⁵¹.

3.4.2 Vetores e Contradições da Interdição Competitiva

Se a Ordenação concebe como possível a existência de direitos subjetivos que coactam a concorrência, tais interesses juridicamente protegidos carecem serem exercidos de modo ponderado e *restritivo*. Entretanto, o dogma da sistematicidade e da coerência do Ordenamento ‘cai por terra’ quando se constata o tratamento dado (1) ao sócio que se retira de sociedade empresária

347 Comentando julgados o Pretório Excelso desde a década de 1950, neste aspecto, vide GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula. *O Estado, A Empresa e O Contrato*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 309.

348 Para uma análise detalhada sobre negócios jurídicos simulados, vide RÃO, Vicente Francisco de Paula. *Ato jurídico*. 2ª Tiragem, São Paulo: Max Limonad, 1961, p. 264.

349 Comentando julgados o Pretório Excelso desde a década de 1970, neste aspecto, vide GRAU, Eros Roberto & FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, A Empresa e O Contrato*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 292.

350 O Superior Tribunal de Justiça tem *temperado* a autonomia privada do testador neste aspecto, ora cancelando ou ao menos delimitando a incidência deste tipo de cláusula; e.g. BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, REsp 1631278/PR, DJ 19.03.2019.

351 Pela necessária delimitação temática, não se aprofundará nas questões laborais desta sorte de cláusula que às vezes, de tão ilegal, inconstitucional e abusiva, precata o trabalhador sem qualquer tipo de contrapartida. Como se o ócio lhe fosse gerar renda para garantir sua dignidade.

que não consignou em seu estatuto ou negociou em instrumento autônomo a circunscrição de atuação do egresso; perante (2) o alienante do estabelecimento comercial³⁵².

Com relação ao alienante, há um preceito *curioso* do Código Civil de 2002 (art. 1.147³⁵³) que se refere a direito não cogente, logo dispositivo, na *fat-tispecie* do negócio jurídico ser omissivo quanto ao direito de o alienante querer concorrer com o adquirente. Diga-se *concorrer* e não meramente *se reestabe-lecer*, visto que nem todo reestabelecimento indica concorrência (a exemplo do padeiro que se muda para o Butão, ou muda seu múnus para a floricultura). O caractere exótico (para não dizer inconstitucional, sob o ponto de vista do art. 170, IV da CRFB) da regra jurídica é que ela constitui um *direito subjetivo*, em um contexto do Direito Empresarial, partindo-se da premissa da *vedação concorrencial* (exceção ao ambiente capitalista), de essência paternalística³⁵⁴ (o que é incabível no ambiente paritário do mundo empresarial), e de funtor proibitivo - que pode ser afastado pela autonomia privada.

Se, de um lado, compreende-se o desgosto daqueles que querem fazer ao adquirente uma boa ‘compra’, e temem pela rapinagem do alienante, a solução de um *opt-out* de não concorrência é um tanto quanto exagerado³⁵⁵.

Fato é que o Brasil não sofre com a excessiva fragmentação de agentes econômicos em um determinado mercado. Pelo contrário, o que se observa é a corriqueira aglutinação de poder econômico em ramos oligopolizados³⁵⁶ que podem ficar ainda mais hipertrofiados com o ‘auxílio’ do dispositivo legal (mesmo *não sendo cogente*) que transfere os custos de transação ao alienante.

352 A doutrina nacional é particularmente entusiasta da vedação à concorrência pelo alienante, mesmo que advirta que não se *cede* a clientela, mas se avença a abstenção de uma conduta no mercado relevante. Vide POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Direito Empresarial. O estabelecimento e seus aspectos contratuais*. Barueri, SP: Ed. Manole, 2006, p. 120.

353 CC/2002: “Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”.

354 FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. dos Tribunais, 2010, p. 93.

355 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito Empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades*. 4ª Edição, São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 2012, p. 141.

356 A exemplo do ambiente de telefonia móvel, de companhias de transporte aéreo, de prestadores de serviços de acesso à internet etc.

De outra sorte, no caso da transposição subjetiva de sócios, não há tipo legal que parta de uma premissa proibitiva, tendo a jurisprudência contemporânea sido responsável por conter qualquer tentativa de interpretação analógica anticompetitiva a partir do art. 1.147 do Código Civil³⁵⁷. Sob o ponto de vista de um olhar que demandasse coerência entre as situações jurídicas subjetivas, é bastante convincente que se o Legislador tomou como paradigma a interdição objetiva (alienação de estabelecimento), deveria ter tomado a mesma decisão no tocante a transmutação subjetiva empresarial (sucessão societária). Entretanto, se a corrente normativa estivesse sendo construída no sentido de prestígio desta *coerência* ela acabaria por propugnar a constância de um equívoco - e não a função promocional da interpretação restritiva do art. 1.147 - que, até o momento em que for reconhecida sua inconstitucionalidade (oxalá por controle objetivo), minimiza os danos perpetrados contra a liberdade tipicamente capitalista: a de concorrência.

Sem prejuízo da eventual *decretação* e *declaração* de incompatibilidade do tipo com a Ordenação Constitucional, como são poucos legitimados à tal ação coletiva perante o Pretório Excelso, e tendo em se vista que as tramitações de tais tipos de processos judiciais podem se arrastar por décadas, seria extremamente bem-vinda uma reforma textual-legislativa que banisse o art. 1.147 do Código Civil do Direito Brasileiro.

Em uma nota concludente, é útil destacar que não se enxerga maiores problemas se, diante da transposição objetiva do estabelecimento empresarial, *ambas* as partes negociarem e obtiverem solução jurígena razoável quanto à vedação da competição do alienante para com o adquirente, durante tempo certo (v.g. de até meia década). Certamente, a solução final entre os contratantes resultaria em alteração da proposta, tal como um vício aparente em um produto convida às partes do contrato de compra e venda a barganharem o preço. O problema da solução jurídica ventilada pelo Código Civil é que o silêncio das partes não poderia engendrar a automaticidade da interdição com-

357 “Embora afirme a presunção legal de vedação à concorrência desleal, não há, no instrumento de cessão das quotas constante às fls. 42/53, cláusula de não-concorrência a demonstrar, ao menos em cognição sumária, que o ex-sócio comprometeu-se ou estivesse impedido de atuar no mesmo ramo de atividade da agravante. Por outro lado, o artigo 1.147 do Código Civil veda o alienante do estabelecimento fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência, o que não se aplica ao presente caso, em que houve cessão de quotas” BRASIL, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Araldo Telles, AI 2178115-48.2019.8.26.0000, DJ 25.10.2019.

petitiva. Fato é que as interdições competitivas são uma *realidade* excepcional diante da primazia dos atos de concorrência.

3.5 Da Concorrência Desleal

Tal forma de concorrência ilícita é caracterizada por basicamente decorrer de fontes *materiais* do Direito, em peculiar os *usos* e *costumes* do nicho empresarial em que a vítima (imediate, o titular) e o ofensor fazem parte (tendo em vista que todo a ilicitude *concorrencial* será, necessariamente, ‘biprópria’).

Tecnicamente, se o Poder Legislativo nacional tivesse um conhecimento sistemático sobre fontes do Direito - e compreendesse a necessidade de fluência entre o direito posto e o pressuposto -, não haveria qualquer necessidade da edição de fonte formal a regular ato de concorrência *desleal*. Repita-se que tal não parte de um imperativo ideológico do liberalismo, mas apenas de reconhecer que nem todo o Direito advém do Estado³⁵⁸, e não há intrinsecamente qualquer mal nisto³⁵⁹.

Uma relevante distinção havida perante a modalidade de *concorrência ilegal* (ao menos no plano do dever-ser, do ambiente prescritivo) tem a ver com seu conteúdo, visto que o teor das *deslealdades* muitas vezes não é intrinsecamente incompatível com a Ordenação (como sói ocorrer com os objetos ilícitos de que trata a teoria dos negócios jurídicos, v.g., art. 104 do CC/2002). O ato para ser caracterizado como *desleal* precisa ser praticado (i) dentro do nicho da concorrência (com seus elementos, requisitos e fatores); e (ii) em desacordo, em *detrimento* com aquilo tido como *normal*³⁶⁰ perante tal setor³⁶¹ econômico.

358 “O Estado não detém o monopólio de criação do Direito. A elaboração autônoma de normas jurídicas é possível (...) O que está no vértice do ordenamento jurídico, portanto, não está *apenas* no ordenamento jurídico” FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 3 e 70.

359 Pela mesma razão que nem toda contenda precisa ser resolvida por Jurisdição estatal, a exemplo do bem-sucedido caso da arbitragem em vários setores complexos e particulares.

360 No capítulo específico sobre deslealdade tal será pormenorizadamente explanado.

361 Sobre o paradigma pós-moderno do parâmetro decisório, *Mutatis mutandi*: “A existência pluralista de organismos que decidem com base em seus próprios códigos deontológicos (...) ao invés de assustar o jurista (...) deve levá-lo a reconhecer a especificidade de cada situação. A lei e o juiz ficarão para os casos extremos. O paradigma jurídico, portanto, que passara da lei ao juiz, está mudando, agora, do juiz, ao caso. A *centralidade* do caso – é este o eixo em torno do qual gira o paradigma jurídico

Como se expôs em capítulo anterior, toda relação jurídica que envolva bens de produção ou mesmo em um contexto de concorrência, goza da característica da poliedria³⁶² e atinge muitos núcleos de interesse qualitativamente distintos. Entretanto, para compreender qual a pendularidade natural das vicissitudes ocorridas na expressão *deslealdade concorrencial* – o que é desleal hoje, pode não o ter sido no passado e vice-versa – tal precisa ser analisado sob a ótica do operador econômico do segmento específico. *A priori* não seria o Estado, os Consumidores, o Meio Ambiente, ou o Autor da criação intelectual, os centros de interesse que definiriam a *normalidade*, ainda que o sejam por ela afetados

A caracterização da *materialidade da fonte* para a concepção de tal direito faz com que haja bastante maleabilidade contextual ao longo do tempo, bem como cerceia o intérprete de tomar soluções *via* analogia de um segmento (e.g. automotivo) para outro (e.g. vestuário). Não obstante, como será visto em capítulo próprio, até mesmo a prática da imitação poderá não ser determinante da conduta desleal, em especial se tal for a *práxis* setorial³⁶³, ou seja, se a conduta em si já estiver disseminada como um paradigma³⁶⁴.

Por sinal, ao dirimir um feito em que supostamente teria se praticado ato de concorrência desleal, deve-se resistir ao *canto das sereias* no credo de que

pós-moderno” AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 60.

362 Já na década de 1970 a doutrina francesa se atentava para o impacto da tutela concorrencial privada e os efeitos a outros núcleos de interesses COLLIN, Robert. *L'application de l'article 85 #3 du traite de rome aux contrats de propriete industrielle*. (Org.) CHAVANNE, Albert. *La 6e Rencontre de Propriété Industrielle*. L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur les droits de propriété industrielle. Lyon: Libraires Techniques, 1977, p. 180.

363 “Similaridade de cortes, estampas e tecidos no mercado da moda é normal, porquanto a proteção invocada pela autora não se amolda aos ditames da lei n. 9.279/96” BRASIL, TJSP, 4ª Vara Cível do Foro de Barueri, J. Renata Bittencourt Couto da Costa, AO 00248364720118260068, J. 21.10.2013.

364 “A autora lançou no mercado coleção de 'lingerie' e meias destinadas ao público adolescente com a inserção de desenhos artísticos, configurados por “carinhas” de expressões estilizadas, os quais apresentam imagens e expressões, formando figuras animadas. A apelada também começou a utilizar estampas com “carinhas” e expressões em larga escala, tendo atestado a comercialização de produtos similares em outros magazines e lojas de departamento (...). Infere-se dos autos que a utilização de estampas com 'carinhas animadas' em lingerie configura tendência de mercado, sem configurar concorrência desleal, mas mera situação de concorrência mercadológica. O perito concluiu que (...) “tendo em vista a existência de diversas empresas comercializando produtos apresentando o que parece ser uma tendência de “carinhas com expressões” em uma situação de coexistência mercadológica, podemos afirmar que estamos diante de um fenômeno de concorrência de mercado” BRASIL, TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Des. Jesus Lofrano, AC 91113511520068260000, J. 31.05.2011.

a *deslealdade* seria uma interface do seio jurídico com as esferas morais (quicá, religião). O mundo capitalista e as erosões e abrasões competitivas muitas vezes não são compatíveis com a *moralidade*³⁶⁵ individual. Não cabe um recorte clerical sobre o fenômeno amoral – se lícito e legítimo – de uma trama agressiva, típica do mercado. Ademais, comumente se confunde o recorte da *deslealdade* com o entendimento sobre *ethos* profissional, o que se demonstrará ser equivocado no capítulo quarto.

O ato de concorrência abrasiva tem na licitude, na legitimidade e na tutela de mérito seu amparo normativo, também pelo fato de que a clientela, a freguesia e os consumidores em latência não são *objeto* de propriedade daquele que sofre com a pluralidade de agentes econômicos em seu setor.

A clientela/freguesia é fenômeno eminentemente fático³⁶⁶, volúvel e profundamente infiel³⁶⁷, e está tão livre a alterar de fornecedor quanto estão os agentes econômicos a se organizarem e entrarem ou saírem de um determinado mercado. Em outras palavras, o titular de um estabelecimento não faz jus a *direito adquirido* em manter sua clientela, tal qual para o político profissional não há garantia de manutenção de seu eleitorado. O que é possível fazer para manter e ampliar os vínculos com seus consumidores é a aposta no desenvolvimento da própria *eficiência*.

3.5.1 Uma *fattispecie* por exclusão

Se alguém em um ato tipicamente concorrencial viola o comando da Lei, direito objetivo clássico, tratar-se-á de competição ilegal. Ainda que perpas-

365 Em sentido contrário, vide RODRIGUES, Clovis Costa. *Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Ed. Peixoto S.A., 1945, p. 9. Sobre como nem sempre Direito e Moralidade se encontram, vide PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil*. Vol. I. 31ª Edição Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018, p. 9. Defendendo ser incompatível a submissão da teoria geral da concorrência a preceitos da moral, vide MOSCO, Luigi. *La Concorrenza Sleale*. Napoles: Casa Editrice Dottores Eugenio Jovene, 1956, p. 147.

366 BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1988, p. 182.

367 FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de Direito Comercial*. Volume 7, São Paulo: Ed. Saraiva, 1962, p. 371. A doutrina francesa, por sua vez, narra que além de infiel a clientela seria desprovida de “coração” oscilando entre fornecedores como lhe aprouver: FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *La dialectique entre service public et clientèle: vers une nouvelle régulation*. In. CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000, p. 179.

sado sem ressalvas o controle de legalidade estrita, se (a) o mesmo ato estiver em desacordo com a atribuição de um direito de exclusividade, ou (b) um ato de autonomia privada outorgar uma restrição legítima à disputa de clientela, cuidar-se-á de competição interdita, em observância aos direitos subjetivos da vítima. Deste modo, o campo de incidência dos atos de *deslealdade competitiva* – e a complexidade de se satisfazer os ônus da prova para sua incidência³⁶⁸ – só será objeto de aferição acaso superadas as outras duas espécies de concorrência ilícita. Não é à toa, portanto, que a doutrina consolida os atos de concorrência desleal como um *métier* tipicamente sujeito à lógica da subsidiariedade³⁶⁹. Ou seja, em tese é possível que em um conjunto de condutas, ofensor e ofendido estejam diante de uma prática que some todas as hipóteses de concorrência ilícita. Entretanto, a arguição da terceira forma (atos de *deslealdade competitiva*) de ilicitude em geral, só é analisada quando as duas estruturas antecedentes de ilegalidade ou ilegitimidade competitiva não foram satisfatoriamente demonstradas.

Dois exemplos auxiliam o intérprete a compreensão de tal fenômeno símile à lógica de Nelson Hungria quanto ao *soldado de reserva*. Imagine-se (1) que alguém crie um conjunto-imagem icônico de entregadores de pizza trajados de pavão-misterioso³⁷⁰, de modo a atrair a atenção da clientela (inclu-

368 SILVEIRA, Newton. *Comentário* (aos Julgados BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4a Câmara de Alçada Criminal, Des. Silva Franco, Apelação em Queixa Crime 118.365, Julgado em 18.03.1976 e, no mesmo Tribunal, 4a Câmara de Alçada Criminal, Des. Rebouças de Carvalho, *Habeas Corpus* 52.030, Julgado em 21.02.1974). São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 42, abril-junho de 1981, p. 100, comentando julgados sobre cópias servis na concorrência desleal, destaca que o ônus da prova na concorrência desleal é mais elevado em comparação às hipóteses de direitos de exclusividade.

369 Entre tantos autores, vide: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 352; e JANIS, Mark D. *Trademark and Unfair Competition*. 2ª Edição, Albuquerque: West Academic, 2017, p. 8. OLAVO, Carlos. *A Proteção do "Trade Dress" no Direito Português e no Direito Comunitário*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 82, maio-junho de 2006, p. 11: o autor narra a sobreposição de tutelas da concorrência interdita (o que denomina de direitos privativos ou de exclusividade) e da concorrência desleal para o conjunto-imagem. Tal ótica não parece compatível com o sistema nacional que tem a subsidiariedade de um sistema para com outro, bem como acaba por tolher exageradamente os direitos de liberdade. Em erro parecido incide GAEDE, Helena Candida Lisboa. *Importação Paralela e Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 83, maio-junho de 2006, p. 51: a autora defende a possibilidade de o ato de importação paralela consistir em concorrência desleal, em tese, mas o faz sobrepondo a tutela da concorrência interdita com a desleal, em sentido contrário ao ora exposto.

370 Exemplo laborado pelo saudoso pai-orientador-sócio-amigo deste escriba, Prof. Dr. Denis Borges Barbosa, durante as aulas da especialização em Direito da Propriedade Intelectual no ano de 2006.

sive daqueles que não conheciam o estabelecimento comercial, mas ficaram curiosos diante de tamanha exuberância na indumentária do funcionário). Se tal ato certamente constitui estranheza – e logo algum grau de criatividade se constata – perante o que é corriqueiro no setor, tal *distintividade* não é resguardável pelo clássico sistema de exclusividades (marca, nome de empresa, título de estabelecimento, nome de domínio, indicação geográfica etc.). Ou seja, não haveria uma forma de *interdição* por ato de autarquia ou órgão público à disposição do originador, bem como no ambiente democrático apto às pluralidades de costumes não há uma lei que proíba, objetivamente, entregadores a se trajarem com plumas e paetês. Deste modo, a única forma de tutela existente, que pode caber ao originador da *usurpação* de sua distintividade por sujeitos símiles que operam no seu segmento econômico, é através da *tutela subsidiária*³⁷¹ da *deslealdade competitiva* pertinente ao conjunto-imagem³⁷².

Não obstante, o gênio criativo do titular do estabelecimento com relação à roupa dos *courriers* da iguaria italiana, contemple-se a hipótese (2) de um sujeito, após o ano de 1996, empregar de modo reiterado em filipetas, e campanhas publicitárias, a expressão de publicidade “bateu vontade de um rangão? Ligue para a pizzeria Pavão!”. Tendo em vista que o CPI/96 revogou o dispositivo (art. 73, da Lei 5.772/71) do CPI/71, a disponibilidade de um direito que garantisse ao originador uma *interdição concorrencial* por tal bem intelectual foi findada. Entretanto, o CPI vigente ainda lhe garante uma tutela de um dever jurídico negativo, tanto no âmbito criminal da designação da concorrência ilegal (art. 195, IV, do CPI), além da tutela cível da concorrência desleal³⁷³. Ou seja, às vezes o sistema jurídico faculta mais de uma forma de

Destacando o equívoco de se ventilar concorrência desleal quando há direito de propriedade industrial registrado/concedido, vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVII. 4ª Edição, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 274.

371 CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las & PALAZZI, Pablo & HERRERO, Andrés Sánchez & SEREBRINSKY, Diego H. *Derecho de la Competencia Desleal*. Buenos Aires: Heliasta, 2014, p. 206, corretamente atestam a adversariedade entre as incidências da concorrência interdita e a desleal.

372 CARVALHO, Patrícia Luciane de. Trade Dress: a proteção ao conjunto informativo do Banco Itaú S.A. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 114, setembro-outubro de 2011, p. 56 - há quem prefira a expressão “conjunto informativo” ao invés de conjunto-imagem. Entretanto, além de ser uma expressão genérica, acaba por confundir a tutela da forma com a tutela de conteúdo, o que é particularmente perigoso em termos de criação visando a distintividade.

373 A pretensão cível é particularmente útil para lidar com curtos prazos decadenciais da utilização do instrumento da queixa-crime, além do paradigma mais alto de ônus de prova típico do sistema criminal.

obstar a concorrência ilícita, por outras a mesma Ordenação tutela apenas uma de tais formas. A arbitrariedade de tais soluções é mais uma característica da *Micareta das Ilícitudes Concorrenciais*.

3.5.2 Uma compreensão positiva do fato gerador da Concorrência Desleal

Exposto o fato de que a concorrência desleal seja o tipo de concorrência ilícita em que: (a) não se esbarre no controle da legalidade estrita³⁷⁴, ou (b) não encontre óbice na *interdição* competitiva através de atos de autonomia privada ou de constituição de um direito de propriedade; necessário se faz explicitar como se deflagra, positivamente, sua incidência.

Recorde-se o fato de que qualquer ato típico da concorrência, em si, causa *danos* aos membros *empresariais* de um determinado mercado, ainda que possa gerar muitas externalidades positivas aos demais integrantes da relação jurídica poliédrica que se verifica em um *mercado*. Tais danos podem ser duros, densos, fortes, gerar a falência de integrantes da concorrência, mas serem igualmente lícitos, legítimos, e esperados dentro da conduta mediana daquele setor. O único tipo de dano não tolerado no ambiente *regular* da abrasividade patrimonial competitiva é o *injusto*, sendo tal *injustiça* variável a depender das legítimas expectativas do proceder *intra-segmento*.

Se concorrer é um *direito* (art. 170, IV, da CRFB³⁷⁵) e tolerar a concorrência é um *dever* (art. 173, parágrafo 4º, da CRFB³⁷⁶), pode-se verificar que, na aceção positiva das autonomias em *iniciar* e em *competir*, tais essências jurígenas estão contidas na concepção *maior* da liberdade. Tem-se a liberdade

374 Confundindo o controle de legalidade e o controle de legitimidade e de *mérito* da concorrência desleal, vide SOARES, José Carlos Tinoco. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1990, p. 5.

375 CRFB de 1988: “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: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência”.

376 CRFB de 1988: “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”.

de causar *danos justos* aos concorrentes, pois tal é ínsito à lógica³⁷⁷ do *risco*³⁷⁸ e do *lucro*; os irmãos gêmeos do mundo capitalista. A liberdade aqui é – des-tarte – *funcionalizada*, vista de forma promocional a um bem maior qual seja o bem-estar social.

Tal *liberdade* ou *faculdade em concorrer* será *a priori* lícita e benquista, mas poderá através de atos *abusivos*³⁷⁹ travestir a concorrência desleal. Observa-se, portanto, que a concorrência desleal muito se aproxima da lógica do *abuso do direito*³⁸⁰, do desvio de função³⁸¹ do direito subjetivo público (perante o Estado) e privado (da autonomia negocial) de empreender, estando submetida, portanto, à lógica da responsabilidade civil objetiva³⁸². Nestes casos, ao invés de bem fruir o *múnus* da liberdade de concorrer – ato lícito – o agente econômico o escamoteia praticando danos injustos.

3.5.3 Concorrência Desleal e a Amplitude de Incidência

A vantagem – sob um ponto de vista utilitário – de o direito objetivo (através de suas fontes materiais) vedar a concorrência desleal sem uma ma-

377 AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo Econômico e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 22.

378 “Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram, mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje” BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a Uma Outra Modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 39.

379 Sobre como tal é a lógica em França, vide ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 20.

380 BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria e prática da concorrência desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva 1989, p. 36; CAMELIER DA SILVA, Alberto Luiz. *Concorrência Desleal: Atos de Confusão*, São Paulo: Ed. Saraiva 2013, p. 31; DELMANTO, Celso, *Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 19; DUVAL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1976, p. 342; LEONARDOS, Thomas. *Concurrence Desleal*. Rio de Janeiro: Livraria Academica, 1936, p. 6; ROSAS, Roberto. *Do Abuso de Direito ao Abuso de Poder*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 47.

381 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 9.

382 Defendendo a incidência da responsabilidade civil subjetiva para os atos de concorrência desleal (verdade seja dita, tal levava em consideração uma lógica anterior a CRFB de 1988 e do CC de 2002), vide ALVIM Agostinho. *Da Inexecução Das Obrigações E Suas Consequências*. 4º Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1972, p. 245. Na linha de que os atos abusivos do direito, em geral, resultam na responsabilidade objetiva, vide LEVADA, Cláudio Antonio Soares. *O Abuso e o Novo Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Unianchieta, 2002, p. 39.

nietação de molduras hermenêuticas mais fixas³⁸³ como (a) do sistema da legalidade estrita (fonte formal), ou (b) da constituição de direitos subjetivos (obrigacionais ou reais), tem a ver com a *criatividade* e a *inovação* nos meios utilizados pelos agentes do ato ilícito. Um sistema puramente rígido ('a' e 'b') de criminalização ou de interdição de condutas tidas como nefastas, jamais seria maleável o suficiente para acompanhar os embustes criativos e inovadores. Ao contrário do que o dogmatismo da completude³⁸⁴ e da perfeição sistemática propõe, há muitas lacunas e espaços de *não direito*. Em tal hipótese, pelo menos o primeiro agente ofensor que *fosse original* o suficiente para praticar algo *injusto*, mas que não estivesse prescrito em Lei (logo ilegal), acabaria sem algum tipo de sanção – até que se alterasse o direito Positivo. Desta forma, tal letargia sistemática poderia provocar uma verdadeira corrida por embustes criativos e originais, ao invés de práticas concorrenciais saudáveis que atingissem o que a doutrina econômica denominou de *destruição criativa*. No sentido oposto de uma Ordenação que sancionasse positivamente a *eficiência*, que estivesse convergente com a lógica da eticidade, ter-se-ia algo de conivente para com a velhacaria.

Ratificando-se a premissa de que a *clientela* não é *per se* o objeto da tutela contra um ato de concorrência; visto o fato de que causar danos regulares ao concorrente é um ato ordinário à abrasividade competitiva; e levando-se em conta o fato de que até o resultado de se levar o concorrente a *falência* poderá ser plenamente acorde ao direito; necessário se compreender qual é a causa da tutela contra a concorrência desleal. Note-se que a perda de clientela, sequer, pode estar relacionada com o advento de uma concorrência antes inexistente, ou com a majoração de sujeitos de direito em tal mercado. Algumas vezes a clientela se esvai pelo fato de que (i) se perdeu o fator da *novidade*, ou (ii) simplesmente porque hábitos sociais podem ter cambiado (pense-se como não mais se cheira rapé ou como o tabagismo, em si, tem diminuído).

A deslealdade competitiva tem a ver com o *meio* empregado, mas não tanto com o fim (dano perpetrado, ou elementos subjetivos emulativos como

383 Tal flexibilidade é típica da mesma Ordenação no tocante a tutela contra qualquer ato abusivo do direito LEVADA, Cláudio Antonio Soares. *O Abuso e o Novo Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Unianchieta, 2002, p. 52.

384 Para uma detida crítica, vide BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Traduzido por Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 10ª edição, 1999, p. 115.

o do *intuito de causar dano*). Exemplificativamente, um país pode ser aberto à imigração desde que se respeitem as exigências quanto a sua soberania, que se obtenha a eventual autorização (visto) antes do ingresso, que se use das vias portuárias/rodoviárias/ferroviárias tradicionais; proibindo, entretanto, o ingresso do interessado à nado, pelo deserto, ou escondido em uma boleia de caminhão. Tal exercício da soberania não é justificado, apenas, com base em desejos burocráticos ou picuinhas internacionais, – já que tal pode afetar o mercado de trabalho interno, a segurança nacional (imagine-se a prática do terrorismo ultramarino) – e fulmina o controle policial sobre quem ingressa no território. Em outras palavras, o processo migratório se assemelha à tal forma de concorrência ilícita no sentido de que não se veda, *a priori*, a finalidade (se concorrer ou se imigrar), mas alguns *meios* danosos da prática.

Isto significa dizer que não é a extensão do dano³⁸⁵ que qualifica um ato de concorrência *como desleal*, já que danos ‘legítimos’ podem ser profundamente extensos (e lícitos), enquanto danos injustos poderão ser diminutos, beirando a bagatela. Ou seja, a concorrência desleal – como fato juridicamente relevante – pode ocorrer, ainda que no ambiente econômico a vítima tenha *aumentado o seu faturamento* e o *dano sofrido* seja de difícil – ou impossível – cálculo. Neste contexto hipotético, a pretensão para a cessação da práxis lesiva seria acolhida – desde que provada –, mesmo que afastado o eventual pedido compensatório.

Neste escopo, a doutrina teutônica labora com o critério da eficiência, também denominado de teoria da prestação³⁸⁶. Se o êxito competitivo, de um lado, e a perda de oportunidade ou da clientela, de outro, advieram de atos típicos de *eficiência* própria ou de *ineficiência* alheia, tal ato tende a ser *leal*. De outra monta, se o *meio* utilizado para absorver a atenção, o capital, e a manutenção dos consumidores³⁸⁷ se basear na eficiência (prestação) alheia, e algo

385 Obra-se, outrossim, com lógica distinta daquela do Direito Civil, neste ponto: Código Civil 2002: Art. 944. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Da Responsabilidade Civil no Código de 2002 – aspectos fundamentais. Tendências do Direito Contemporâneo. Reflexões sobre a Autonomia Negocial*. In TEPEDINO, Gustavo José Mendes & FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e O Tempo, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 961, bem lembra que o dispositivo ora mencionado não precata o Juízo de fixar uma compensação pelos danos sociais sofridos.

386 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 100.

387 Há quem defenda que a própria repressão à concorrência desleal tenha como fito a tutela do consumidor desatento. Concorde-se que o consumidor pouco atento é um dos sujeitos tutelados, mas não é o mais importante (até os minuciosos merece proteção) nem, tampouco o único: vide CARDOSO, Luiz Eduardo & KAYAL, Maria Cecília Gonçalves. *A relevância econômica da marca e*

distinto da álea³⁸⁸ capitanear a mais valia em prol daquele concorrente que não lhe deu legítima causa, é provável que tal conduta competitiva seja desleal.

Sem prejuízo de antecipar o cotejo analítico do capítulo em que a *deslealdade*, *per se*, será estudada, um exemplo de ato abusivo do exercício da liberdade de competir consiste no ato do terceiro cúmplice³⁸⁹ ('x' - distribuidor) que, ao não estar submetido subjetivamente a parêmia da *pacta sunt servanda*, *seduz* uma parte ('y' - a montante, no mercado de insumos) no contrato a resilir ou resolver suas obrigações para com o seu concorrente ('z' - também distribuidor). Mesmo que a decisão de inadimplir ou de antecipar o término³⁹⁰ relacional seja, ao cabo, de 'y' (e não de 'x'); não sendo o término de um contrato algo *per se* ilícito, ou interditado (é possível, até mesmo, que houvesse uma cláusula penal ou arras no negócio jurídico de 'y' e 'z'); fato é que o meio com o qual 'x' conseguiu receber, doravante, os insumos junto a 'y' não foi *leal*. Repita-se, que 'x' era *terceiro*³⁹¹ e não parte do contrato, razão pela qual sob uma ótica tradicional a relatividade³⁹² contratual³⁹³ de 'y' e 'z' não lhe alcançaria. De outro lado, tomando-se em conta de que o *métier* narrado fosse tipicamente empresarial, mesmo os entusiastas de uma função *proativa e intensa* da boa-fé objetiva precisam ser cautelosos para não impregnar tal princípio das características de sua referência no ambiente do direito consumerista ou do direito civil clássico. O uso transplantado da principiologia (em uma relação assimétrica de Poder) na lógica do *Leito de Procusto*, através do fetiche da

a repressão à concorrência desleal. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, número 149, julho-agosto de 2017, p. 41.

388 Vide a hipótese do agente mais ineficiente (o que pratica preços mais altos, com os piores produtos, o atendimento mais rude, com as instalações mais fétidas, em endereço mais distante e perigoso) do mercado captar, durante algum tempo, toda a clientela, em virtude de um fato da natureza que destrói todos os titulares de estabelecimento comercial concorrente, mas não o seu.

389 SCHECHTER, Roger E. *Unfair Trade Practices & Intellectual Property*. 2ª Edição, United States of America: Black Letter Series 2002, p. 2.

390 TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento Anterior ao Termo*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p. 41.

391 ROPPO, Vincenzo. *O Contrato*. Traduzido por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 82.

392 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil*. Obrigações. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 331.

393 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. Volume. 2. 14ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019, p. 9.

uniformização³⁹⁴ (o mito do ‘one size fits all’³⁹⁵) do plexo, pode acabar por mumificar as relações sociais³⁹⁶.

3.6 Conclusão

Ventilado o marco maior da *liberdade de competir* como premissa inafastável de um sistema jurídico-econômico que se diga capitalista; viu-se que o enunciado *concorrência ilícita* é composto de três espécies de *atos jurídicos* que merecem atenção e estudo diferenciados. Para facilitar o contraste proposto no texto é possível sumarizar os debates supracitados com o seguinte quadro comparativo:

Características	Concorrência Ilícita (Modalidade Ilegal)	Concorrência Ilícita (Modalidade Interdita)	Concorrência Ilícita (Moralidade Desleal)
Tipo de Fonte	Formal	Formal e Material	Material
Causa	Inobservância ao Direito Objetivo	Desrespeito aos Direitos Subjetivos	Desrespeito aos Direitos Subjetivos e/ou Deveres Jurídicos Negativos
Característica	Tipicidade Fechada (Apenas o Congresso pode criar novas hipóteses de Incidência)	Mediana Flexibilidade (Há espaço para a Autonomia Privada criar novas hipóteses de Incidência)	Flexibilidade Considerável (Agentes do Mercado criam e alteram o Padrão do que seja leal no setor)

394 *Mutatis mutandi*, sem entrar no mérito acerca do acerto ou erro do STF quando do julgamento dos Recursos Extraordinários que analisaram o fenômeno da *equiparação* para fins sucessórios dos casados aos companheiros, é preciso não olvidar que a Ordenação pode ter sido composta, exatamente, para permitir *mais* de um modelo de constituição de Família. Vide BRASIL, STF, Pleno, Min. Luís Roberto Barroso (relator para acórdão), REx 646721, DJ 10.12.2018; e BRASIL, STF, Pleno, Min. Luís Roberto Barroso, Rex 678694, DJ 06.02.2018.

395 Tradução livre: Um tamanho serve a todos.

396 GALGANO, Francesco. “*Lex Mercatoria*”. Traduzido por Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 129, janeiro-março de 2003, p. 226, defende o particularismo e a autonomia científica do Direito Comercial (e seus institutos) perante o Direito Civil, dando ênfase à criação do direito pelos próprios agentes do mercado, independentemente da atuação dos políticos e da política.

Exercício	Vilipêndio à Legalidade Estrita	Violação Proprietária, Estatutária e/ou Contratual	Abuso do Direito da Liberdade Concorrencial
Incidência	Principal	Principal	Subsidiária
Responsabilidade	Subjetiva	Subjetiva	Objetiva
Ônus da Prova	Demonstração do Autor do mero Fato Ilícito <i>per se</i>	Demonstração pelo Autor (i) do título e (ii) do ato de contrafação (com exceção dos casos de Patentes de Processo – art. 42, parágrafo 2º, do CPI/96, se houver determinação judicial)	Demonstração pelo Autor da (i) Situação da Concorrência (Elementos, Requisitos e Fatores), (ii) do padrão do mercado, e (iii) da deslealdade
Elementos a Serem Provados pela Suposta Vítima	Um Único Elemento	Dois Elementos	Três Elementos

Em síntese, as características, fontes constitutivas, ônus e complexidade probatória denotam que é possível que o legislador brasileiro tenha feito opções políticas (ainda que atécnicas) no sentido de tornar *ilegais* muitas das condutas que seriam tipicamente desleais, exatamente para minimizar os ônus probatórios das vítimas de atos condenáveis³⁹⁷. Ou seja, convive-se na Ordenação com a simultaneidade de ilicitudes competitivas que combinam róis fechados com abertos, a manietação de fatos geradores com a abertura sistemática para a apreciação tópica de novas condutas, tudo em prol de uma concorrência que seja *legal, legítima e leal*.

Entretanto, mister notar que o ambiente da *deslealdade* vem cambiando celeremente, podendo até mesmo se falar em *novos paradigmas de incidência*. O próximo capítulo, destarte, cotejará a estrutura tradicional e as novas facetas da *deslealdade* – sempre no ambiente concorrencial.

³⁹⁷ Frisando a maior complexidade de se produzir prova na concorrência desleal em comparação às violações proprietárias, vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVII. 4ª Edição, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 283.

PARTE II – AS SITUAÇÕES JURÍDICAS
SUBJETIVAS DA CONCORRÊNCIA
DESLEAL E OS NOVOS PARADIGMAS

(4) Deslealdade: Perfis Estruturais

4.1 Introdução; 4.2 A Deslealdade em si e os Marcos Jurídicos Internacionais de Referência; 4.2.1 A CUP e a tutela contra os atos desleais; 4.2.2 O Decreto 1.355/1994 e o teor da ‘deslealdade’; 4.2.3 Contributos às fontes normativas endógenas com base em CUP e TRIPs; 4.3 Boa-Fé e Honestidade; 4.3.1 Boa-fé e as Relações Jurídicas com Consumidores; 4.3.2 Boa-fé e as Relações Jurídicas do âmbito do Direito Civil; 4.3.3 Boa-fé e as Relações Empresariais; 4.4 Os Segmentos Concorrentes e suas Características; 4.4.1 A Boa-fé e a Lealdade Intra-Nicho; 4.4.2 A mutabilidade e a calculabilidade dos atos tidos como desleais; 4.5 Conclusão.

4.1 Introdução

Nos capítulos anteriores destacou-se que (a) a rivalidade e a concorrência têm em comum a abrasividade que caracteriza as *relações sociais e jurídicas* nos ambientes existencial e patrimonial, respectivamente; (b) a concorrência no ambiente privado (recorte micro) goza de elementos (teor patrimonial, *animus* da disputa e alteridade subjetiva), requisitos (territorialidade, identidade objetiva e sincronia temporal) e fatores (preço e qualidade) clássicos – e outros tantos que são contemporâneos sob o ponto de vista da doutrina e da jurisprudência – para sua incidência; e (c) depois de séculos de evolução conceitual não é mais tolerável realizar confusão entre as *fattispecie* da concorrência *ilegal* (constituída por regras proibitivas específicas do direito positivo, que são pertinentes ao objeto da conduta ser ilícito *per se*, e ser caracterizada pelo protagonismo de incidência), *interdita* (predominantemente deflagrada por obrigações de não-fazer e direitos de exclusividade, peculiares ao direito subjetivo e gozando de protagonismo de incidência) e *desleal* (ocorrida pelo abuso do direito da liberdade de concorrer, tratando-se de proteção jurídica de matiz subsidiária, cuidando-se de vedação aos *meios* de conduta), pois, apesar das condutas anteriores serem cerceadas pelo direito objetivo, cada uma delas têm fatos geradores e intensidade de tutela díspares.

Entretanto, tendo em vista que o presente estudo tem como proposta principal a análise da rivalidade e da *concorrência + desleal*, mister se (i) contemplar a seara do que seja – factualmente – a deslealdade; (ii) cotejar qual a sua inter-relação para com a boa-fé; e (iii) dissertar sobre como o *contexto* de cada nicho de atuação empresarial serve como essência para formar o próprio conceito do que antagonize a lealdade.

Por sinal, na leitura das principais obras do estado da arte, é comum notar a *rica* utilização de analogias e alusões divertidas (e extensamente adjetivadas) para tentar explanar o que seria ‘desleal’.

Contudo, nas mesmas fontes textuais, percebe-se ainda que o excesso de subjetivismo, ou a conclusão de tratar-se de conceito jurídico indeterminado de complexa constituição, seja o máximo que tenham a oferecer ao leitor. Por exemplo, alguns autores ventilam que o *concorrente desleal* atua como (1) uma ‘salamandra’³⁹⁸, (2) um ‘ilusionista’³⁹⁹, (3) aquele que apela para ‘golpes baixos’⁴⁰⁰, (4) alguém que não se comporte de acordo com a casuística ‘escoteira’⁴⁰¹, (5) quem ‘murmura’⁴⁰² despautérios contra seu adversário; (6) aquele que faz uso de expedientes traiçoeiros e atua na surdina⁴⁰³, ou (7) alguém que se transforma rápida e de múltiplas formas para causar danos injustos⁴⁰⁴ ao concorrente. Indubitavelmente o lirismo acaba por sobrepujar a técnica e o oferecimento de noções propositivas do instituto. Imagine-se como tais balizas predominantemente estéticas e pouco técnicas possam atravancar o labor de quem tenha que dirimir um conflito de interesses (um perito, um árbitro ou um magistrado). Portanto, evitar-se-á uma abordagem lúdica e descritiva das comparações entre os atos tidos como desleais no ambiente da concorrência para com outros contextos substancialmente distintos.

398 LEONARDOS, Thomas. *Concurrencia Desleal*. Rio de Janeiro: Livraria Academica, 1936, p. 25.

399 CAMELIER DA SILVA, Alberto Luiz. *Concorrência Desleal: Atos de Confusão*, São Paulo: Ed. Saraiva 2013, p. 64.

400 DELMANTO, Celso, *Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 11.

401 DUVAL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1976, p. 123.

402 FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de Direito Comercial*. Volume 7, São Paulo: Ed. Saraiva, 1962, p. 249.

403 SOARES, José Carlos Tinoco. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1990, p. 139.

404 RODRIGUES, Clovis Costa. *Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Ed. Peixoto S.A., 1945, p. 61.

Se o Direito deve sobrepujar os *sentimentos*, os *achismos* para não ser tirânico, despótico, imprevisível e contraditório, é importante o delineamento de balizas objetivas para a constatação do que seja desleal ou do que apenas seja ríspido, abrasivo, incômodo, porém que o seja *normal*.

4.2 A Deslealdade em Si e os Marcos Jurídicos Internacionais de Referência

Sem a pretensão de se realizar um genuíno recorte histórico-legislativo, neste subcapítulo será realizado breve diálogo entre as duas fontes normativas internacionais mais importantes para as relações jurídicas que envolvam direitos de propriedade intelectual. Mais especificamente, não é possível tecer comentários sobre a tutela internacional contra os atos de concorrência *desleal* sem remeter o leitor ao Tratado-Contrato da Convenção União de Paris (doravante CUP) do ano de 1883 (internalizada pelo Decreto 9.233/1884).

4.2.1 A CUP e a tutela contra os atos desleais

Não obstante seu teor formal, advindo do ocaso do século XIX, foi apenas com a sua revisão em Haia de 1925 (internalizada pelo Decreto 19.056/1929) que seu texto ganhou regramento específico à *ilicitude competitiva*, vinculando os entes soberanos entre si⁴⁰⁵, para estabelecer o dever jurídico da criação de fontes normativas que coibissem os atos de concorrência desleal. Ressalte-se, ainda, que a segunda revisão do texto convencional havida em Estocolmo em 1967 (internalizada pelo Decreto 75.572/1975) não alterou substancialmente os deveres jurídicos estabelecidos cerca de quarenta anos antes, apenas aperfeiçoando a forma redacional.

Desta sorte, desde 1925, o escopo do Tratado-Contrato foi hipertrofiado para, ao lado da proteção dos direitos sobre bens imateriais tutelados por exclusividades, contemplar a proteção da *concorrência desleal* como algo intrínseco à propriedade industrial (art. 1º, 2º parágrafo Haia e art. 1º (2) Estocol-

405 Sobre a não vinculação dos entes soberanos para com seus súditos pelo mero advento do tratado contrato, vide BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: aplicação do acordo TRIPs*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, p. 47.

mo⁴⁰⁶). Após incluir o foco de tutela na parte geral da CUP, os países integrantes acordaram na edição de um perfil conceitual-genérico⁴⁰⁷ da concorrência *desleal* (art. 10 *bis* Haia e art. 10 *bis* (2) Estocolmo⁴⁰⁸), bem como na adoção de regras específicas para lidar com atos de concorrência *ilegal* (art. 10 *bis*, 3º parágrafo Haia e art. 10 *bis* (3) Estocolmo). Neste último ponto da *ilegalidade* textual de condutas, os países membros se comprometeram à criação de tipos que servissem à sanção dos chamados (i) *atos confusórios*, dos (ii) atos de *ataque reputacional*, e das (iii) práticas dos concorrentes que pudessem levar o núcleo de interesses dos consumidores a incidir em *erro* (vício de vontade).

Para o presente capítulo, contudo, fundamental mesmo é o preceito do art. 10 *bis* de Haia (ou art. 10 *bis* (2) Estocolmo), pois se estabelece como *desleal* aquilo que se exerce em desacordo às *práticas* ou aos *usos honestos*⁴⁰⁹. Contudo, o referido negócio jurídico multilateral de proveniência global foi preciso acerca dos meandros pelos quais o intérprete deve dirimir o fato litigioso que esteja sob a imputação de *honestidade*. Para efeitos da vinculação internacional dos membros da Convenção União de Paris, a eventual *desonestidade* tem que ser aferida (i) em um contexto de *concorrência*⁴¹⁰ (ratificando-se o que foi explanado no capítulo 2

406 Na redação negociada no país nórdico: “2) A proteção da propriedade industrial tem por objeto as 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”

407 Também faz uso da classificação concorrência desleal genérica e específica o falecido autor paraense: DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro, 2009, p. 609.

408 Na redação finalizada na Suécia: “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”.

409 Conforme será investigado em capítulo próprio sobre o *sujeito concorrente*, note-se que a CUP foi muito específica – e ao nosso ver correta – em delimitar a concorrência desleal aos parâmetros do *comércio e da indústria* (o que se concebe, *lato sensu*, como âmbito empresarial), excluindo-se outros ramos do direito como o Civil, o Laboral e o Consumerista – v.g.

410 Opinando no sentido da leitura ampliativa de incidência da teoria da concorrência desleal pela Convenção União de Paris, com base no dispositivo sobre indicações geográficas, vide: SANTAGATA, Carlo. *Concorrenza Sleale e Interessi Protetti*. Napoles: Casa Editrice Dottore Eugenio Jovene, 1975, p. 15. Com todo respeito ao autor, é feita confusão entre o perfil plúrimo dos interesses de entes não-concorrentes (consumidores, mercado, Estado) – o que da parte deste autor é indene de dúvidas – e o perfil de incidência da teoria. Para BODENHAUSEN, Georg Henrik Christiaan. *Guide to the application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*. Genebra: União

sobre o que tal conceito significa) e (ii) nos parâmetros do *comércio* ou da *indústria*⁴¹¹. Com a escusa de se ventilar o óbvio, a ‘honestidade’ de um comerciante/industrial/empresário⁴¹² não necessariamente coincide com os de tal caractere ao modo de Madre Teresa de Calcutá, de Sócrates, de Nelson Mandela, de Jesus Cristo de Nazaré ou do lúdico desenho animado dos Ursinhos Carinhosos.

Ao vaticinar a deslealdade *contextual* entre empresários, estabelece-se um paradigma específico perante *iniciados*, que são exatamente aqueles opostos à figura *inocente* das vítimas do vício de vontade da lesão⁴¹³. Mais do que *profissionais*, o ofensor e a vítima são partícipes de um mesmo *mercado*, sujeitos de direito que devem ser *desconfiados* – ao menos em relação ao concorrente –, *cascudos* contra meros incômodos de seus adversários, além de conhecer as vicissitudes⁴¹⁴ de seu *ramo*. De outro lado, porém, a desonestidade necessária para satisfazer ao critério do *abuso do direito de concorrer no ambiente privado* (ou seja, trata-se aqui da seara cível e não da criminal) tampouco precisa ser tão *intensa* a ponto de satisfazer um tipo penal que labore com rígidas exigências de *ardil* como no estelionato (art. 171 do CP⁴¹⁵) ou qualquer outro tipo de fraude

Internacional, Escritório de Proteção da Propriedade Intelectual, 1968, p. 144, narra que não é vedado aos países expandirem a tutela necessária para o ambiente de concorrência para outros setores em que tal não ocorra. O Brasil não fez esta escolha política.

411 CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las & PALAZZI, Pablo & HERRERO, Andrés Sánchez & SEREBRINSKY, Diego H. *Derecho de la Competencia Desleal*. Buenos Aires: Heliasta, 2014, p. 25 e seguintes criticam a proposta restritivista da Convenção União de Paris a este respeito, e defendem a aplicação da teoria da *concorrência desleal* para além do ambiente empresarial. Conforme será proposto neste e nos capítulos vindouros, não há como se concordar com os cultos professores argentinos neste ponto.

412 “Os deveres de informação <<adstringem as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à conclusão honesta do negócio>> (...) é difícil fazer admitir que o comerciante deva informar o potencial cliente dos locais onde se vende produto mais barato que o seu” ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Vol. II, Ações e Fatos Jurídicos. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2010, p. 372.

413 “O elemento subjetivo consiste no abuso da necessidade premente, inexperiência, ou leviandade da outra parte” RÃO, Vicente Francisco de Paula. *Ato jurídico*. 2ª Tiragem, São Paulo: Ed. Max Limonad, 1961, p. 260.

414 “Nenhum direito ou ramo de direito admite uma paralização no tempo: mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se tem de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em ação. Nenhum direito é definitivamente *factum*: é sempre alguma coisa *in fieri*” CARVALHO, Orlando Alves Pereira de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª Edição, Coimbra Editora: Coimbra, 2012, p. 45.

415 Código Penal: Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

(arts. 175⁴¹⁶ e seguintes do mesmo CP). É possível enxergar que a CUP labora com o ambiente de uma *desonestidade* específica, *concorrencial*, sob o recorte empresarial naquelas condutas que não contem com um tipo próprio a servir de dissuasão (logo que sejam subsidiárias), mas que sejam *danosas* de modo *injusto*: um tipo de ato *material* que seja *anormal* mesmo para um padrão⁴¹⁷ agressivo do mercado.

4.2.2 O Decreto 1.355/1994 e o teor da ‘Deslealdade’

Com o advento do Decreto Legislativo 30 de 1994, que incorporou a ata do Acordo de Marraquexe havido naquele mesmo ano, a Presidência da República acabou por aglutinar os resultados daquela rodada – que resultou na constituição da Organização Mundial do Comércio (doravante OMC). Para efeitos dos estudos dos bens intelectuais, o fundamental desta conclusão do negócio jurídico plurilateral foi o anexo “C”, conhecido pelo acrônimo lusitano ADPIC (ou pelo anglófono TRIPs).

Desenvolvendo o primeiro passo (adotado pelos textos das Convenções de Berna e Paris) de internacionalização dos marcos regulatórios visando diminuir as assimetrias legislativas internas (*rectius*, harmonizar), tal Tratado-Contrato quase veio a *uniformizar* os padrões daqueles membros da OMC. Logo no seu primeiro dispositivo acerca da *deslealdade*, o ADPIC veio a *ratificar* os termos da Convenção União de Paris e ventilar que as autoridades deveriam instituir as medidas necessárias a impedir o emprego *desleal* das indicações geográficas alheias (art. 22.2, ‘b’⁴¹⁸). Ou seja, tendo em vista que

416 Código Penal: Art. 175 - Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor: I - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; II - entregando uma mercadoria por outra: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

417 Sobre padrões mercantis de conduta como formas de valoração no mercado: “Além das ideias rectoras gerais, ou «princípios», ESSER reconhece um outro tipo de fundamentos extra-legais de valoração: trata-se do que chama, adoptando nomenclatura do Direito anglo-americano, *standards*, isto é, imagens rectoras e representações de valor que se dão no comércio jurídico: por exemplo, «o *standard* do comerciante médio, da concorrência leal, da informação jornalística lícita, da segurança no tráfego, da lealdade no trabalho»” LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Traduzido por José de Sousa Brito e José António Veloso. 2ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1982, p. 166.

418 Decreto 1.355/94: Art. 22.2. Com relação às indicações geográficas, os Membros estabelecerão os meios legais para que as partes interessadas possam impedir: b) qualquer uso que constitua um ato de concorrência desleal, no sentido do disposto no artigo 10bis da Convenção de Paris (1967).

a legislação nacional vigente à época da adesão soberana nacional já precata-va a *registrabilidade ilegítima* das indicações de procedência ou origem (arts. 65.⁹⁴¹⁹ e 66.⁴²⁰, da Lei 5.772/71 – Código da Propriedade Industrial), nenhuma inovação interna, neste aspecto, foi realmente sentida. Por sinal, tendo em vista que cada país membro da União de Paris protegia de forma distinta as indicações geográficas (o Brasil, por exemplo, o fazia via concorrência interdita), a menção à deslealdade competitiva apenas veio a assegurar um padrão mínimo de tutela. Entretanto, ainda que a ordem jurídica nacional já estivesse acorde aos parâmetros internacionais contratados, o impacto exógeno foi o de cercar mudanças *a fortiori* sem novo consenso global. Ou seja, a técnica de se precatar um ato de concorrência *desleal* é evitar a ilegítima constituição de uma *interdição concorrencial* a quem dela não seja merecedor. Logo, é possível enxergar uma conexão, uma *zona gris* entre as funções da exclusividade competitiva para com alguma forma de *abuso* do direito de petição, com um *desvio* de função das liberdades de concorrer⁴²¹.

A primeira inovação (na matéria) factualmente pactuada junto à OMC representou a possível *consequência* da licença compulsória para quem, *abusando* de sua titularidade utilitária (patente), praticasse atos de concorrência desleal (art. 31, ‘c’ e ‘k’⁴²²). Ratifique-se que o cuidado do legislador internacional é digno de encômios,

419 CPI de 1971: Art. 65. Não é registrável como marca: 9) nome ou indicação de lugar de procedência, bem como a imitação suscetível de confusão.

420 CPI de 1971: Art. 66. Não será registrada marca que contenha nos elementos que a caracterizem outros dizeres ou indicações, inclusive em língua estrangeira, que induzam falsa procedência ou qualidade.

421 Uma forma pouco compreendida de exercício da concorrência desleal é o exercício embusteiro dos registos e atos de concessão junto a autarquias, órgãos e fundações competentes à constituição de direitos de propriedade intelectual. Tal será objeto de análise específica no capítulo que versa sobre as *condutas das deslealdades*. Como bem aponta ARIBONI, Pietro. *A Responsabilidade Profissional dos Advogados e Agentes da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 99, março-abril de 2009, p. 45, há sempre o perigo de um ente praticar *sham litigation* e abuso do direito de petição de grande agente econômico contra novo entrante – por exemplo obtendo um registro ou concessão de direito de exclusividade do qual não é legitimado para tanto.

422 Acordo ADPIC: “Art. 31. Quando a legislação de um Membro permite outro uso do objeto da patente sem a autorização de seu titular, inclusive o uso pelo Governo ou por terceiros autorizados pelo governo, as seguintes disposições serão respeitadas: b) esse uso só poderá ser permitido se o usuário proposto tiver previamente buscado obter autorização do titular, em termos e condições comerciais razoáveis, e que esses esforços não tenham sido bem sucedidos num prazo razoável. Essa condição pode ser dispensada por um Membro em caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência ou em casos de uso público não comercial. No caso de uso público não-comercial, quando o Governo ou o contratante sabe ou tem base demonstrável para saber, sem

já que, além dos danos *macros* (antitruste) que o uso errático dos direitos de propriedade intelectual poderia resultar, também previu os abusos em escala micro (concorrência desleal no eixo do direito privado). Em verdade, apesar do fato das licenças obrigatórias já fazerem parte da ordem jurídica nacional no momento de adesão (arts. 33⁴²³ e seguintes do CPI/71) em 1994, em nenhum de seus preceitos internos havia a *consequência* – sanção dissuasória – da sua incidência como uma resposta ao ato de concorrência desleal. Em suma, a maior parte dos seus fatos geradores era vinculado ao desuso tecnológico, ornamental ou estético, o que é uma forma abusiva por omissão, não da liberdade de – meramente – concorrer, mas sim da faculdade de exercício de interditar a concorrência (via patente).

Outro preceito pouco inovador⁴²⁴, mas que cerceou o parâmetro nacional de mutação legislativa, foi o que estabeleceu a mandatoriedade de proteção às informações confidenciais (art. 39⁴²⁵ e incisos de TRIPs). Sob a égide do Código Penal, a tutela contra a divulgação de segredos já estava em vigor, em diversos contextos (art. 153⁴²⁶ e seguintes) de modo que o sistema jurídico

proceder a uma busca, que uma patente vigente é ou será usada pelo ou para o Governo, o titular será prontamente informado; e k) os Membros não estão obrigados a aplicar as condições estabelecidas nos subparágrafos (b) e (f) quando esse uso for permitido para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial. A necessidade de corrigir práticas anticompetitivas ou desleais pode ser levada em conta na determinação da remuneração em tais casos. As autoridades competentes terão o poder de recusar a terminação da autorização se e quando as condições que a propiciam forem tendentes a ocorrer novamente”.

423 “Art. 33. Salvo motivo de força maior comprovado, o titular do privilégio que não houver iniciado a exploração da patente de modo efetivo no País, dentro dos três anos que se seguirem à sua expedição, ou que a tenha interrompido por tempo superior a um ano, ficará obrigado a conceder a terceiro que a requeira licença para exploração da mesma, nos termos e condições estabelecidos neste Código.”

424 Os comentários realizados no texto sobre o ineditismo das previsões se dão sob o ponto de vista nacional, visto que o acordo multilateral englobou países com estágio econômico muito distinto (aqueles pertinentes a um nível econômico avançado, países em desenvolvimento, países com baixos índices de desenvolvimento econômico e até países em transição para um regime capitalista) que não gozavam de qualquer tutela aos bens intelectuais. Sob o ponto de vista de alguns países quase toda previsão do ADPIC era inovadora.

425 CPI de 1971: “Art. 39. A desapropriação do privilégio poderá ser promovida na forma da lei quando considerado de interesse da Segurança Nacional ou quando o interesse nacional exigir a sua vulgarização ou ainda sua exploração exclusiva por entidade ou órgão da administração federal ou de que esta participe. Parágrafo único. Salvo no caso de interesse da Segurança Nacional, o pedido de desapropriação, sempre fundamentado, será formulado ao Ministro da Indústria e do Comércio, por qualquer órgão ou entidade da administração federal ou de que esta participe.”

426 Código Penal: “Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.”

nacional não careceu de alterações substantivas (mas, ainda o fez com o advento do art. 195, XIV⁴²⁷, do CPI/96). Como contrapartidas à legitimação da tutela, o legislador internacional só demandou certas *obrigações de meio* (teor secreto, tenha valor *comercial*, esforço considerável) do titular, ao contrário do que ocorre na *interdição competitiva*, na qual, mais do que a diligência do interessado, é imperativo se atingir um *resultado* legalmente entabulado. Interessante, por fim, notar que o acordo multilateral do final do século XX, tal como naquele do ocaso do século XIX, ressaltou que o âmbito de tutela contra os atos desleais é o do nicho *comercial*⁴²⁸ (art. 39 *caput*, 2, ‘b’ e 3⁴²⁹) – e não o do ambiente *civil* ou *consumerista*.

Capítulo importante e corroborador da tese segundo a qual a *deslealdade competitiva* tem como cerne uma forma *abusiva do exercício das liberdades* é o da seção oitava do Tratado Contrato, já que menciona possíveis formas *astutas* de se restringir o acesso às tecnologias por via obrigacional no âmbito competitivo (art. 40⁴³⁰ e incisos). Ou seja, a OMC reconheceu que a disponi-

427 “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: 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.”

428 CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Obras Póstumas e Direito de Autor*. In: Coordenadores SIMÃO, José Fernando & BELTRÃO, Silvio Romero. *Direito Civil*. Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2015, p. 490, ressalta com precisão o contexto comercial que é regulado pelo ADPIC/TRIPs.

429 Acordo ADPIC: Art. 39 “1. Ao assegurar proteção efetiva contra competição desleal, como disposto no ARTIGO 10bis da Convenção de Paris (1967), os Membros protegerão informação confidencial de acordo com o parágrafo 2 abaixo, e informação submetida a Governos ou a Agências Governamentais, de acordo com o parágrafo 3 abaixo. 2. Pessoas físicas e jurídicas terão a possibilidade de evitar que informação legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas, desde que tal informação: a) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes; b) tenha valor comercial por ser secreta; e c) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta. Os Membros que exijam a apresentação de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos que utilizem novas entidades químicas, protegerão esses dados contra seu uso comercial desleal. Ademais, os Membros adotarão providências para impedir que esses dados sejam divulgados, exceto quando necessário para proteger o público, ou quando tenham sido adotadas medidas para assegurar que os dados sejam protegidos contra o uso comercial desleal”.

430 Acordo ADPIC: Art. 40 “1. Os Membros concordam que algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente

bilidade de certos interesses através de negócios jurídicos de direito privado pode afetar *diversos outros sujeitos de direito* em externalidades negativas.

4.2.3 Contributos às fontes normativas endógenas com base em CUP e TRIPs

Sintetizando os parágrafos precedentes, é nítido como os Tratados-Contratos referidos serviram à complementação intrínseca e extrínseca daquilo que é *interditado*, do que é *ilegal* e do que é sancionado por *abuso do direito* (*rectius*, *desleal*). Enquanto as facetas exemplificativas da deslealdade no eixo final do século XIX contemplavam hipóteses de *desonestidade* (a) por ataque reputacional; (b) via usurpação de distintividades; e (c) atos outros hábeis a afetar o livre arbítrio do consumidor; na fonte normativa que antecedeu o século XXI, o enfoque aditivo se deu (d) no licenciamento obrigatório da titularidade de exclusiva que foi exercida de modo abusiva; (e) na tutela posse⁴³¹ de segredos de negócio desde

o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia. 2. Nenhuma disposição deste Acordo impedirá que os Membros especifiquem em suas legislações condições ou práticas de licenciamento que possam, em determinados casos, constituir um abuso dos direitos de propriedade intelectual que tenha efeitos adversos sobre a concorrência no mercado relevante. Conforme estabelecido acima, um Membro pode adotar, de forma compatível com as outras disposições deste Acordo, medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, que podem incluir, por exemplo, condições de cessão exclusiva, condições que impeçam impugnações da validade e pacotes de licenças coercitivas, à luz das leis e regulamentos pertinentes desse Membro. 3. Cada Membro aceitará participar de consultas quando solicitado por qualquer outro Membro que tenha motivo para acreditar que um titular de direitos de propriedade intelectual, que seja nacional ou domiciliado no Membro ao qual o pedido de consultas tenha sido dirigido, esteja adotando práticas relativas à matéria da presente Seção, em violação às leis e regulamentos do Membro que solicitou as consultas e que deseja assegurar o cumprimento dessa legislação, sem prejuízo de qualquer ação legal e da plena liberdade de uma decisão final por um ou outro Membro. O Membro ao qual tenha sido dirigida a solicitação dispensará consideração plena e receptiva às consultas com o Membro solicitante, propiciará adequada oportunidade para sua realização e cooperará mediante o fornecimento de informações não confidenciais, publicamente disponíveis, que sejam de relevância para o assunto em questão, e de outras informações de que disponha o Membro, sujeito à sua legislação interna e à conclusão de acordos mutuamente satisfatórios relativos à salvaguarda do seu caráter confidencial pelo Membro solicitante. 4. Um Membro, cujos nacionais ou pessoas nele domiciliadas estejam sujeitas ações judiciais em outro Membro, relativas a alegada violação de leis e regulamentos desse outro Membro em matéria objeto desta Seção, terá oportunidade, caso assim o solicite, para efetuar consultas na mesmas condições previstas no parágrafo 3°.

431 Sobre o caráter possessório dos segredos, vide ALVES, Isabela de Sena Passau. *A Tutela dos Segredos de Negócio à Luz da Diretiva 2016/943 da União Europeia*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, número 155, julho/agosto de 2018, p. 18; CORREA, José Antônio Barbosa Lima Faria. *Considerações sobre o Tratamento do Segredo de Negócio - os Efeitos da Nova Lei de Propriedade*

que se cumprisse certas *obrigações de meio*; e (f) na proteção das distintividades peculiares às indicações geográficas precatando-se a atribuição de *exclusividades* às pessoas que delas não fossem merecedoras.

Sem se contrapor – e servindo para majorar a *fattispecie* do que seriam atos desonestos –, tanto CUP quanto TRIPs confirmaram o entendimento de que a incidência do instituto da concorrência desleal é no ambiente *empresarial*. Uma nota final versa sobre a forma *includente* com a qual o Acordo de Marraquexe diagnosticou que os usos abusivos de situações jurídicas patrimoniais de propriedade intelectual não podem sair impunes, e que tal impacta nas políticas públicas da ótica finalística e legitimadora da proteção aos bens intelectuais (sufixo do art. 5º, XXIX⁴³², da CRFB). Ambos os Tratados-Contratos acertaram ao enxergar o fenômeno abrasivo da concorrência como algo *promocional* aos valores positivos do capitalismo, evitando instituir exigências aos países membros que promovessem qualquer tipo de paternalismo⁴³³ em favor dos agentes econômicos.

Industrial. São Paulo: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 27, março-abril de 1997; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Posse*: Direito Real Subversivo. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, número 72, janeiro-junho de 2018, p. 408, adere ao posicionamento defendido por este autor desde sua dissertação de mestrado acerca da incidência de posse sobre bens imateriais. Tal seria pertinente a alguns dos bens jurídicos protegidos contra atos de concorrência desleal (a exemplo do conjunto-imagem ou dos segredos); ROHRMANN, Carlos Alberto. *Proteção Possessória para Arquivos Digitais?*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 60, setembro-outubro de 2002, p. 52; e SILVEIRA, Newton. *Imitação Servil e Forma Distintiva*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 35, julho-setembro de 1979, p. 130, narrando que os signos distintivos não registrados recebem pela ótica da tutela possessória a proteção advinda contra a concorrência desleal. Em sentido contrário vide FERRI, Giuseppe. *Creazioni Intellettuali e Beni Immateriali*. In: FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI ROMA. Studi in Memoria di Tullio Ascarelli. Volume II. Milão: Casa Editrice Dottore A. Giuffrè, 1969, p. 620, impugnando a possibilidade de posse de bens imateriais (e também de propriedade); e PINHEIRO, Waldemar Alvaro. *Da Proteção Possessória dos Bens Imateriais*. São Paulo: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 5, setembro-outubro de 1992, p. 20. É preciso frisar, entretanto, que o último autor impugna a possibilidade de se exercer posse sobre bens imateriais, defendendo uma lógica de confusão entre propriedade, domínio e bens físicos.

432 CRFB de 1988: “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: XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

433 “O Estado não deve ser paternalista, limitando a liberdade dos indivíduos para lhes impor concepções de “vida boa”, como se fosse seu papel protegê-las das suas próprias escolhas e decisões” SARMENTO,

Ratificando a ótica exposta no capítulo terceiro, se, nas contendas dirimidas perante o Poder Judiciário Nacional, as balizas sobre deslealdade competitiva antevistas em CUP e TRIPs fossem respeitadas, até mesmo na hipótese de mora legislativa em implementar aquilo que fosse inédito no ordenamento jurídico pátrio, tal evitaria que o Brasil pudesse ser sancionado internacionalmente. Ou seja, se não se editassem (o teor do CPI/96) regras de concorrência ilegal que densificassem os artigos 10 *bis* CUP, 22, 31, 33, 39 e 40 de TRIPs, a função pretoriana poderia sancionar tais formas de *abuso das liberdades* e manter o país adimplente com seus pares soberanos. A concorrência desleal (direito subjetivo subsidiário), destarte, não se confunde com a concorrência interdita (direito subjetivo protagonista) ou ilegal (fonte normativa primária, formal e principal). Portanto, a concorrência desleal pode ser perfeitamente sancionada em países da *common law*⁴³⁴ que não tivessem uma linha *escrita* sobre tal práxis danosa.

4.3 Boa-Fé e Honestidade

O triunvirato dos princípios-gerais do Direito pode ser condensado na ótica do *honeste vivere*, do *non altere laedere* e no *suum cuique tribuere*⁴³⁵. Den-sificando a principiologia narrada para o ambiente (i) abrasivo, (ii) patrimonial e (iii) plurissubjetivo, pode-se fazer um paralelo ao requisito da *honestidade* da práxis concorrencial, do cerceamento ao *dano injusto*, e da doutrina tedesca que

Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos*. 2ª Edição, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 217. Como bem aponta ALPA, Guido. *I Principi Generali*. 2ª Edição, Milão: Giuffrè, 2006, p. 506: a tutela da consumidor no ambiente da concorrência desleal não cuida de paternalismo.

434 Uma bela desmistificação e desmitificação de sistemas de *common law* ‘puro sangue’ é vista em MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 37. Não se crê na existência de um sistema que apenas ou predominantemente conte com direito pressuposto, material, e feito pelo reconhecimento das tradições e reconhecido pelo Judiciário.

435 Para PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Traduzido por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2011, p. 84, trata-se dos aspectos complementares da noção de Justiça segundo um aspecto profético, filosófico e jurídico. MOSCO, Luigi. *La Concorrenza Sleale*. Napoles: Casa Editrice Dottores Eugenio Jovene, 1956, p. 85 narra que a Corte de Cassazione fazia uso de tais valores para sancionar atos de concorrência desleal. Contudo, o autor napolitano discorda de tal uso retórico.

elencar o arquétipo da *prestação*⁴³⁶ como forma de diferenciação do que seja *leal* e do que não o seja. Tal conexão, entre os princípios-gerais do direito e as máximas em prol da honestidade competitiva, goza de alguma coerência discursiva, mas não auxilia suficientemente o intérprete no balizamento objetivo para a subsunção e suprassunção⁴³⁷ das condutas tidas como de concorrência desleal.

4.3.1 Boa-fé e as Relações Jurígenas com Consumidores

Em uma relação verticalizada e imediata entre fornecedores e consumidores, a Ordenação Jurídica nacional reconhece uma relação, respectivamente, de hipertrofia e de vulnerabilidade (art. 4º, I⁴³⁸, da Lei 8.078/90 – doravante CDC): há assimetrias de poder econômico (art. 4º, *caput* do CDC), de informação (art. 4º, IV⁴³⁹ do CDC) e até de acesso à justiça material mediante uma modulação dos requisitos sobre a capacidade postulatória (art. 9º⁴⁴⁰ da Lei 9.099/95). Não é à toa que o desbalanceamento, desde a gênese relacional, tenha ser equilibrada com presunções (art. 51, parágrafo 1º⁴⁴¹, do CDC), inversões

436 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 98 e AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo Econômico e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 60. Segundo relatos da doutrina helvética, qualquer prática que vise o próprio fortalecimento comercial e competitivo e que tenha como consequência a falência alheia seria tendencialmente lícito: HENNING-BODEWIG, Frauke & BOESCHE, Katharina. *Germany*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 252. No mesmo sentido vide texto de ex-Ministro da Suprema Corte Estadunidense: “Por que um homem é livre para montar um negócio que ele sabe que arruinará seu vizinho? Porque se supõe que a livre concorrência atende melhor ao bem público” CARDOZO, Benjamin. *A Natureza do Processo Judicial*. Traduzido por Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 87.

437 GRAU, Eros Roberto. *Direito Penal – Sob a Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Malheiros Editores, 2010, p. 11.

438 CDC: “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: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

439 CDC: Art 4º, “IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”.

440 Lei 9.099/95, art. 9º: “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários-mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”.

441 CDC: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem

do ônus da prova (art. 6º, VIII⁴⁴², do CDC), facilitação do acesso à jurisdição (art. 6º, VII⁴⁴³, do CDC) e com a possibilidade de reequilíbrios (sem maiores entraves – vide as diferenças entre o art. 6º, V⁴⁴⁴, do CDC e o exigente art. 478⁴⁴⁵ do CC) incidentais aos negócios jurídicos travados. A legislação, portanto, promove a isonomia material para evitar que a disparidade de forças leve ao *darwinismo* jurídico, com a depreciação da segurança jurídica carecida por um Estado de Direito que se diga capitalista.

Entre tantos conceitos, tipos e princípios que incidem nas relações *desbalanceadas por natureza*, o Código de Defesa do Consumidor positivou (art. 4º, III⁴⁴⁶) a necessária boa-fé objetiva como forma de prestigiar o comando Constitucional que regula a ordem econômica. Há nesta senda consumerista, contudo, mais de um (a) aplicação e de uma (b) forma de boa-fé.

Entre os (a1) *tipos* de boa-fé objetiva pertinentes, o mais evidente deles cuida dos *nexos* diretos entre os fornecedores e os consumidores. Tendo-se em vista que a disparidade de forças, é regra, quando a paridade é uma rara exceção (mas, possível, a exemplo do bilionário que ingressa em um contrato de consumo com um taxista – art. 14º, parágrafo 4º, CDC), a boa-fé objetiva sob o ponto de vista do credor de preços e devedor dos produtos/serviços envolve

que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.”

442 CDC: “Art. 6º “São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

443 CDC: “Art. 6º, “VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

444 CDC: Art. 6º “V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

445 CC/2002: “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

446 CDC: Art. 4º, III: “III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

os deveres⁴⁴⁷ (1) de *proteção*, (2) de *informação*, (3) e de *conduta* às relações obrigacionais (o que é particularmente evidente nos negócios de adesão – e bem denota a diferença entre contrato *formal* e contrato *material*), (4) do uso moderado das formas de coactar o crédito (limitação do exercício dos direitos subjetivos e potestativos), (5) da interpretação de boa-fé de suas obrigações, e (6) de se comportar dentro de um *standard* proativo e respeitoso.

Do lado oposto da hipotética relação jurídica aqui narrada, também se espera que o consumidor (protegido de maneira forte pelo Código) aja de boa-fé, particularmente quando exerce a situação jurídica da *potestá*. Por exemplo, imagine-se que um profissional desejoso pela disputa de uma vaga em um importante cargo junto a sociedade empresária multinacional estivesse em um momento de crise financeira, bem como não gozasse da indumentária adequada para participar do processo seletivo para qual fora convidado. No sentir hedonista de causar uma boa impressão (particularmente perante os seus rivais na entrevista), sem maximizar suas dívidas, ingressa no sítio eletrônico de uma grife de vestes finas masculinas e com um cartão de crédito adquire um *terno* de corte inglês de dez mil reais, para entrega via serviço postal. No dia anterior a entrevista, o *costume* chega à sua residência, o cidadão comparece ao processo seletivo com um caractere *fachudo*, impressiona seus interlocutores e retorna à sua residência com a cautela de sequer amarrotar o vestuário (e dele não retirar as etiquetas). Ato contínuo, imediatamente contata o fornecedor informando do exercício do seu direito à desistência do negócio jurídico realizado fora do estabelecimento (Art. 49 do CDC). Trata-se de criativo exercício de um direito *desviado* de sua função, não podendo a sujeição do fornecedor se verificar sem que se promova e prestigie um ato de má-fé⁴⁴⁸.

Outra hipótese de carência de boa-fé por parte do sujeito hipossuficiente pode ser narrada quando um consumidor tem sua esfera jurídica vilipendiada de forma injusta. Em tal hipótese, é importante destacar o dever de agir de boa-fé, inclusive no tocante ao *dever de mitigar seus próprios danos*, a exemplo (puramente hipotético) do sujeito sorrateiro-vitimista que observando um

447 Com parcial coincidência com a listagem exemplificativa citada, vide TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. Volume 2. 14ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019, p. 219.

448 Tendo-se em vista a natural assimetria informacional havida – já que a regra não exige qualquer fundamentação ou externalidade da causa para o exercício de tal prerrogativa – não é de surpreender que tal práxis possa ocorrer de forma mais frequente com a qual o exemplo narrado possa elencar.

corpo estranho no seu prato servido no restaurante antes mesmo de iniciar a refeição resolve engolir máximo possível do alimento para reivindicar *danos existenciais* mais graves do que os que já sofrera – seguindo a criticável deixa do Tribunal da Cidadania⁴⁴⁹. Com uma variação fática ao exemplo narrado, imagine-se que o consumidor, ao informar à gerência do estabelecimento comercial sobre o *corpo estranho*, prefira gritar para alardear a constrangedora situação e, quem sabe, impactar a reputação do ofensor (e quiçá incitar um boicote) perante outros consumidores. Reagir desproporcionalmente também pode ser uma forma de desonestidade além de significar a ignorância de um recíproco dever de proteção.

Um derradeiro exemplo de exercício *abusivo* das prerrogativas de consumidor pode ser narrado no contexto de um contrato internacional de transportes. Contemple-se a hipótese de um passageiro que viajará sozinho e que tenha adquirido um bilhete para deslocamento na classe econômica: (1) horas antes do embarque, em virtude de um incidente envolvendo pássaros sobrevoando o aeroporto relevante, a companhia é obrigada a trocar a aeronave que faria o deslocamento pertinente, no que se altera a composição quantitativa de assentos entre classes econômica e executiva; (2) imediatamente, tal companhia entra em contato com seu passageiro informando que precisaria alterar seu assento (da classe econômica), no mesmo voo, para a classe executiva tendo recebido a recusa do consumidor que invocara o princípio da identidade da prestação (art. 313 do CC⁴⁵⁰); e que preferirá intentar uma pretensão compensatória por danos morais diante da inexecução contratual. Trata-se de um exercício disfuncional da parte hipossuficiente.

Diante das hipóteses narradas, se a relação jurídica de consumo enuncia-se entre fornecedor e consumidor tem nas situações jurídicas um mesmo *significante* (da boa-fé), há entre as mesmas intensidades de incidência distintas,

449 “A ingestão, ainda que parcial, de alimento contaminado pela presença de larvas de inseto constitui dano moral *in re ipsa*. Precedentes. 4. O valor arbitrado a título de danos morais - R\$ 12.000,00 (doze mil reais) -, está dentro da razoabilidade quando comparado a casos análogos” BRASIL, STJ, 4ª Turma, Min. Raul Araújo Filho, AgInt no AREsp 1.299.401/SP, DJ 12.02.2019. Um precedente injusto pode ser encontrado neste julgado da mesma Turma: “A simples aquisição de refrigerante contendo inseto em seu interior, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido ou, ao menos, que a embalagem tenha sido aberta, não é fato capaz de, por si só, de provocar dano moral” BRASIL, STJ, 4ª Turma, Min. Fernando Gonçalves, REsp 747.396/DF, DJ 22.03.2010.

450 CC/2002: “Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”.

ou seja, outros *significados*. Afinal, é indene que a boa-fé do fornecedor para com o consumidor deverá ser mais forte e ampla do que a do segundo para com o primeiro⁴⁵¹. Entretanto, isso não significa que poderá o destinatário da tutela especial agir sem boa-fé para com o sujeito hipersuficiente da relação jurídica. Em outras palavras, a boa-fé é uma exigência cogente e *recíproca*, mas não é completamente *sinalagmática* em termos de equilíbrio. Neste afã, há muitas hipóteses e fatos que demonstram ser possível um ato *desleal* do consumidor para com o fornecedor, mas tais práticas não são – *a priori* – hipóteses de incidência da *competição desleal*.

O segundo tipo de boa-fé de que trata o CDC é aquele que impacta, *mediatamente*, o consumidor (art. 4º, VI). Neste ponto, a legislação de regência se acautela das *externalidades negativas* havidas entre sujeitos paritários e concorrentes que, no exercício do abuso do seu direito à liberdade de concorrer (art. 170, IV, da CRFB), acabem por resvalar e causar um dano injusto a outro núcleo de interesses (art. 170, V, da mesma CRFB). Aqui, a boa-fé exige dos partícipes-protagonistas-fornecedores do mercado de consumo a compreensão de hetero-regulação (art. 4, II, ‘c’ do CDC), em especial, no significado de que os destinatários precisam estar bem informados⁴⁵² se a abrasividade entre os primeiros puder gerar alguma obnubilação do poder de escolha dos últimos (no que se comunica com o Art. 10 *bis* (3) Estocolmo da CUP).

Note-se que há uma boa intensidade de boa-fé (de nexo aquiliano) dos partícipes do mercado – que podem estar agindo com parca boa-fé entre si, mas necessariamente com honestidade para com os consumidores – exigida pelo preceito; mas que tal não é tão forte quanto aquela dos vínculos diretos entre fornecedores e consumidores. O nexos causal dos efeitos *reflexos* se afasta, destarte, da lógica da limitação da responsabilidade pelos danos *diretos* e

451 Em diálogo com o Prof. Dr. Gabriel Furtado da UFPI me foi explanada visão oposta àquela apresentada no presente texto, já que para o culto professor piauiense, o que seria diferente consistiria na amplitude de aplicação do artigo, mas não na intensidade.

452 Os padrões de consumidor são distintos de país para país, e até de região para região. Dentro daquilo que se busca almejar para a realidade brasileira, vide o parâmetro polonês: “*As to the application of provisions protecting against the risk of confusion, the normative benchmark of an educated, oriented and informed market participant is usually applied*” Tradução livre: “Quanto à aplicação de disposições de proteção contra o risco de confusão, o referencial normativo de um participante de mercado instruído, orientado e informado é normalmente aplicado” NESTORUK, Igor B. Poland. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 445. Oxalá este será o padrão brasileiro doravante.

imediatos (vide art. 403 do CC⁴⁵³, por exemplo). Ainda assim, o reconhecimento de uma intensidade mais amena do que o primeiro tipo, em uma forma de boa-fé, não importa em minimização de tutela, já que na presente hipótese o consumidor ainda é resguardado na forma da Lei (art. 17 e 29 do CDC).

Em síntese, deve-se enxergar o (1) sujeito de direito não profissional, que adquire um produto ou serviço para si; ou (2) o sujeito que, em condições similares, é exposto aos produtos e serviços que lhe são disponíveis; como partícipes da complexa relação jurídica consumerista imbricada na lógica de *mercado*. Indubitavelmente, o consumidor pode ser vítima ou, inversamente, ofensor-praticante de atos desonestos praticados em um nexo para com um fornecedor, mas tal hipótese não o é de *concorrência desleal*. Nos termos da doutrina mais técnica, o ilícito da competição desleal é bipróprio, ou seja, exige qualidades específicas nos sujeitos ativos e passivo⁴⁵⁴, não sendo tal atributo extensível, isoladamente, ao consumidor. Ainda, os sujeitos (1) e (2) podem ser vítimas, via *externalidade*, da relação jurídica entre dois fornecedores que *deslealmente* disputem um mesmo nicho de mercado- hipótese na qual a *concorrência desleal* pode ser vista como um ilícito *pluriofensivo*, atacando direitos subjetivos individuais (o concorrente leal-vítima que tem sua universalidade afetada) e direitos coletivos do eixo mais fraco (consumidores e por equiparação).

4.3.2 Boa-fé e as Relações Jurídicas do âmbito do Direito Civil

Aos plexos relacionais típicos de Direito Civil são impostos os arquétipos da *eticidade*⁴⁵⁵ e do exercício da boa-fé objetiva. Contudo, diferentemente do que ocorre nos vínculos consumeristas, é aberto maior espaço para a *autonomia privada*, um hiato menor para o grau de *regulação* dos negócios jurídicos

453 “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”

454 DELMANTO, Celso, *Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 20. No mesmo sentido, vide CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. *Responsabilidade Civil-Concorrencial*. Introdução ao Direito Concorrencial Privado. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 7.

455 AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 9ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2017, p. 121.

por parte dos entes Estatais e a própria incidência e irradiação da boa-fé objetiva denota uma *força* diferente.

A participação de entes reguladores, ou a limitação do exercício das liberdades dos sujeitos privados, não goza da mesma legitimação perante a relação tipicamente *assimétrica* regulada pela Lei 8.078/90. Muitos partícipes do ambiente civil são relativamente bem informados e devem ser submetidos a riscos compatíveis com os bônus que podem auferir. Por tais razões, nesta senda de maior paridade econômica e informacional – e, também, por tal fato –, (1) o papel da *culpa* ainda é muito relevante no direito das obrigações (art. 233 e seguintes do CC) inclusive naquilo que afeta à responsabilidade civil⁴⁵⁶; (2) os brocardos jurídicos como do *caveat emptor* e *res perit domino* continuam atuais (ainda que menos intensos do que no passado); e (3) as relações abrasivas no ambiente patrimonial também são observadas tendo o direito um papel de atingir equilíbrios saudáveis.

Neste terceiro aspecto é útil projetar três exemplos pragmáticos: (i) uma relação intra-associativa; (ii) uma relação peculiar ao direito de vizinhança; e (iii) uma locação não-residencial que envolva um estabelecimento de ensino caritativo.

No primeiro caso (i), pode-se imaginar uma associação (art. 44, I, do CC) que reúna setores distintos da indústria nacional produtora de insumos agrícolas. Trata-se de típica relação civil sem finalidade essencialmente econômica (art. 53 do CC), na qual os associados não precisam ter maiores vínculos entre si (art. 53, parágrafo único do CC). Consigne-se que na relação interna à associação pertinente muitos dos integrantes sejam concorrentes. Coteje-se que em determinado contexto político-associativo haja um desacordo⁴⁵⁷ insuperável entre alguns integrantes que restaram vencidos em uma determinada votação que decidira a posição da instituição como um todo. É possível que os entendimentos ‘vencidos’ se sintam carentes de representação perante a regra do *one voice* a ser externalizada, o que pode resultar num aumento da

456 *Mutatis mutandi*: “Da culpa comum, que é o caso em que várias culpas concorreram para um mesmo prejuízo, cumpre distinguir as *culpas recíprocas*. Aqui se está em presença de duas pessoas que causaram cada uma delas prejuízo decorrente de culpas distintas: dois concorrentes se difamaram, usando processos desleais. Cada um responde pelo prejuízo que causou, mas as indenizações se compensam em concorrência da mais fraca” SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 2º Volume. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1961, p. 492.

457 Por exemplo: uma parcela dos integrantes busca apoio do Estado na extensão de determinada vantagem tributária do setor enquanto outros tantos desejam o término dos subsídios.

rivalidade entre associados. Em tal caso, é indene que devam os associados agirem de boa-fé uns com os outros, incluindo os deveres de *lealdade* (que também cabe àquele insatisfeito com a decisão democraticamente tomada), de *informação* (como, quando e onde serão exercidas as movimentações decorrentes da tomada de posição), e até de respeito à dissidência – se as vozes vencidas não mais quiserem permanecer associadas (art. 5º, XVII, da CRFB) e se desligarem da associação para fundar outra. Não é desconhecido na história que associações importantes advenham de alguma forma de cisão, como foi o caso de dois grêmios futebolísticos que representavam a aristocracia carioca no final do século XIX⁴⁵⁸. Em síntese, se, dentro da associação, seus integrantes devam pautar-se por relações cooperativas e parcialmente coordenadas, mas no insucesso de tal *utopia* devam se portar como *rivais respeitosos*; fora do eixo associativo, poderão realizar suas *abrasões patrimoniais competitivas* com outro padrão de conduta⁴⁵⁹. Tal constatação auxilia a compreensão de que *sujeitos* por si só não são *rivais* ou *concorrentes* abstratamente. Eles podem exercer ambas os múnus a depender do contexto, sendo, *in casu* e perante a associação, *endogenamente rivais* e *exogenamente concorrentes*.

No segundo caso (ii), uma relação peculiar ao direito de vizinhança, imagine-se um contexto de um condomínio horizontal no qual habitam dezenas de famílias. A relação de vizinhança enfatiza uma série de obrigações *propter rem* (a exemplo do Estatuto do Condomínio, o dever de contribuir para os encargos respectivos, o dever jurídico de adimplir o Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana⁴⁶⁰, além da incidência dos direitos de vizinhança em si), além de nem sempre ser caracterizada por uma *completa harmonia* entre seus integrantes. Suscite-se, ademais, que a ótica da *vizinhança*

458 Como não cuidam de Clubes da mesma envergadura do Gigante da Colina, Vasco da Gama, não mencionaremos os mesmos pelo nome, mas um deles é conhecido por portar as cores verde e grená e o outro como rubro-negro.

459 Com razão MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. *A Boa-fé no Direito Privado*. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 289, suscita que no contexto empresarial há um *standard* de probidade específica, o que significa dizer que a práxis condiciona a boa-fé setorial.

460 BUNAZAR, Maurício Baptistella. *Obrigação Propter Rem*. Aspectos Teóricos e Prático. São Paulo: Atlas, 2014, p. 89-91 critica a atribuição de tal natureza jurídica aos tributos devidos em virtude de determinada titularidade. Reconhece, apenas, a cristalização dos precedentes neste sentido por parte do Superior Tribunal de Justiça.

deva ser encarada não apenas sob o ponto de vista dos habitantes de um único prédio, mas também daqueles imóveis lindeiros⁴⁶¹, próximos e confinantes.

A boa-fé objetiva dos *sujeitos de direito* (proprietários, possuidores em virtude de comodato ou locação, e até visitas e transeuntes), que participam de tais relações, demanda uma série de deveres correlacionados à tolerância⁴⁶² (visto que conviver com seres humanos é difícil por si só, mas em especial quando os hábitos e culturas são bastante distintas) e ao respeito. Nota-se aqui, aliás, três pontos em comum com o ambiente empresarial da concorrência, já que: (1) a competição patrimonial é incômoda – tal como um vizinho cujo infante está recebendo aulas de violino, (2) há limites à própria tolerância, visto que há práticas que ultrapassam o *normal* em um determinado nicho econômico – tal como o grau de emissão sonora em um bairro residencial e em outro inserido em uma zona industrial; e (3) não é qualquer uso das *faculdades* da titularidade (propriedade, posse ou detenção) que possa legitimar uma pretensão de cessação ou inibição, a exemplo do concorrente que (abusiva e exageradamente) ajuíza demandas arguindo a deslealdade competitiva por qualquer ato regular – ou do vizinho histérico que acione o interfone para a unidade edilícia em que se aprecia a 9ª Sinfonia de Beethoven em altura sonora mediana. De outro lado, porém, pode-se enxergar três fortes distinções entre o contexto das exigências da boa-fé objetiva *civil* e daquela *empresarial* no exemplo do condomínio edilício. O primeiro deles (a) versa sobre o dever de informação, o segundo deles (b) cuida do dever de cuidado e o último deles (c) tangencia a isonomia de tratamento. No tocante ao (a) dever de informação, espera-se que um vizinho “de porta” que faça realize uma benfeitoria necessária e estrutural em sua unidade, mesmo dentro do horário permitido

461 Em uma análise precisa sobre o fato de que mesmo o regular uso da propriedade pode gerar algum incômodo aos vizinhos, vide BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. *El Abuso del Derecho*. 2ª Edição, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970, p. 153. Segundo o autor venezuelano, só o incômodo além do tolerável deve ser objeto de restrição. Um paralelo interessante pode ser feito entre este raciocínio e o direito do concorrente, tal como suporta a conclusão de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVII. 4ª Edição, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 273.

462 CC/2002: “Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.”

pelo Estatuto do Condomínio, procure o habitante lindeiro e diminua sua *assimetria informacional* sobre o que pretende fazer, e durante quanto tempo tal ato perdurará. Afinal de contas, obras no imóvel vizinho podem ser muito mais perigosas e incômodas do que ser destinatário de uma maldição, ou descobrir erva doce na fatia do pão que se come. Em uma situação paralela, não se imagina qualquer dever de o concorrente buscar seu *competidor* para lhe antecipar seus planos e expor suas metas estratégicas, tal não seria de boa-fé, mas certamente constituiria um ato de burrice exemplar além de eventual vilipêndio aos sócios da companhia (quicá afetando a necessária *affectio*⁴⁶³). Com relação ao (b) dever de cuidado, imagine-se que o vizinho de porta realizou viagem de longa duração e, por descuido seu, deixou utensílios domésticos conectados a tomada e um deles entrou em combustão. Observando o incidente pela janela, o vizinho arromba a porta do imóvel ao lado do seu, apaga o início do incêndio – que poderia comprometer toda a segurança do condomínio – e, como *gestor de negócios*, unilateralmente toma a iniciativa de contratar um marceneiro para consertar a porta para que o local fique desguarnecido de um óbice de ingresso. Na situação narrada, a iniciativa tomada pelo vizinho visou à proteção do patrimônio do *descuidado*, do *seu* e da coletividade condominial e, em seguida, atuou com o máximo de diligência possível. Não se conseguiria imaginar tal conduta de boa-fé como insita à realidade empresarial, na qual um agente econômico em dificuldades financeiras/econômicas conte com o auxílio de um concorrente diante de uma inércia ou omissão sua. Em geral o concorrente observa com até certo júbilo a desgraça de seus abrasivos competidores, sem que isso afete sua boa-fé objetiva: ele não é agente garantidor. Por sua vez, no tocante à hipótese da (c) isonomia de tratamento, imagine-se um síndico que é profundamente tolerante com os incômodos hábitos sonoros de um vizinho de sua predileção, mas sempre faz uso de expedientes de advertência e multa para hábitos idênticos de um coabitante do condomínio que conte com seu desprezo e desgosto. A boa-fé objetiva, indubitavelmente, precata-lhe de incidir em tal *tu quoque*. Projetando tal variação do exemplo no ambiente empresarial, mesmo que um concorrente fosse mais agressivo como

463 No contexto do Direito Civil, a recente obra de TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O Princípio da Boa-fé no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 245, explicita as diferentes intensidades do dever de informação entre aquela modalidade (a) em sentido estrito, (b) dever de esclarecimento e (c) dever de conselho. O que aqui se explana é a tendência zero no ambiente concorrencial de quaisquer dessas modalidades.

um ‘tigre’ – mas dentro da normalidade do nicho – com outro agente econômico com o qual nutra certa picuinha, mas fosse passivo como um ‘gatinho’ diante de outros agentes econômicos de idêntico setor, isso não vilipendiaria qualquer ótica de boa-fé do direito empresarial.

No terceiro caso, uma locação não-residencial que envolva um estabelecimento de ensino caritativo, na exegese da legislação de locação imobiliária, percebe-se um tratamento distinto entre (i) as locações residenciais, (ii) as locações havidas para estabelecimentos de ensino, casas de saúde, e entidades religiosas, e (iii) as locações de índole empresarial. Entre diversos dispositivos polêmicos, ganha ênfase a ausência de suficiente tutela da moradia do (i) locatário-residencial, pelo fato de que, é o único que não conta com a prerrogativa da ação renovatória⁴⁶⁴. No entanto, no tocante ao exemplo ventilado (ii), note-se que não só a boa-fé objetiva do locador para com o locatário, mas a constatação da existência de uma grande *rede de contratos* (fornecedores, alunos, professores do estabelecimento de ensino) que só funciona nos moldes pactuados visto a localização da escola, engendra uma série de consequências jurídicas. Qualquer necessidade abrupta de fechamento da escola pela transferência da sede poderá resultar no *término* definitivo⁴⁶⁵ dos pactos obrigacionais *conexos*⁴⁶⁶. Em proteção à função social exógena⁴⁶⁷ promovida por este tipo de locação, o art. 53⁴⁶⁸ da Lei de Loca-

464 Ou seja, na ponderação, entre o direito à moradia (à própria manutenção das raízes domiciliares) e a tutela da estabilidade empresarial com o *fundo de comércio*, o direito positivo maximizou elevar a proteção da segunda situação jurídica (patrimonial) a despeito da primeira (existencial). Tal contradição entre o discurso - da projeção à dignidade humana em hipótese de ponderação perante valores patrimoniais - e a realidade indicam que há caminhos para aperfeiçoar o direito positivo.

465 Além da qualidade e da fides depositadas em um estabelecimento de ensino, certamente um dos fatores de escolha dos contratantes é a proximidade com sua residência. Se a nova sede, diante do término da locação e a dificuldade de encontrar um imóvel próximo, for distante da originária, muitos estudantes poderão procurar um outro estabelecimento escolar.

466 KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Contratos Conexos. Grupos de Contratos. Redes Contratuais e Contratos Coligados*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 61.

467 PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos Contratuais Perante Terceiros*. São Paulo: Ed. Quartin Latin, 2007, p. 45.

468 Lei 8.245/91, “Art. 53 - Nas locações de imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas, o contrato somente poderá ser rescindido. I - nas hipóteses do art. 9º; II - se o proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável e imitido na posse, com título registrado, que haja quitado o preço da promessa ou que, não o tendo feito, seja autorizado pelo proprietário, pedir o imóvel para demolição, edificação, licenciada ou reforma que venha a resultar em aumento mínimo de cinquenta por cento da área útil.”

ções restringe diversos poderes do proprietário-locador. Enxerga-se um tipo de *propriedade* sem completo *controle*⁴⁶⁹ do bem apropriado, no que se aproxima das relações empresariais e os bens de produção⁴⁷⁰ – afinal, em diversos dispositivos da Lei 8.245/91, trata-se, indistintamente de locações não residenciais (ii) e (iii) como se uma só coisa fossem. Prestigiando a síntese comparativa, o próprio texto da Lei no art. 54⁴⁷¹ acaba por valorizar a maior autonomia privada na hipótese (ii), do que na *fattispecie* (iii), o que também acaba por projetar tipos de boa-fé objetivas um tanto quanto distintas. *Verbi gratia*, se nenhum texto legal viesse a discriminar a legalidade da cobrança de participação nos lucros havidos no imóvel locado, não seria irrazoável ver tal conduta como violadora da boa-fé objetiva nas hipóteses, mas plenamente compatíveis com às *práxis* do *ethos* empresarial do ambiente.

Em síntese, o Direito Civil é intensamente regido e influenciado pela lógica da eticidade e de uma boa-fé objetiva predominante, intensa, na qual o dever de informação, de proteção, de limitação às situações jurídicas subjetivas e há criação de deveres anexos às obrigações. Tal existência, entretanto, é deveras menos intensa do que nas relações assimétricas (*ab origine*) de poder do ambiente consumerista e, igualmente, não se equivale às relações típicas de direito empresarial.

4.3.3 Boa-fé e as Relações Empresariais

Diferentemente do que ocorre no ambiente de consumo e do contexto civil clássico, os meandros empresariais são caracterizados pelo fato de ambas as

469 BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 4ª Edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2000, p. 171.

470 Para uma análise precisa e objetiva de tais bens vide COMPARATO, Fábio Konder. *A Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 63, julho-setembro de 1986, p. 72.

471 Lei de Locações: “Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei. § 1º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em shopping center: a) as despesas referidas nas alíneas a, b e d do parágrafo único do art. 22; e b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite - se e obras de paisagismo nas partes de uso comum. § 2º As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas.”

partes de um plexo visarem estrita e essencialmente o lucro⁴⁷². Ou seja, se é corriqueiro que no nicho consumerista apenas uma das partes da relação atue especificamente visando a mais valia (o fornecedor) – e se no ambiente civil é possível que nenhuma das partes vise o lucro (a exemplo do casamento, assim se espera) –, não haverá atuação interempresarial sem tal recíproco caractere⁴⁷³. Desta forma, seria utópico crer que em contextos tão diversos, com partes munidas de conhecimentos e poder econômico tão distintos, que o princípio de idêntico significado ganhasse uníssono significado⁴⁷⁴: este não é o caso da boa-fé objetiva⁴⁷⁵.

Contemplando os dois opostos relacionais, aqueles nexos em que há hipertrofia (econômica, técnica, jurídica e informacional) – de um lado, - e hipossuficiência de outro; e aquele em que há paridade e profissionalismo de outro, é mais fácil concluir pelos contrastes do que a boa-fé objetiva engloba em ambos. Feita a breve análise comparativa entre a boa-fé objetiva civil no subcapítulo anterior e alguns exemplos da empresarial, mister retornar à análise de contrastes entre o arquétipo peculiar às relações assimétricas e simétricas de mercado.

Entre todas as diferenças sobre o funcionamento da boa-fé *ethos* (ou objetiva), ganha destaque o elemento dos *deveres de informação* e de *proteção*. Enquanto tais essências constituem o núcleo duro de resguardo ao consumidor contra condutas embusteiras do fornecedor, certamente sua existência é bem mais tímida no ambiente comercial. No último contexto, a atuação do próprio Estado-Social é em prol das *liberdades* e da *autonomia* dos agentes econômicos hipersuficientes, até mesmo para evitar paternalismos jurídicos em um perfil de isonomia material preexistente.

Entretanto, isso não quer dizer que sempre que se tratar de contexto empresarial a boa-fé objetiva nas vertentes do dever de informar e de proteger seja inexistente.

472 FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª Edição. São Paulo: Ed. dos Tribunais, 2010, p. 29.

473 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos. O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010, p. 25.

474 Sobre a relevância de não confundir as especialidades e particularidades do direito civil com aquelas do direito comercial, vide BETTI, Emílio. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. Traduzido por Karina Jannini e Giuliano Crifò. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007, p. 112.

475 FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato: Confronto com o Direito Europeu Futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89.

Dois exemplos auxiliam o interlocutor a perfilar tal raciocínio: (i) imagine-se um salão de cabelereiros que contrata o serviço de um provedor de acesso à internet, de modo a disponibilizar acesso à banda larga sem fios e maximizar o conforto de sua clientela. É bem possível que, apesar de tratar-se de uma sociedade empresária de médio porte, tudo saiba sobre hidratações, permanentes, maquilagens, tratamento de folículos capilares, mas pouco se entenda sobre velocidade de conexão, variação de qualidade da conexão etc. Apesar de não haver dúvida de que a contratação de tal serviço serve para a obtenção de lucro com outro serviço – razão pela qual não cuida de um nexo consumerista sob a ótica da teoria finalista⁴⁷⁶ –, é evidente que há assimetria informacional entre as partes, mesmo que não haja assimetria econômica ou jurídica. Destarte, o dever de informar, de manter canais de informação para dúvidas incidentais, integram o perfil contratual, ainda que a *intensidade* e a *variedade* dos veículos de informação não precisem ser tão *amistosas* e *basilares* quanto na relação do mesmo fornecedor de acesso à internet para um usuário pessoa física, que contratou tal serviço para seu lar. Com relação ao dever de proteção, se, na data da instalação do modem e dos roteadores no salão de beleza, o técnico-preposto do fornecedor notar que o local destinado ao maquinário é inadequado, que não há ventilação suficiente para manter o equipamento seguro, ele deverá informar e sugerir mudanças *arquitetônicas* e *organizacionais* para alcançar tal segurança. Não há, contudo, qualquer dever de reiterar tais orientações, de fiscalizar, ou de incentivar o contratante a implementar aquilo que é melhor para si.

O segundo exemplo (ii) do contexto empresarial toma como premissa não só da hipersuficiência das partes, de um vínculo jurídico entre si, mas de um nicho ainda mais específico do que a *profissionalidade* e a *busca do lucro*: a concorrência. Como visto no exemplo (i), nem toda relação interempresarial é caracterizada pela abrasividade patrimonial. A grande maioria dos nexos relacionais-empresariais, por sinal, não é de matiz competitiva. Quando se estiver diante de uma relação concorrencial, é possível asseverar que a boa-fé objetiva ainda existe, mas certos corolários desta *tendem* ao grau zero. Contemple-se o fato de que, quanto ao dever de informação, ele é mais visto no eixo interno do que no externo. *Verbi gratia*, a legislação da propriedade

476 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 6ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 304

intelectual toma como premissa o fato de que cada agente econômico conheça seu próprio mercado, sancionando-o na hipótese de ignorância⁴⁷⁷. Estar bem informado é tanto uma forma de se obter vantagens competitivas, permitir a manutenção de clientela (como na hipótese de uma receita exclusiva de uma iguaria gastronômica rara) e habilitar o conhecimento de bons fornecedores de insumos, bem como de evitar equívocos estratégicos. Pode-se ventilar várias hipóteses, aliás, em que há um dever de *não informar* o concorrente, visto que tal pode ser visto como ajuste ou acordo de preços, início da práxis de cartel, enfim, qualquer sorte de violação à ordem econômica, crimes contra as práxis licitatórias⁴⁷⁸ e uma prática do antitruste⁴⁷⁹. No tocante ao dever de proteção, é preciso revitalizar as características próprias do contexto abrasivo. Como se verificou no capítulo primeiro, a natureza da concorrência leal é de causar *danos justos, legítimos*, e muitas vezes gravosos ao competidor. A depender do grau de ineficiência de um lado e de eficiência de outro, a falência poderá ser um corolário natural e jurígeno: (1) não consegue se enxergar um genuíno dever de proteção no ambiente da relação empresarial-concorrencial; e, ainda que (2) se consiga vê-lo, timidamente, na relação empresarial-comum; (3) se estará presente do mesmo com intensidade mediana nas relações civis; e (4) constará a máxima força da tutela protetiva nos plexos de natureza consumista. Em verdade, as peculiaridades do eixo empresarial-competitivo são tan-

477 CPI/1996: “Art. 124. Não são registráveis como marca: XXIII - sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia” – com grifos.

478 Lei 8.666/93: “Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa”.

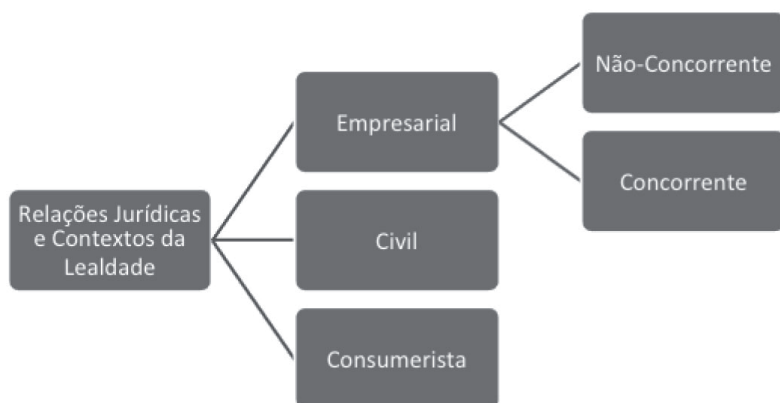
479 Lei 12.529/2011: “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”.

tas que até a *cautela* na agressão legítima pode gerar legítimo estranhamento do ombudsman e da agência reguladora setorial (ANTT, CADE, BACEN, CVM etc.). Pactos de não-agressão entre concorrentes podem ser sintomas de nocivas práticas antitruste e até de crimes contra a administração pública⁴⁸⁰.

Desta sorte, antes de exigir do *outro* qualquer dever de informação ou proteção, é necessário que o empresário-concorrente se recorde da máxima *imputent sibi*⁴⁸¹.

4.4 Os Segmentos Concorrenciais e suas Características

Considerando que a ordem jurídica internacional (da qual o Brasil faz parte) condiciona os meandros da *deslealdade*; e levando em conta o fato de que a boa-fé objetiva é *existente* para o escopo do Direito Empresarial, ainda que qualitativamente diversa da intensidade do mesmo arquétipo nas searas Civil e Consumerista, faz-se necessário aprofundar a temática dos ambientes *profissionais* competitivos.



480 Lei 8.666/93: “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

481 Em sentido símile ventilando o dever de diligência vide LUPION GARCIA, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais*. Contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.142.

4.4.1 A Boa-fé e a Lealdade Intranicho

No subcapítulo (4.3) anterior, enfatizou-se a distinção entre o que se considera boa-fé objetiva em cada contexto⁴⁸², bem como se narrou o fato de que a deslealdade pode ser praticada por sujeitos de direito hipossuficientes, hipersuficientes e até economicamente paritários. Entretanto, seria impreciso asseverar que qualquer tipo de *deslealdade* empresarial constituiria um ato abusivo, ilícito, de concorrência desleal, já que em muitos nexos comerciais não há qualquer premissa competitiva.

Ademais, uma leitura açodada da diferenciação entre graus de proatividade, agires virtuosos e a incidência principiológica entre as searas, poderia levar alguém a crer em uma certa *pasteurização* (ou *uniformidade*) de condutas tidas como *leais* a depender do mero recorte tricotômico (consumerista, civil e empresarial). No entanto, sabe-se que, mesmo no segmento específico do setor empresarial-concorrencial, cada nicho de atuação tem um grau de *agressividade* distinto. Ou seja, se entre os concorrentes do mercado de vestuário *fast fashion* o ato de reproduzir os elementos essenciais da estampa, perpassados três meses do lançamento da coleção inovadora, pode ser um ato *esperado e regular*; a mesma conduta no mercado de acessórios de mensuração cronológica pode ser extremamente *inesperada e irregular*. Em outras palavras, o parâmetro da *normalidade* ou da *lealdade* competitiva não é um dado apriorístico ou unívoco, nem tampouco deriva da legalidade estrita⁴⁸³.

Tal observação pode parecer óbvia, mas é bastante corriqueiro que causídicos apresentem petições iniciais instruindo sua demanda sobre concorrên-

482 Como bem narra FORGIONI, Paula Andrea. *Interpretação dos Negócios Empresariais e a Constituição Federal*. In: NUSDEO, Fábio (Coordenador). *A Ordem Econômica Constitucional*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 150, para efeitos do contexto comercial, *boa-fé* objetiva depende daquilo que “normalmente ocorre no mercado”.

483 “Assim, não é a lei que define os limites da concorrência, mas as práticas, localizadas no tempo, no lugar e no mercado específico, dos demais concorrentes, que vão precisar o que é lícito ou ilícito. Quando cada concorrente entra em um mercado específico, encontra aí certos padrões de concorrência, mais ou menos agressivos, que vão definir sua margem de risco. Embora tais padrões possam alterar-se com o tempo, ou conforme o lugar, há padrões esperados e padrões inaceitáveis de concorrência” BARBOSA, Denis Borges. *A concorrência desleal, e sua vertente parasitária*. Rio de Janeiro: site pessoal do autor http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/concorrenca_desleal.pdf, acessado no dia 19.09.2020, às 18:48.

cia desleal colacionando julgados da *temática*, mas versando sobre segmentos empresariais *completamente* diversos daquele objeto da contenda. Ou seja, compara-se maçãs com bananas e não se permite uma análise técnica acerca da *regularidade* do agir imputado de desleal. Aqui aparece mais uma distinção entre as *concorrências ilegal, interdita e desleal*, pois, só na última (exatamente a de incidência subsidiária) as variações das condutas setoriais podem ser juridicamente relevantes para *legitimar* ou *deslegitimar* o ato ilícito. Nas ilicitudes concorrenciais *principais*, independentemente do segmento, a tutela do direito objetivo ou subjetivo-proprietário se dará mediante os regulares atos de *subsunção* e *suprassunção*, sem que tenha que se provar – ainda – o que é esperado e ordinário no ambiente setorial.

Logo, o *normal* e o *patológico* precisa ser aferido (i) dentro do segmento, (ii) em um determinado tempo, (iii) levando-se em conta as peculiaridades locais, estaduais, regionais, nacionais, continentais ou internacionais, a depender da amplitude do mercado relevante, (iv) partindo-se da premissa de que ambos os *contendentes* são profissionais sobre os quais se presume a cognição de *como* age o setor; e (v) não olvidando que a intervenção estatal em relações paritárias e de natural abrasividade deve ser *extremamente justificada*. A boa-fé objetiva no recorte empresarial é existente⁴⁸⁴, vinculante e, ainda que ameaçada, não pode ser tripudiada.

Como nota final, é oportuno ressaltar que o agente econômico que reclama a tutela Estatal por um ato *danoso*, mas previsível e regular em seu contexto mercantil, este sim não age de boa-fé objetiva. Atua, ao contrário, como um infante mimado e chorão.

484 “Sin embargo, la lucha de mercado no puede realizar-se de forma contraria la buena fe que debe presidir todas las relaciones de mercado; la buena fe constituye una pauta de actuación en el mercado” Tradução livre: “Entretanto, a disputa de mercado não pode se dar de forma contrária à boa fé que deve presidir todas as relações de mercado; a boa-fé constitui uma pauta de atuação no mercado” PÉREZ, Eva Dominguez. *Competencia a Través de Actos de Imitación Sistemática*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003, p. 124. Note-se, contudo, que há países em que a falta de uma vinculação legal à boa-fé gera uma competição ainda mais abrasiva (especialmente quando o ato abusivo parte de liames obrigacionais): MITTAL, Raman. *India*. In. HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 290: “There is no positive duty imposed by Indian contract law upon the parties to negotiate their contracts in good faith”. Tradução livre: “Não há dever de fazer imposto pela lei contratual indiana sobre as partes de negociar seus contratos de boa fé”. Não se faz aqui uma ode ao espírito narrado no último excerto citado.

4.4.2 A mutabilidade e a calculabilidade dos atos tidos como desleais

Se a boa técnica guiar o ato de dirimir o suposto ato de concorrência desleal, muito além de fazer uso de um *experto*, um auxiliar do Juízo que conheça especificamente o setor litigado⁴⁸⁵, é necessário compreender que o conceito de lealdade não é estanque⁴⁸⁶ mesmo dentro de um único segmento. Tal como os órgãos humanos, há certa sístole e diástole no que seria tido como *dano injusto* no mercado relevante, bem como o conhecimento sobre os padrões *histórico-setoriais*⁴⁸⁷ passa a ser fundamental em qualquer análise. Dois exemplos podem auxiliar o interlocutor na compreensão da proposta formulada: (i) contemple-se um setor empresarial-competitivo em que haja cerca de dez agentes econômicos mais relevantes e o grau de abrasividade seja *mediano*. No exemplo aqui narrado não há estímulos a novos entrantes neste mercado que ofereçam algum grau de variedade de ofertantes/produtos/serviços, com alguma qualidade e sem preços longe de uma margem de lucratividade moderada. As vetustas *práxis* setoriais, tais como a estabilidade dos mesmos agentes econômicos concorrentes, ajudam a moldar uma *espécie* de *código implícito* de condutas tidas como legítimas ou *abusivas* no setor. Há uma calculabilidade, uma legítima expectativa de que tipo de dano será sofrido decorrente da abrasividade natural, bem como do que poderia ser tido como *danoso*, *inesperado* e *ilegítimo*.

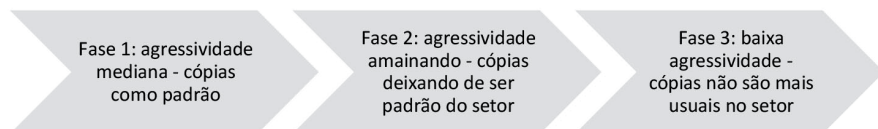
485 Em um contexto sobre a hermenêutica histórica leciona o professor peninsular: “deve-se também distinguir o costume ético efetivamente praticado (*éthos*) da ética que os moralistas contemporâneos dele extraíram” BETTI, Emílio. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. Traduzido por Karina Jannini e Giuliano Crifò. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007, p. LXXXVI.

486 “Em suma, o jurista deve considerar o conjunto do ordenamento jurídico não de modo estático, como uma ossatura fossilizada ou uma formação gradual de cristais, da qual se trata apenas de evidenciar e revelar as sucessivas estratificações, mas de modo dinâmico, como uma concatenação produtiva e operante (para usar as palavras de Dilthey), como um organismo em perene movimento, que, ao imergir no mundo da atualidade, é capaz de se auto-integrar segundo um propósito de coerência racional e de acordo com os casos mutáveis e as exigências vitais supervenientes da sociedade presente enquanto nela se podem mostrar refletidas” BETTI, Emílio. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. Traduzido por Karina Jannini e Giuliano Crifò. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007, p. LXIII.

487 *Mutatis Mutandi*: “No espelho que é a História, enxergamos para além da estreiteza do presente e discernimos padrões. Sem História, perde alento nosso espírito. Se quisermos ignorar nossa História, ela nos surpreenderá à nossa revelia. Os espectros do passado nos conduzem” JASPERS, Karl Theodor. *Introdução ao Pensamento Filosófico*. Traduzido por Leonidas Hegenberg & Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Ed. Cultrix, 2013, p. 36.

Uma das condutas praticadas por todos os integrantes do setor – na primeira fase histórica – é a uniformidade do conjunto-imagem dos produtos, sempre com destaque às marcas do originador e do produto, que são muito distintas das titularidades dos concorrentes. Entretanto, paulatinamente – segunda fase histórica – a agressividade mediana começa a ser reduzida e um dos sintomas de tal amainar é que nos novos embalamentos (ou seja, elementos puramente distintivos) cada um dos agentes econômicos passou a dotar conjunto-imagem muito peculiar e distinto dos demais. Alguns anos depois, porém, surge – terceira fase histórica – um décimo-primeiro sujeito de direito (júnior) no mercado competitivo e tenta copiar o conjunto-imagem de um agente econômico que lhe antecedeu (sênior), inclusive sob a justificativa de que tal era *esperado* naquele segmento; afinal, todos assim o procederam por anos e anos. Note-se, contudo, que tal defesa não é baseada em elementos contemporâneos ao mercado relevante, na sincronia dos *costumes setoriais*, e sim em uma *diacronia*. O ato é sem dúvida desleal se que outra forma de ilicitude competitiva (principal) não for suficiente a obstar a continuidade de tal prática.

Exemplo (i)

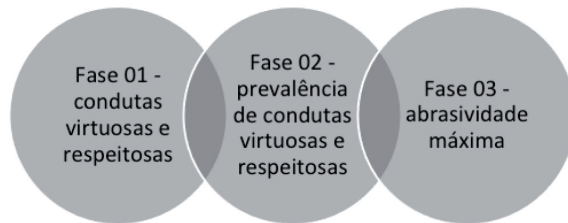


Em outras palavras, a depender do momento histórico, em um mesmo segmento empresarial-concorrencial, o *mesmo* ato pode ser considerado *leal* e em seguida *desleal*, já que há uma mutabilidade das *legítimas expectativas*, dos *costumes setoriais* e do que seria – ou não – abusivo.

O segundo (ii) exemplo abaixo, narra uma hipótese fática *inversa*, na qual – fase 01 – se há outro setor de idêntica abrasividade *mediana*, integrado por dez outros agentes econômicos concorrentes, mas cujas práticas de imitação dos conjuntos-imagens não sejam banais ou mesmo aceitas. Entretanto, tendo em vista que os integrantes gozam de uma alta margem de lucratividade, e o setor contempla um mercado em enorme expansão, – fase 02 – agentes econômicos juniores são seduzido a tal empreitada, aos montes, e ingressam em tal nicho mercantil. Com um impacto no quantitativo de sujeitos-concorrentes – e com táticas havidas desde a prática de preços substancialmente

menores do que a média –, rusgas econômicas surgem e os comportamentos *recíprocos* de belicosidade passam a serem notados. Aquilo que não era – jamais – visto no segmento, como (a) publicidades comparativas *explícitas*, (b) *sátiras* do adversário, bem como (c) certa imitação nos conjuntos-imagens, se tornam esporádicos. Com os consumidores antes fidelizados migrando suas preferências para os agentes econômicos *juniors* que gozam do *fator novidade*, os entes econômicos sêniores – fase 03 – iniciam uma *estratégia* inovadora de *contra-ataques*, especialmente com publicidades questionando a qualidade dos *ofertantes juniors* – em geral. Paulatinamente, nota-se uma erosão dos comportamentos tidos como regulares, normais e leais.

Exemplo (ii)



Tal como narrado no Exemplo (i), a depender da fase em que o ato de *zombaria* do concorrente, da imitação de elementos não protegidos por *concorrência interdita* ou *ilegal* ocorra, o mesmo fato poderá ser (ou não) desleal. As vicissitudes setoriais cronologicamente aferidas é que determinarão o padrão comportamental *desviado* ou *esperado*; *abusivo* ou dentro das *liberdades* comuns ao setor.

Tal como ocorre em outras relações sociais, a escalada da abrasividade e a banalidade de comportamentos agressivos poderão ocorrer em velocidade maior do que o processo inverso de apaziguamento. Ainda, novos agentes econômicos, pela ausência de maiores entraves à entrada e o depauperamento de um mercado, trazem uma tensão inédita que raras vezes é sanada através de *técnicas* meramente internas de aprimoramento do produto/serviço. Entretanto, é importante suscitar que nenhum dos dois processos (i) ou (ii) significa uma vedação ao *status quo ante*, já que não só a mutabilidade é uma certeza, mas a pendularidade de *avanços e retrocessos* também o é.

Cada mercado (transporte em geral), cada nicho (aviação, marítimo, ferroviário, rodoviário com de larga escala, veículos automotores menores,

animais) e até cada sub-nicho (carga/passageiros/coletivo/individual) poderá ter *códigos internos*, explícitos, mas não escritos, daquilo que se compreenda como uma conduta *regular*.

O que a Ordenação Jurídica brasileira, informada pelos Tratados Contratos internacionais que *harmonizam e informam* o grau de soberania havida, providencia aos jurisdicionados e administrados, é que: (a) independentemente da fase em que seu mercado relevante esteja, (b) não importando se tal mercado esteja em transação para um modelo (i) *pacificador*, ou (ii) *mais agressivo*, (c) a *calculabilidade* do que pode ser feito e do com que seja *justo* sofrer. O dano é ínsito à relação afeita à boa-fé objetiva empresarial-concorrencial, mas ele não deve ou pode ser *injusto*, inesperado e inesperável, malévolo, desproporcional. O dano justo nunca é desleal.

Em uma nota final, destaque-se que a *calculabilidade* (de uma conduta que pode ser praticada durante a *transição de fases* competitivas) nada tem a ver com superações abruptas ocorridas em virtude de *prestações próprias*.

É da natureza daqueles que lidam com bens de produção o risco de que um concorrente desenvolva uma tecnologia muito melhor, um mesmo produto com enorme barateamento no custo produtivo que tenha aguardado a extinção da causa da *concorrência interdita* findar (domínio público), ou que proponha algo que torne completamente obsoleto um mercado como um todo. Nada disso, independentemente de quantas falências, desemprego e pânico societário-mercantil que possa causar, é desleal, já que é ínsito ao sistema capitalista e à própria ordem econômica. A *calculabilidade* protegida pelo sistema *contra a concorrência desleal* é aquela do agente econômico diligente, que observa as *mutações* naturais de seu mercado, que deve estar investindo em *pesquisa, desenvolvimento e inovação* e que participe das disputas pelo aprimoramento dos próprios produtos ou serviços. Ainda, condutas *surpreendentes* do concorrente, mas que sejam no sentido de *amainar* guerras em curso, tampouco podem afetar a *calculabilidade*, já que não causam *danos injustos*.

Se este agente *diligente*, perante um padrão mercantil, sofreu um baque *inesperado* para qualquer integrante daquele nicho, causado pelo concorrente que não pode arrogar para si à ótica meritória da *prestação*, estar-se-á diante de um ato de *concorrência + desleal*. Como será analisado no capítulo quinto, a *mutabilidade* e a *pendularidade* dos comportamentos tidos como *leais* em um mesmo setor, podem e devem ser estimulados pelos Poderes Constituí-

dos de modo a apontarem para *novos costumes* mais virtuosos. Contudo, os próprios sujeitos de direito que integram o mercado relevante são os protagonistas nas práxis cotidianas, na ética relacional, e na própria velocidade com a qual a transição de fases ocorre⁴⁸⁸. A *mutação* é uma eterna realidade dos mercados, ainda quando ela ocorra de modo imperceptível para o concorrente *desavisado* ou para os outros núcleos de interesse que não participam das *abrasividades* internas do setor.

4.5 Conclusão

Analisadas as influências multilaterais da CUP e de TRIPs para com a Ordenação Nacional, em especial após a Constituição da República Federativa do Brasil havida no ocaso da década de 1980; contemplados os três (macro) recortes de incidência da boa-fé objetiva nos ambientes *privados*; perscrutado que o perfil da boa-fé objetiva no ambiente empresarial tem gamas de incidência, a saber se a relação do *business to business* (b2b – como acrônimo) é ou não competitiva; compreendido que é impossível comparar mercados de segmentos diferentes, ou de países diferentes, ou até – a depender das especificidades – de subnichos distintos; constatado ser equivocada uma análise sobre os *costumes* comuns ao setor ignorando o passar do tempo; é possível concluir que a *mutabilidade*, a *pendularidade* são ínsitas à lógica mercantil, mas que nenhuma dessas características poderá *obnubilar* a *calculabilidade* do agente diligente na percepção de que conduta é, era, ou será *desleal*.

488 Ao leitor fica a advertência de que as premissas aqui tomadas levam em consideração que, independentemente do grau de agressividade praticado pelos partícipes do mercado, nenhuma outra esfera jurídica da relação jurídica poliédrica tenha sido aviltada (Estado, Meio Ambiente, Consumidores, etc). Tomou-se aqui o raciocínio de que apenas abrasões, incômodas, danosas, limitadas aos *concorrentes* nos perfis objetivo, subjetivo, corporativo e atividade da empresa foram notados. Como se sabe, há ilícitos no nicho concorrencial que tendem a ser pluriofensivos e outros tantos acabam tendo seus efeitos mais circunscritos.

SEARA CÍVEL E BOA-FÉ OBJETIVA	EXISTÊNCIA DE BOA-FÉ OBJETIVA	INTENSIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA EXIGIDA	DEVERES ANEXOS, PROTEÇÃO E INFORMAÇÃO
CONSUMERISTA	SIM	MÁXIMA	MÁXIMA
CIVIL	SIM	MEDIANA	MEDIANA
EMPRESARIAL NÃO COMPETI- TIVA	SIM	BAIXA	BAIXA
EMPRESARIAL- -CONCORREN- CIAL	SIM	BAIXÍSSIMA	TENDENTE A ZERO

No próximo capítulo será abordada a doutrina que aponta a ética profissional como o *termômetro* para mensurar se há ou não deslealdade, bem como o perfil das *condutas* desleais tradicionais e aquelas ditas contemporâneas.

(5) Deslealdade: Perfis das Condutas (Ilícitos Clássicos)

5.1 Introdução; 5.2 Valores Profissionais Retilíneos; 5.2.1 Deontologia é Fator Determinante da Deslealdade?; 5.2.2 As Vicissitudes e Peculiaridades Mercantis; 5.3 O Papel do Estado na Concorrência Privada: As Liberdades Negativas; 5.4 O Papel do Estado na Concorrência Privada: As Liberdades Positivas; 5.5 As Formas Clássicas do Abuso da Liberdade Concorrencial; 5.5.1 A relativa autonomia da concorrência desleal clássica; 5.5.2 A concorrência desleal 'clássica' e as relações societárias; 5.5.3 A concorrência desleal clássica e questões publicitárias; 5.6 Conclusão.

5.1 Introdução

Delineada a qualidade da boa-fé objetiva (empresarial-concorrencial), que *suavemente* incide sobre as relações jurídicas econômicas de matiz abrasivo; verificado que os dois principais⁴⁸⁹ Tratados-Contratos de Propriedade Intelectual dos quais o Brasil foi membro-fundador estipularam que a regência da tutela contra os atos de *abuso da liberdade concorrencial*⁴⁹⁰, *a priori*, incidiriam apenas sobre os eixos comercial e industrial (empresarial *lato sensu*); e constatado que não há um único eixo característico do que seja *desleal* independentemente do setor econômico relevante; compreende-se a estrutura básica do instituto da *concorrência desleal*.

Entretanto, tendo-se em vista tratar de instituto *maleável*, tendente a mudanças cíclicas não unidirecionais (mas sim pendulares⁴⁹¹), de natureza subsidiária às outras formas de tutela pertinentes (concorrência ilegal e con-

489 Aqui se está excluindo o importante Tratado-Contrato da Convenção União de Berna de 1886 que trata dos Direitos de Autor.

490 Endossando a tese de que a concorrência desleal cuida de abuso da liberdade competitiva, vide SCHMIDT, Lélío Denicoli. *Contrafação de Marca e Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 128, Jan/Fev, 2014, p. 48.

491 Sobre o dinamismo jurídico típico ao chamado direito de clientela, vide ROUBIER, Paul. *Droits Intellectuels ou Droits de Clientèle*. Paris: Recueil Sirey, 1935, p. 43.

corrência interdita), em uma análise acadêmica também é necessário abordar (i) a conhecida tese de que se trataria de um fenômeno típico à probidade profissional; (ii) o papel do estado para com a concorrência diante das chamadas liberdade negativas, (iii) idêntico papel dos Poderes Públicos diante das liberdades positivas; e (iv) as formas tradicionais de se performar a *deslealdade*.

A pendularidade do que se pode esperar por parte de outrem, sendo um agente econômico diligente, e da calculabilidade dos agires por parte dos sujeitos de direito que integram o núcleo da abrasividade competitiva de índole patrimonial, faz com que condutas que fossem *estruturalmente* tidas como normais no passado possam, *funcionalmente*, se transformar em danos injustos. O mesmo processo inverso poderá ocorrer quando um segmento mercantil, que fora caracterizado por condutas puramente cordiais (sem que tal índole de cooperação mútua chegasse a caracterizar um cartel), passa a ser caracterizado por rusgas constantes, porém lícitas.

Nota-se, assim, que (a) o tempo não é apenas um requisito para a constatação da *concorrência*⁴⁹² como fenômeno que carece (1) de pluralidade subjetiva, (2) caráter patrimonial, e (3) *animus* competitivo; há ainda os demais requisitos da (b) identidade objetiva; e (c) territorialidade. O (a) tempo é pertinente⁴⁹³ ao recorte da *deslealdade* por si só, já mesmo internamente ao determinado perfil econômico, pois o passado não é garantia do que seja *conven-*
cionado pelo setor como *práxis danosa esperada* atualmente, ou até doravante.

Por esta mesma razão, este capítulo não tem a pretensão de realizar uma proscrição indefectível sobre que *novas condutas* desleais surgirão, mas apenas de abordar o que está consolidado (conteúdo descritivo) pela tradição nacional da deslealdade competitiva, bem como aquilo que começa (conteúdo prescritivo) a se notar pelas últimas décadas e pode ser denominado de *perfil contemporâneo da concorrência desleal*.

492 Razão pela qual o jornal do dia noticiando um fato e a revista semanal, compilando e criticando o mesmo fato podem não ser concorrentes um do outro; ou a mesma obra exibida no cinema, disponível para licença temporária de uso em canais pagos, e depois publicizada em canal de televisão 'aberta' ao público, não torna – imediatamente e *per se* – cada agente econômico intermediário concorrente um do outro.

493 CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las & PALAZZI, Pablo & HERRERO, Andrés Sánchez & SEREBRINSKY, Diego H. Derecho de la Competencia Desleal. Buenos Aires: Heliasta, 2014, p. 228.

5.2 Valores Profissionais Retilíneos

Uma das correntes doutrinárias mais fortes com relação a matéria, no Brasil⁴⁹⁴ e no exterior⁴⁹⁵, defende que a conduta da concorrência desleal é um desdobramento da má-ética profissional⁴⁹⁶. Ou seja, ao invés de se focar *internamente/endogenamente* naquilo que geralmente se observa (conceito de normalidade da seara mercantil) no segmento empresarial pertinente, defende-se que a análise deve ser feita por alguém externo, até mesmo ignorando o

494 BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria e prática da concorrência desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva 1989, p. 33. CAMELIER DA SILVA, Alberto Luiz. *Concorrência Desleal: Atos de Confusão*, São Paulo: Ed. Saraiva 2013, p. 81. DUVAL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1976, p. 126. FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de Direito Comercial*. 7º Volume, São Paulo: Ed. Saraiva, 1962, p. 268. PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Concorrência Desleal por Meio da Publicidade*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001, p. 13.

495 “La nozione di «correttezza professionale» (non è certo inattuale ricordare) costituisce il vero e proprio motivo conduttore della concorrenza sleale e di sé sostanzia ogni singolo illecito” Tradução Livre: “A noção de “integridade profissional” (certamente não é inoportuno lembrar) é a verdadeira força motriz por trás da concorrência desleal e ela mesma consubstancia cada ofensa” SCIRE, Francesco. *Concorrenza Sleale e Sfruttamento Del Lavoro Altrui*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 1. AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo Econômico e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 198. Narrando que tal é o principal critério na Itália, sendo na Espanha o de boa-fé e, em Portugal, o dos usos honestos: vide ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 152 e PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direito Comercial das Empresas: apontamentos Teóricos – Práticos*. 2ª Edição, Curitiba: Ed. Juruá, 2015, p. 72.

496 ITÁLIA. Codice Civile. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 - Acessado no sítio <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>, no dia 02.02.2021, às 12:11: “Art. 2598.(1) *Atti di concorrenza sleale. Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto, compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente; 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda*”. Tradução livre: “Art. 2598. (1) Atos de concorrência desleal. Sem prejuízo das disposições relativas à proteção de sinais distintivos e direitos de patente, quem: 1) usa nomes ou sinais distintivos capazes de produzir confusão com os nomes ou com os sinais distintivos legítimamente usados por terceiros, ou imita servilmente os produtos de um concorrente, ou realizar, por qualquer outro meio, atos capazes de criar confusão com os produtos e com a atividade de um concorrente; 2) divulgue notícias e apreciações sobre produtos e atividades de um concorrente, capazes de desacreditar ou se apropriar dos méritos dos produtos ou negócios de um concorrente; 3) utilizar, direta ou indiretamente, quaisquer outros meios que não estejam de acordo com os princípios da correção profissional e sejam capazes de prejudicar a outra empresa”.

cotidiano do específico paradigma econômico⁴⁹⁷. Tal não significa dizer que se apurará o *animus subjetivo* do sujeito que praticou a conduta inquinada de desleal, já que o mesmo deve ser visto sob o ponto de vista *objetivo*; mas que a tutela contra a concorrência desleal seria a garantia da *manutenção das regras do jogo*⁴⁹⁸ da concorrência. Para ser mais preciso, a última assertiva significa dizer que não seria sob o ponto de vista da ótica *corporativa* (intra-concorrencial-empresarial) que as *regras do jogo* seriam analisadas, não bastaria respeitar um *código deontológico*⁴⁹⁹ expresso ou tácito, mas sim se tal conteúdo estaria acorde ao ponto de vista de uma ética geral⁵⁰⁰.

Fazendo uma alusão à metáfora de Delmanto quanto a concorrência desleal e a luta de boxe⁵⁰¹, esta proposta de probidade profissional traria o mesmo estranhamento de um alcoviteiro da diocese ser convocado para reeditar os regulamentos intraringue, sem a participação dos contendores. Os fatos sociais, quiçá institucionais, entre concorrentes⁵⁰² seriam então sujeitos a uma redefinição exógena.

497 SCIRÉ, Francesco. *Concorrenza Sleale e Sfruttamento Del Lavoro Altrui*. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1994, p. 14.

498 SCIRÉ, Francesco. *Concorrenza Sleale e Sfruttamento Del Lavoro Altrui*. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1994, p. 93.

499 Até mesmo porque há setores econômicos em que tal código pode não ser muito estrito, conforme pertinente crítica de LUCCA, Newton De. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Ed; Quartier Latin, 2009, p. 341.

500 AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo Económico e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 202.

501 DELMANTO, Celso. *Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 13.

502 “Sempre que tivermos pessoas cooperando, teremos intencionalidade coletiva. Sempre que tivermos pessoas compartilhando seus pensamentos” sentimentos e outros temos intencionalidade coletiva; e, de fato, o que quero dizer é que esta é a base de todas as atividades sociais. Até mesmo o conflito humano, na maioria de suas formas, exige cooperação. Pense em uma luta de boxe, um jogo de futebol, um julgamento ou mesmo dois filósofos envolvidos em uma discussão. Para que esses tipos de conflitos continuem, deve haver um nível superior de cooperação. Se um homem chega por trás de outro em um beco escuro e bate na sua cabeça, não é preciso nenhuma intencionalidade coletiva. No entanto, para uma luta de boxe, uma luta livre, um duelo ou mesmo uma troca de insultos em uma festa, algum nível de cooperação é exigido. De modo a estar brigando em um nível, precisamos estar cooperando para brigar em outro nível. Definirei *fato social*, de maneira arbitrária, como qualquer fato que envolva dois ou mais agentes que possuem intencionalidade coletiva. Então, por exemplo, animais caçando juntos, pássaros cooperando na construção de um ninho e provavelmente os chamados insetos sociais, como formigas e abelhas, manifestam intencionalidade coletiva e, portanto, geram fatos sociais. Os seres humanos têm uma extraordinária capacidade que lhes permite ir além

5.2.1 Deontologia é Fator Determinante da Deslealdade?

A lógica cuja pretensão seria de explicitar critério *determinante* na aferição da conduta inquinada de desleal, dentro do âmbito da concorrência, pode, no máximo ser visto como algo *condicionante*⁵⁰³.

Se a lógica competitiva fosse pertinente a qualquer categoria profissional⁵⁰⁴, facilmente se consegue hipotetizar *fattispecie* que seja, concomitantemente, deontologicamente condenável sem que haja qualquer dano (ou quiçá pertinência) concorrencial.

Por exemplo: (a) um médico que publicasse um artigo em revista setorial de destaque internacional revelando idiossincrasias do inovador tratamento profilático de sua autoria exercido em paciente portador de moléstia rara, divulgando detalhes pessoais e a identidade do último (com ou sem sua autorização)⁵⁰⁵; (b) um magistrado que oficia no Pretório Excelso reiteradamente dar declarações a hebdomadários criticando decisão meritória de colega da Corte, ou de juíza de outra instância⁵⁰⁶, ou órgão do Poder Judiciário que visando a promoção por merecimento infla seu currículo em detrimento do colega que não hipertrofia seu *curriculum vitae*; (c) um engenheiro metuculooso com sua forma de expressão fincada em excessiva tecnicidade escreve um parecer que é verídico e preciso, mas de compreensão indecifrável por parte do seu destinatário, o cliente⁵⁰⁷; (d) um corretor de imóveis que não presta

dos meros fatos sociais até os *fatos institucionais*” SEARLE, John R. *Mente, Linguagem e Sociedade. Filosofia no mundo real*. Traduzido por F. Rangel. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 2000, p. 113.

503 Defendendo algum liame entre regras deontológicas e a tutela contra a concorrência desleal, vide CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000, p. 6.

504 Esta tese não adere a tal raciocínio generalista, tal como será exposto no capítulo pertinente ao “Sujeito Concorrente”, mas apenas apresenta tal premissa *maior* com o fito de desenvolvimento do argumento.

505 Razão pela qual se vilipendiaria o Capítulo I, inciso XI – (O médico guardará sigilo a respeito das informações de que de- tenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei) da Resolução 1.931/09, Código de Ética do Conselho Federal de Medicina.

506 LOMAN: Lei Complementar 35: “Art. 36 - É vedado ao magistrado: III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”.

507 11ª Edição do Código de Ética Profissional da Engenharia, da Agronomia, da Geologia, da Geografia e da Meteorologia: “Artigo 9º: No exercício da profissão são deveres do profissional: III) nas relações com os clientes, empregadores e colaborador g) adequar sua forma de expressão técnica às necessidades do cliente e às normas vigentes aplicáveis”.

ou procrastina a prestação de contas ao cliente quando solicitado⁵⁰⁸; (e) um causídico que passa a frequentar um escandaloso programa de alcoviteiros na televisão com a finalidade de realizar autopromoção, revelando quão exitoso foi sua atuação em um picante caso de prestação alimentícia de um filho não reconhecido por um genitor⁵⁰⁹; (f) uma boxeadora profissional emana declaração falsa à entidade organizadora da luta sobre não ser gestante⁵¹⁰, em que pese estar nas primeiras semanas de gravidez, de modo a fazer jus a bolsa pela participação – essencial ao pagamento de seu aluguel; (g) um boteco na lapa carioca que se torna referência local ao servir deliciosa iguaria da família *Bovidae*, anunciando ser cabrito carregado no alho, quando em verdade se trata de um ovino (cordeiro)⁵¹¹; (h) um taxista que labora no ponto do aeroporto de Congonhas e tem o hábito de laborar usando sandálias, roupas fétidas com suor, camiseta regata com símbolo dos Gaviões da Fiel, fazer comentários discriminatórios e proselitistas (particularmente contra o discurso dos Direitos Humanos), bem como tomar os caminhos mais longos e engarrafados quando nota que o sotaque do passageiro é de turista carioca⁵¹²; (i) uma famosa

508 Código de Ética do Conselho Federal dos Corretores de Imóveis: “Art. 4º: Cumpre ao Corretor de Imóveis em relação aos clientes: V - prestar ao cliente, quando este as solicite ou logo que concluído o negócio, contas pormenorizadas”.

509 Código de Ética do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil: “Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porem sempre restrito ao interesse da causa” e “Art. 32. O advogado que eventualmente participar de programa de televisão ou de rádio, de entrevista na imprensa, de reportagem televisionada ou de qualquer outro meio, para manifestação profissional, deve visar a objetivos exclusivamente ilustrativos, educacionais e instrutivos, sem propósito de promoção pessoal ou profissional, vedados pronunciamentos sobre métodos de trabalho usados por seus colegas de profissão. Parágrafo único. Quando convidado para manifestação pública, por qualquer modo e forma, visando ao esclarecimento de tema jurídico de interesse geral, deve o advogado evitar insinuações a promoção pessoal ou profissional, bem como o debate de caráter sensacionalista”.

510 Regulamento da Confederação Brasileira de Boxe: “Regra 5 – Registro de Competição - 5.8.1. Para participar de uma competição AOB, as mulheres devem ter uma declaração assinada de não-gravidez carregada em seu perfil de banco de dados da AIBA”.

511 Tal viola o art. 6º, III, da Lei 8.078/90: “São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

512 Anexo III, da Portaria 007/2016, Do Diretor do Departamento de Transportes Públicos do Município de São Paulo, regulado na forma do art. 179, III, da Lei Orgânica de São Paulo: “São proibições expressas de uso de traje para o trabalho de taxista: I. Camiseta esportiva, camiseta regata ou qualquer outro tipo de camiseta; II. Camisa com estampas; III. Shorts e bermudas; IV. Calça esportiva, calça

sociedade empresária no ramo alimentício que é surpreendida pela autarquia especial federal pertinente à vigilância sanitária, em um procedimento fiscalizatório típico ao exercício do poder de polícia, com índices de pelos de roedores acima dos toleráveis⁵¹³; (j) um mecânico que se aproveita da assimetria informacional de seus clientes para fazer a troca de filtros de óleo, durante revisões gerais, mesmo que tal não seja necessário, de modo a maximizar seus honorários; e (k) um laboratório especializado em criogenia iniciar a prática de destinar os embriões sobressalentes, que seriam descartados, para experimentos escusos de clonagem humana⁵¹⁴.

Seguindo a exposição das hipóteses puramente teóricas, contemple-se a seguinte variação fática nos exemplos narrados: e se o/a profissional/sociedade empresária que realizasse as condutas acima fosse alocado(a) em um diminuto município de algum rincão isolado do país em que não houvesse outro sujeito de direito de idêntico múnus? A escassez de opções aos interlocutores de tais profissionais seria tamanha, que, poder-se-ia empregar – *lato sensu* e com exagero – a expressão ‘monopólio natural’. Extirpa-se nesta vicissitude dos exemplos um dos elementos de existência da abrasividade competitiva de índole patrimonial.

Em todos os hipotéticos (e inverossímeis) casos narrados, certamente há uma violação jurídica-deontológica, pois não se atuou acorde à proibidade profissional, quicá se vilipendiou a esfera jurídica de outrem (consumidor, administrado, jurisdicionado, cliente *et coetera*), mas não há que se falar, genuina-

de moletom e outras calças assemelhadas; V. Tênis, sandálias, chinelos e outros sapatos similares; III. Qualquer aroma que cause incômodo ao passageiro: a. Suor; V. Policiar-se no uso de palavras: a. Não proferir palavrões; b. Jamais atacar a honra de qualquer pessoa; c. Não fazer sarcasmo ou piadas constrangedoras; d. Respeitar-se a si mesmo e ao passageiro; É proibido ao taxista na prestação do serviço de táxi praticar qualquer ato ou comportamento que possa representar ou propagar preconceito de: a. Raça; b. Gênero; c. Religiosa; d. Partidária; e. Esportiva; f. Opção sexual; g. Qualquer outro tipo”.

513 Para a tristeza deste autor na leitura da Resolução – RDC 14 de 28.03.2014 – percebe-se que a agência reguladora tolera níveis de dejetos e de traços de roedores, quando qualquer tipo de tolerância pareceria ao homem comum do povo inadmissível: “Art. 13. São toleradas as matérias estranhas inevitáveis, de acordo com os respectivos limites estabelecidos, somente nos alimentos descritos nos Anexos 1 e 2, e naqueles que se enquadram no artigo 14”. Para uma notícia completa no sítio da autarquia sobre quais os extratos de tomate e ketchup encontrados com níveis acima do tolerado sobre *roedores* (espera-se que tenham sido esquilos ou camundongos particularmente asseados) vide: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias>, acessado no dia 03.03.2020, às 11:26.

514 Lei 11.101/2005: “Art. 6º Fica proibido: V – clonagem humana”.

mente, em vínculos de *concorrência*, ainda que se possa cuidar de uma forma de *deslealdade*, de proceder *antiético* ou de *ilicitude*. Há, no entanto, mais uma nítida diferença entre os atos de *concorrência desleal*⁵¹⁵ e aquelas práticas tidas como de *improbidade profissional*: a questão da tipicidade. Enquanto nos atos de deslealdade competitiva sua natureza maleável, mutante e pendular é sujeito à lógica igualmente adaptável da interpretação⁵¹⁶ acerca do que seja – *abuso do direito*, os atos de correção profissional em geral são sujeitos à tipicidade estrita. Assim, *verbi gratia*, se o sujeito apontado no exemplo (e) é acusado de alguma prática que pareça heterodoxa, mas que não consta no rol proibitivo da corporação, eventual representação contra este será sumariamente arquivada⁵¹⁷, a moldura hermenêutica⁵¹⁸ é deveras mais restrita. Ou seja, percebe-se que há mais similitudes entre a *tipicidade estrita* da concorrência ilegal (quicá da esfera criminal) e a lógica da probidade profissional, do que entre a última e a modalidade da concorrência desleal (e seu meandro mais amplo da *juridicidade*).

Se a doutrina que acolhe como pertinente critério da *retidão profissional* entende que tal seria o exercício de uma situação abrasiva interempresarial, no nicho de atuação do agente econômico, causador de dano injusto e em desconformidade às práticas usuais do setor; pode-se concordar com tal recorte. Contudo, o exercício de um mister em desconformidade à probidade profissional gera espécies de condutas que podem não coincidir com a da *concorrência desleal*, já que (i) outros núcleos de interesse distintos e sem qualquer

515 Mesmo na doutrina italiana há quem condene o critério suscitando ser de funtor corporativista e pouco preocupado com os demais núcleos de interesses (a exemplo dos consumidores) que gravitam ao redor das relações de concorrência, vide SANTAGATA, Carlo. *Concorrenza Sleale e Interessi Protetti*. Napoles: Casa Editrice Dottore Eugenio Jovene, 1975, p. 86.

516 “A interpretação não é pura arte dialética, não se desenvolve com método geométrico em um círculo de abstrações, mas perscruta as necessidades práticas da vida e a realidade social” FERRARA, Francesco. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Traduzido por Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002, p. 36

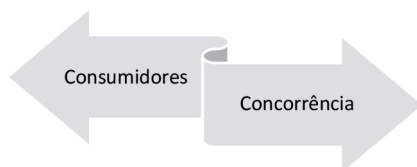
517 Regimento Interno do Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil: “Art. 50. Recebidos os autos, o Relator Presidente da Turma Disciplinar, nos termos do parecer apresentado ou segundo os fundamentos que adotar, proferirá despacho arquivando liminarmente a representação ou declarando instaurado o processo disciplinar. Parágrafo único. A representação será liminarmente arquivada quando: I – não preencher os requisitos do artigo 47 deste Regimento; II – narrar fatos evidentemente atípicos”.

518 KELSEN, Hans. *Teoria Pura Do Direto. Introdução à Problemática Científica do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª Edição, São Paulo: Revista Tribunais, 2011, p. 150: a expressão moldura hermenêutica é feita dentro da influência do grande jurista.

pertinência com a concorrência podem ser aqueles efetivamente violados pela prática, (ii) *a priori* se está vinculado à noção de tipicidade estrita/positiva, e (iii) haveria desconformidade à ética deontológica mesmo que a hipótese fática carecesse de pluralidade subjetiva, genuíno elemento da concorrência.

5.2.2 As Vicissitudes e Peculiaridades Mercantis

Um segundo gênero de problemas do recorte, que identifica a improbidade profissional para com a concorrência desleal, é o de laborar com a lógica do *one size fits all*, ou seja, de um leito de Procusto (unívoco e artificial) com o parâmetro de abrasão setorial. Como foi exposto no capítulo anterior que cuidou da *estrutura*, do perfil *dogmático* da concorrência desleal, não há uma identidade do que seria *uso honesto* de um segmento empresarial para o outro. Tal deve ser de sapiência (dever de *se informar*) de quem participa de um determinado mercado – já que o agente hipersuficiente certamente não poderá se valer de sua ignorância para se socorrer do paternalismo estatal –, bem como muitas vezes é de conhecimento do próprio consumidor. Não é possível olvidar que, além dos costumeiros danos que os concorrentes podem engendrar a si mesmos e aos consumidores, em certa medida a predileção dos últimos pode influenciar nas práticas dos primeiros – a exemplo de boicote àqueles que operam como pilantras, ou se mostrem *fiéis* àqueles que não reduzem qualidade na eventual guerra de preços. Neste norte, em um recorte mais específico da relação jurídica poliédrica enunciada nos capítulos anteriores, é possível verificar a recíproca influência entre tais núcleos de interesses. Ainda que ambos possam estar em uma relação, predominantemente, de permuta, e não de escopo (o que não significa dizer que uma harmonia entre os feixes não seja desejável), é inegável que as preferências e decisões de uns afetam os comportamentos dos outros. Internamente, os consumidores podem não se conhecer, não estarem unidos em associações; tal como os concorrentes raramente são cordiais uns com os outros; mas, externamente, há menor autonomia sobre as práticas tidas como lícitas dos segundos perante os primeiros, e maior autonomia dos primeiros em face dos últimos:



Tal assertiva anterior não significa dizer que, em conflitos que surjam, os adjudicatadores devem realizar um recorte formalista de que todo adquirente é hipossuficiente e de que todo fornecedor seria hipersuficiente. De fato, há presunções que favorecem o núcleo de interesses dos primeiros, com base na legislação de regência (Lei 8.078/90), não sendo, contudo, as mesmas de matiz absoluto.

Como hipótese, é possível ventilar (a) o mercado de vendas de carros usados em estabelecimentos comerciais. Existe certa fantasia sobre a má-reputação dos vendedores de tais bens ao manipular a informação sobre os veículos por si alienados, bem como a prática de depreciação dos veículos alheios na hipótese de aquisição. Não é à toa que tal ‘mito’ gerou um famoso trabalho de um docente economista que acabou se sagrando vencedor do prêmio Nobel: *Market for Lemons*, de George Akerloff. Assim é possível que o mais ignóbil dos alienantes/adquirentes não profissionais de veículos automotores de “segunda mão” saiba os limites da fides⁵¹⁹ perante os agentes econômicos de tal mercado.

Outro caso (b) seria o do ‘consumidor profissional’ (sob o ponto de vista da teoria maximalista, ou finalista moderada) em um mercado de bens de alto custo em que haja enorme abrasividade entre os sujeitos de direito concorrentes. As chances nestes casos de que os *regulares* danos concorrenciais superem o liame competitivo para atingir outros núcleos de interesse é deveras menor, já que o interlocutor também conhece os procedimentos – *usos e costumes* – do segmento. Neste segundo caso, quando só uma gama muito específica de adquirentes presentes a jusante participa da aquisição, a intervenção estatal (*rec-*

519 Além da tutela contra os vícios redibitórios presente no Código Civil (Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor) e no Código de Defesa do Consumidor (Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: § 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito). Para uma análise profunda sobre o *início* dos prazos de insurgência recomenda-se a leitura de SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e Decadência: início dos prazos*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

tius, atuação estatal⁵²⁰) – como se explicará no próximo subcapítulo – deve ser extremamente residual e contida.

Por tais razões, se reitera a crítica de que a *correttezza professionale* pode ser um critério meramente condicionante e coincidente, mas jamais determinante da hipótese de incidência da concorrência desleal.

5.3 O Papel do Estado na Concorrência Privada: As Liberdades Negativas

Neste e no próximo subcapítulo será enfocada a inter-relação entre os Poderes Públicos e o segmento concorrencial específico que uma contenda trará sob análise. Ou seja, voltando ao diagrama das relações jurídicas poliédricas exposto nos capítulos anteriores, o recorte será menor, apenas entre dois distintos núcleos de interesses. Fato é que um núcleo responde aos atos do outro em influências recíprocas denotando uma realidade cambiante e dinâmica:



Assim, consegue-se enxergar dois tipos de *liberdades* de viés distinto para com os agentes econômicos concorrentes: (i) uma de funtor negativo; e outra (ii) de funtor positivo; sendo que ambas são correlacionadas à ideia de pluralismo econômico⁵²¹.

No que tange a liberdade de (i) vetor negativo, a intervenção ou regulação Estatal (seja legislada, administrada ou adjudicada) deve ser moderada

520 TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª Edição, São Paulo: Ed. Método, 2011, p. 53.

521 “Depois se constata que quando a redução da incerteza requer normas ou padrões claros a concorrência tende a criar problemas. A concorrência entre organizações comerciais tende a impor seus próprios padrões ao mercado, o que pode gerar confusão, dada a pluralidade de padrões. E, sobretudo, muitas das soluções de mercado criam elevados custos de transação” SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. Atividade Empresária e Mercados. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 54.

nas relações simétricas e profissionais de Poder, visando se precatar de toda e qualquer forma de paternalismo jurídico⁵²². Tendo em vista a *normalidade* das condutas que são *per se* abrasivas, levando-se em conta de que o *darwinismo jurídico* não é de todo incompatível com o setor empresarial e considerando o fato de que os *danos* concorrenciais são – *a princípio* – justos, a autocontenção dos Poderes Constituídos é sinal de sapiência da Administração. Não se ignora que a ótica das liberdades negativas nutre certa simpatia para com o viés político-ideológico do *liberalismo* econômico. Fato é que a Constituição da República vigente é compromissória⁵²³, e em certos excertos não é avessa⁵²⁴, à tal leitura de política pública, em especial, repita-se, quando a mutualidade da agressão econômica é do núcleo de tal pertinência relacional. Logo, se não se está diante de uma vedação de (1) direito objetivo *positivo* (concorrência ilegal) ou (2) direito subjetivo *stricto sensu* (concorrência interdita), e os *danos perpetrados* na pluralidade subjetiva intrassegmento *forem* os habitualmente *calculáveis* (concorrência danosa, mas leal); deve ser prestigiada a *abstenção* da intervenção dos Poderes Constituídos. Tal não significa dizer que isto

522 “A moda de ilustração, suponhamos que o adversário encontrou um precedente segundo o qual o contrato entre duas grandes empresas deve ser mantido mesmo que uma delas, pela incapacidade de averiguar adequadamente o valor daquilo que compra, seja vítima de uma troca desigual. Agora o adversário alega que, nos termos desse precedente, um acordo unilateralmente aceito por um consumidor analfabeto tem de ser mantido. A manutenção de contratos assinados por mútua concordância é consistente com a política de autonomia, que geralmente apoia as escolhas feitas pelos indivíduos. A política de autonomia conflita com a política de paternalismo, que insta a corte a examinar escolhas a fim de saber se elas não foram resultado de abuso privado” VANDEVELDE, Kenneth J. *Pensando como um advogado*. Traduzido por Gilson Cesar Cardoso de Souza. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004, p. 122. Aqui se argumenta que a justificativa para os danos justos concorrenciais é a autonomia privada no exercício do direito de concorrer, enquanto o controle da concorrência desleal seria uma cautela contra o abuso na liberdade de concorrer. Não há espaço para paternalismo, mas há ambiente de controle.

523 “Por outro lado, as Constituições serão inevitavelmente compromissórias quando elaboradas no âmbito de sociedades plurais nas quais haja liberdade de expressão e o órgão que as elabora reflita essa diversidade. Com efeito, em sociedades democráticas em que há pluralidade e nas quais esses diferentes grupos estão representados na assembleia nacional constituinte que vai elaborar essa Constituição, é inevitável que o texto seja resultado de múltiplos compromissos. É o caso da Constituição de 1988 e de tantas outras pelo mundo afora. Assim, ao lado de alguns consensos básicos, a Constituição será o resultado da acomodação e negociação entre múltiplas visões de mundo” BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018, p. 19.

524 *Verbi gratia*: “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”.

é uma *ode à mão invisível* dos mercados ou um *alvará para a libertinagem* dos Fatores Reais de Poder, seja pelo fato de que (a) é possível que a conduta *agressiva* intra-concorrentes cause um dano que extrapole tal núcleo de interesses, devendo ser censurada⁵²⁵, e/ou (b) o mero dissabor do(s) agente(s) econômico(s) líder(es) não é suficiente para estabelecer o *padrão* de todo o nicho. Em outras palavras, é a *acreditação* do setor econômico que estabelece quais práticas são *aceitáveis* ou *ilegítimas*, naquele momento, naquele território, perante aqueles bens ou serviços. É a espontaneidade das práxis, a eficácia social-concorrencial que será utilizada como termômetro para delinear o que é *desleal* ou *regular*, ainda que doloroso para o agente econômico concorrente. Assim, mesmo que a concentração de poder econômico nas mãos de um ou poucos agentes econômicos lhes outorgue enorme influência (condicionamento) nos costumes mercantis, tais sujeitos não serão suficientes (isoladamente) para determinar quais serão as práxis *aceitas* ou *rechaçadas* naquele momento histórico.

Aliás, tendo em vista que a matéria é usualmente dirimida através de recortes *micro individuais*, em lides de procedimento ordinário, por magistrados⁵²⁶ que em geral não atuam na especialização em Propriedade Intelectual⁵²⁷, há um enorme risco de a decisão *refletir* uma postura *moralizadora*⁵²⁸ e pessoal do Órgão Julgador, que não é aquela reconhecida pelo segmento perti-

525 Quanto maior a forma de externalidade negativa – para os núcleos de interesse do próprio Estado, dos Consumidores, do Meio Ambiente etc. – maior será a legitimação dos Poderes Constituídos sancionarem a conduta *concorrencial*. Se os danos concorrenciais forem danosos – como hão de ser –, mas calculáveis e basicamente afeitos ao núcleo de interesses dos concorrentes, menor será tal legitimação.

526 Sobre os danos havidos pela projeção da própria moralidade tribal em vínculos relacionais díspares, vide GREENE, Joshua. *Tribos Morais*. A Tragédia da Moralidade do Senso Comum. Traduzido por Alessandra Bonrrruquer. Rio de Janeiro: Record, 2018. Na obra do professor de Harvard é enaltecido como muitas vezes a conduta *correta é contraintuitiva*.

527 No Brasil, apenas a Jurisdição Estadual do Rio de Janeiro e de São Paulo contam com Varas Especializadas em Propriedade Intelectual, sendo que apenas o último Estado especializou, também, a segunda instância. Por sua vez, no tocante às discussões que atraem a jurisdição federal (art. 109, I, da CRFB), apenas o TRF-2 especializou suas Varas e Turmas julgadoras na matéria.

528 *Mutatis mutandi*: “cabe, mais uma vez, insistir na identidade e autonomia do sistema jurídico. Em primeiro lugar, há de se impedir, sob pena de autodestruição, a entrada direta, abrupta, sem respeito às formas jurídicas de abertura, do que se produzi em outros sistemas – a polícia, a economia ou a própria moral” AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 36.

nente⁵²⁹. Mesmo dentro da especialização jurisdicional, não é incomum que o próprio auxiliar do juízo (indicado por quem presida a instrução) desconheça as realidades peculiares do setor empresarial/industrial litigado e opere sobre premissas como *denominadores comuns* (senso comum) – e estanques⁵³⁰ – sobre ética e moral⁵³¹. Para além de uma *pasteurização* incalculável aos agentes econômicos que conhecem e procedem conforme à normalidade setorial (e que, portanto, poderiam prever o que é desleal ou não), há outro risco igualmente perigoso: a de que o agente econômico mais poderoso se vitimize, apresente um discurso convincente⁵³² – e ardiloso – e consiga condenações aos agentes econômicos juniores que apenas seguiam a *práxis* dos demais.

Ou seja, não é desconhecida a crítica⁵³³ segundo a qual os atores *mais famosos sejam mais protegidos*⁵³⁴ do que condenados (nas demandas de violação à ética concorrencial), ainda que tenham praticado o mesmo exato ato em que,

529 Sobre as distintas visões econômicas, morais e jurídicas que incidem sobre o direito comercial, vide ESTRÊLA, Hernani. *Da Comercialização do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, Volume 185, Ano 56, Fascículos 675 e 676, Set/-Out, 1959, p. 37. Sobre a impossibilidade do transporte de uma lógica digna de ética geral ou religiosa para o critério do que seja honestidade em matéria comercial, vide HENNING-BODEWIG, Frauk. *International Handbook on Unfair Competition*. Portland: Hart Publishing, 2013, p. 24.

530 “O advento da economia de mercado, exigida pelo liberalismo, minou a fé nos valores objetivos. Os valores não tinham sido fixados para todo o sempre, mas eram restabelecidos diariamente pelo consenso dos participantes do mercado” VANDELVELDE, Kenneth J. *Pensando como um advogado*. Traduzido por Gilson Cesar Cardoso de Souza. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004, p. 148. Sobre a distinção da esfera jurídica para a esfera moral, vide LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010, p. 112.

531 Sobre a inexistência de coincidência entre o conceito de lealdade concorrencial com o da lealdade ou o da ética geral, vide PÉREZ, Eva Domínguez. *Competencia Desleal a Través de Actos de Imitación Sistemática*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003, p. 137.

532 Sobre o poder de uma narrativa processual sedutora, ainda que falsa, vide TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O Juiz e a Construção dos Fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2012, p. 43.

533 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 7. Para um interessante estudo sobre tais riscos (tanto sobre a perspectiva jurídica quanto sobre econômica), indica-se a leitura de ANTONIAZZI, Lucas Bernardo. *A Análise da Perspectiva Pública da Concorrência Desleal Através das Decisões do CADE*. Dissertação de Mestrado defendida junto ao Instituto de Economia do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019, p. 10 e seguintes.

534 Em uma análise histórica acerca da ocasional, pontual, esporádica, ainda que rara falta de imparcialidade da magistratura em lides comutativas, vide LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 181.

em uma oportunidade, figurem como Autores, e em outra circunstância, sejam os Demandados⁵³⁵. A Jurisdição Estatal não pode ser utilizada como foro de competição *reputacional* travestida – pelos jurisdicionados, é claro – de *locus* de determinação sobre eventual deslealdade concorrencial.

Aliás, é exatamente nas ocasiões em que os agentes hipersuficientes demandam contra os agentes concorrentes claudicantes, acerca da causa de pedir da concorrência desleal, quando a cautela pretoriana deve ser exercida *cum granum salis*. Antes de se poder avaliar a veracidade dos fatos, por mais verossímeis que possam parecer, não se pode olvidar que a premissa maior é a da *liberdade de competir* (art. 170, IV, da CRFB), podendo uma ordem judicial açodada precatar e afunilar o meandro concorrencial.

Por exemplo, em lides que cuidam de elementos distintivos irregistráveis (*trade dress*⁵³⁶, por exemplo) é fundamental dar a oportunidade para o Demandado⁵³⁷ demonstrar (a) se há um padrão de mercado⁵³⁸ (Teoria da Distância), (b) que o Autor, em verdade, copiou seu conjunto-imagem de um terceiro e ora posa de *originador*, ou (c) que tal teor era protegido por concorrência interdita e agora integra o domínio público; antes de se determinar alguma forma de tutela inibitória *in limine*. Como quem tem *deep pockets* (bolsos pro-

535 A doutrina denomina tal fenômeno de risco de ‘confusão’ reversa: JANIS, Mark D. *Trademark and Unfair Competition*. 2ª Edição, Albuquerque: West Academic, 2017, p. 260.

536 Há quem aponte como requisitos para tutela do conjunto-imagem (i) a distintividade, (ii) a não funcionalidade e (iii) o risco de confusão ou associação. Com respeito a autora, o que for predominantemente funcional recai no campo das criações técnicas que até podem ser patenteáveis, protegidas por cultivar etc., mas jamais entraria no campo dos signos distintivos. Logo, o ‘segundo requisito’ em verdade apenas pressupõe o *elemento* distintividade. Vide MANZUETO, Cristiane Santos. *Fixação de Critérios objetivos para apuração da distintividade nos conflitos de trade dress de produto*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, número 149, Jul/Ago, 2017, p. 17.

537 “O fato de as normas de direito serem compromissos entre políticas opostas fundamenta a intuição do advogado de que todo caso tem dois lados” VANDEVELDE, Kenneth J. *Pensando como um advogado*. Traduzido por Gilson Cesar Cardoso de Souza. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004, p. 186.

538 Há na doutrina quem entenda ser desnecessária a prova de significação secundária para a tutela do conjunto-imagem no Brasil. Apenas se pode aderir a tal entendimento se houver indiscutível distintividade perante as referências mercantis. Vide REZENDE, Flavia Romano de. *Reflexões sobre o trade dress*. In: Org. CURY, Ieda Tatiana. *Lições de Direito de Propriedade Intelectual e Concorrencial*. Rio de Janeiro: Ed. Multifoco, 2016, p. 339. Não se pode admitir a tutela de bem jurídico que não foi submetido ao controle administrativo constitutivo, apenas por presunção de que quem o arroga possui direito de restringir a concorrência.

fundos) e maior capacidade de investimento no contencioso⁵³⁹ pode fazer uso mais frequente da tutela pretoriana, não é impossível que uma parcela considerável de tais demandas seja *anticompetitiva*, abusiva e predatória.

Desta forma, pode-se considerar que a intervenção estatal havida, quando em verdade ela seria desnecessária e impertinente, poderá resultar (1) na *uniformização* a fórceps dos parâmetros de lealdade competitiva; (2) no risco de se proteger quem tem mais capital para investir em contencioso estratégico, simplesmente por tal fato; e (3) no risco de que prevaleçam narrativas enganosas sobre o *oportunismo* ilícito do fraco⁵⁴⁰ contra a incolumidade e o vitimismo do forte. Tendo em vista que os itens (2) e (3) foram expostos no parágrafo anterior, mister tecer breves considerações sobre o item (1). O mencionado caráter compromissório⁵⁴¹ constitucional brasileiro é compatível com a ideia de *pluralismo* (não apenas existencial e político, mas também de matiz econômico e concorrencial).

Quando aqui se menciona pluralismo⁵⁴² quer se dizer que os Poderes Públicos devem ser cautelosos para não oprimir às liberdades dos agentes econômicos privados não só de decidirem sobre se empreender, mas sobre como (quantitativa e qualitativamente) irão fazê-lo. Se concorrerão por imitação protraída no tempo (aguardando o domínio público ou fora do *leading time* – tempo de liderança⁵⁴³), por imitação lícita sincrônica (dentro de padrões de mercado), ou mesmo inovando (total ou parcialmente naquilo que

539 E nos pareceres firmados por autoridades acadêmicas respeitáveis.

540 Aqui não se está a defender que os agentes econômicos mais frágeis possam abusar de sua liberdade competitiva, mas apenas salientando que o contrário ocorre muito mais vezes do que a Doutrina e a Jurisprudência destacam.

541 Neste sentido do pluralismo e do texto compromissório da CRFB, vide BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos Fundamentais, Democracia e constitucionalização. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014, p. 88; e GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 83.

542 “Faz-se necessário, assim, levar a efeito reflexão que dê conta dos novos paradigmas que se apresentam na contemporaneidade a exigir um repensar dos fundamentos funcionais do Direito Civil, que propicie cogitar de uma dimensão funcional mais substancial e plural, afastando-a de um coletivismo abstrato e indo além de referências genéricas a pretensões unitárias de um “bem comum”, para centrá-la na concretude das relações de inter-subjetividade” RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade (s): Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família*. Rio de Janeiro: Gz Editora, 2011, p. 5.

543 BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*. London: Yale University Press, 2006, p. 314.

os distingue dos demais). Não se pode manietar as liberdades sobre o grau de agressividade da concorrência dentro da *pendularidade* e *calculabilidade* setorial. O pluralismo das *práxis* – cada qual para um setor diferente – pode ser saudável para a inovação endógena, para a própria superação exógena, e o dano justo da obsolescência pelo desenvolvimento de técnicas comparativas um exercício de promoções de preço que não sejam predatórios, etc.

Por fim, saliente-se que esta proposta de prestígio⁵⁴⁴ ao conceito de liberdade negativa – não interventiva – não contrasta com a regra do art. 5º, XXXV, da CRFB⁵⁴⁵. Não se defende o *non liquet* ou a *recusa* à análise ao direito público subjetivo de ação, apenas se recomenda a *deferência* a uma intervenção cautelosa e às *práxis* setoriais, entre lides comutativas nas quais figuram sujeitos de direito profissionais, que pratiquem danos *justos* internos ao seu próprio núcleo de interesse. Por sinal, um conceito clássico de tutela possessória do direito material e adjetivo pode se mostrar útil ao adjudicador da lide. Como os bens imateriais são suscetíveis de uso (lícito ou não) e uma das manifestações da posse⁵⁴⁶ é por via de tal *faculdade*, quando a própria exordial narrar fenômeno típico à *posse velha*, será mais cauteloso o magistrado que optar pela oitiva do Demandado antes de qualquer decisão que possa reear a liberdade competitiva do último. Em uma frase: a *liberdade de concorrência* é um dado da Constituição vigente, os danos concorrenciais são intrínsecos, mas o abuso da *liberdade de competir* não se presume e o ônus de tal prova será do Demandante. Leituras deveras expansionistas de vedações implícitas (concorrência ilegal, interdita ou desleal) ao direito de concorrência no ambiente privado são, em verdade, ataques ao capitalismo, sob o disfarce da ótica à moral e aos bons costumes. A tirania do politicamente correto também faz suas vítimas no meandro econômico.

544 Prestígio não é submissão cega, ou cínica, é claro.

545 CRFB: “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: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

546 Código Civil: “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” e “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

5.4 O Papel do Estado na Concorrência Privada: As Liberdades Positivas

A ponderada atuação estatal – que não cerceie os legítimos usos e costumes de um determinado mercado – é apenas um passo daquilo que se espera dos Poderes Constituídos, diante de um Estado Democrático de Direito. Confiar-se, ainda, que o mesmo Estado promoverá o pluralismo⁵⁴⁷ das formas de manifestação da abrasividade patrimonial plurissubjetiva fomentando (a) práticas colaborativas intra-setoriais; (b) o acesso à liberdade de iniciativa⁵⁴⁸; e (c) o uso moderado da liberdade de competição econômica.

Com relação à função promocional das liberdades no tocante (a) à cooperação dos agentes econômicos do segmento, por óbvio que não se está a defender que o Estado capitaneie *concertos* dos concorrentes. O excesso de cortesia entre adversários de mercado é mais perigoso do que o exagero (abuso do direito) oposto - o da deslealdade competitiva - já que os danos advindos do primeiro seriam *macro* (Lei 12.529/2011) e, *a priori*, os do segundo *micro* (Lei 9.279/96). O que se suscita é que o Estado pode *promover* a cooperação dos sujeitos-concorrentes seja (a1) não atravancando (liberdade negativa) a edificação da autorregulação⁵⁴⁹, seja (a2) prestando deferência (liberdade positiva) a tais iniciativas. Um exemplo de autorregulação⁵⁵⁰ vertical (o que pode não ser o melhor para questões de recorte concorrencial, logo horizontal) é o do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (doravante CONAR). Se é oportuno frisar que a *publicidade* é um dos vetores principais pelos quais se pratica a concorrência desleal, é preciso advertir que tal Conselho foi confeccionado pelos agentes concorrentes da publicidade (setor horizontal), que prestam serviços da criação e exteriorização de peças autorais (especial-

547 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade (s): Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família*. Rio de Janeiro: Gz Editora, 2011, p. 37.

548 TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª Edição, São Paulo: Ed. Método, 2011, p. 43.

549 Isso não significa dizer que o Estado deva ser passivo. Como será visto no próximo capítulo, há formas contemporâneas de concorrência desleal que advêm, exatamente, da omissão lesiva e específica dos Poderes Constituídos.

550 PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Concorrência Desleal por Meio da Publicidade*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001, p. 35.

mente audiovisuais) para todos os segmentos econômicos (setores verticais em relação ao seu).

Neste campo, uma forma de prestígio à atuação do CONAR se dá em relação aos atores do segmento publicizado que usam seu direito de ação para desafiar a decisão do Conselho de forma moderada. A outra forma de deferência, desta vez por parte dos Poderes Públicos, é a observância dos precedentes do CONAR e de seu estatuto como fontes materiais de Direito⁵⁵¹. Isso não significa dizer que haveria uma presunção *Iuris et de Iuri* das decisões do CONAR, já que até mesmo os atos administrativos são (quase todos) sindicáveis, mas que sua decisão deve ser considerada pelo Órgão Judicante⁵⁵² como algo relevante a ser enfrentado, merecendo fundamentação específica (art. 93, IX⁵⁵³, da CRFB e art. 11 do CPC/2015⁵⁵⁴). Tal proposta se torna ainda mais relevante nas hipóteses em que o titular da publicidade sancionada se recusou a retirar a peça autoral dos veículos de comunicação, após a condenação *ex-*

551 SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. *Publicidade Comparativa Regras e Limitações*. São Paulo: Ed. Lxtlan, 2009, p. 35; DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: Editora, Revista dos Tribunais, 2010, p. 41; e em termos de decisão pretoriana, vide BRASIL, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Ricardo Negrão, AC 0008221-49.2012.8.26.0002, DJ 14.02.2017. O próprio pretório Excelso também assim já o reconheceu: “A inaplicabilidade das restrições contidas na Lei no 9.294/96 à publicidade de bebidas fracas não importa na ausência de limitações normativas a estas propagandas. A elas se aplicam as restrições do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, além das restrições da autorregulação realizada pelo CONAR” BRASIL, STF, Pleno, Min. Carmen Lúcia, ADO 22, DJ 03.08.2015. Tal fato inclusive influenciou o Tribunal da Cidadania em ulterior decisão: BRASIL, STJ, 2ª Turma, Min. Herman Benjamin, REsp 1.583.083/RS, DJ 17.05.2017.

552 “A decisão do CONAR não tem força coercitiva, mas representa veemente indicativo de que a agravada é enganosa concorrência desleal” BRASIL, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Fortes Barbosa, AC 1074419-14.2013.8.26.0100, DJ 06.02.2015. Ainda: “Bem por isso, considerada a suspensão pelo Conar e o tempo de veiculação dos comerciais, a Turma Julgadora delibera arbitrá-la em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), contando-se correção monetária do arbitramento (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça) e juros de mora desde o evento (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça)” BRASIL, TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, Des. Araldo Telles, AC 9222892-92.2002.8.26.0000, DJ 24.04.2018.

553 CRFB: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do STF, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

554 Lei 13.105/2015: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

trajudicial, quando participou ativamente da defesa (art. 5º, LV, da CRFB⁵⁵⁵) de seus interesses junto ao CONAR.

No que tange (b) o acesso à livre iniciativa, os Poderes Públicos podem endossar as liberdades positivas, essencialmente, de duas maneiras – seja pela própria promoção da (b1) diversidade de agentes econômicos⁵⁵⁶, ou (b2) pelo exercício concomitante de regulações que diminuam barreiras à entrada aos sujeitos *ingressantes* no determinado mercado. O exemplo por excelência da primeira hipótese (b1) seria o subsídio, a utilização do poder de fomento público em quaisquer de suas formas (em particular a dos mútuos feneratícios com juros convidativos, tais como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social oferece). Na existência da limitação e recursos, na escassez creditícia, um dos critérios que os Poderes Públicos podem observar é a maior abertura de capital para os segmentos em que a concentração de poder econômico⁵⁵⁷ seja alta e o número de agentes distintos (sem vinculação societária: participação ou controle) seja baixo. A segunda hipótese (b2), tem a ver com a autocontenção das agências reguladoras, a ponderação sobre se cada novo ato normativo – dentro do fenômeno da deslegalização – não está a impor uma *barreira à entrada* para sujeitos que poderiam majorar a *diversidade* competitiva. Tal não significa, repita-se, uma dissuasão ao saudável ato de regular, mas sim uma cautela para não exagerar ao fazê-lo, fortalecendo os que já dominam determinados mercados e possam estar sendo salvaguardados de ataques de agentes econômicos juniores.

No tocante ao (c) o uso moderado da liberdade de competição econômica, é possível destacar dois vetores distintos. De um lado (c1) o Estado precisa

555 CRFB originada em 1988: “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: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

556 TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª Edição, São Paulo: Ed. Método, 2011, p. 220.

557 Há na doutrina quem ventile, corretamente, que mais do que falsear a concorrência, a excessiva aglutinação do poder econômico acabe por distorcer a própria democracia. Com um relato do caso do frigorífico JBS/Friboi, vide DOMINGUES, Juliana Oliveira & GABAN, Eduardo Molan. *Livre-Iniciativa. Livre Concorrência e Democracia*. In. NUSDEO, Fábio (Coordenador). *A Ordem Econômica Constitucional*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 124.

tomar uma cautela extra quando resolva *competir diretamente*, com empresas públicas e sociedades de economia mista, em mercados com bastante pulverização de participantes. A proximidade de tais *sujeitos estruturalmente* privados com o Poder Público sempre engendra a desconfiança com relação a menor assimetria informacional sobre novas regras vindouras, ou qualquer outro tipo de favorecimento. De outro lado (c2), o Poder Público deve ter, na escassez de sujeitos de direito e/ou na concentração de poder econômico, um estímulo a ingressar e concorrer diretamente em tais mercados. Quando tal não for possível, ainda em observância ao caráter compromissório da Ordenação Constitucional brasileira, deve-se ter uma cautela adicional quando houver um discurso de privatização em setores com baixa quantidade de concorrentes. Um exemplo do segundo tipo é o mercado bancário: se a Caixa Econômica Federal e/ou Banco do Brasil forem privatizados (desestatizados), e tal aquisição for feita por um dos quatro gigantes – já existentes do setor, isso será favorável ao mutuário/consumidor/empresário, as taxas de juros e as condições negociais serão mais republicanas? É possível, sem exageros ideológicos, duvidar de uma resposta positiva.

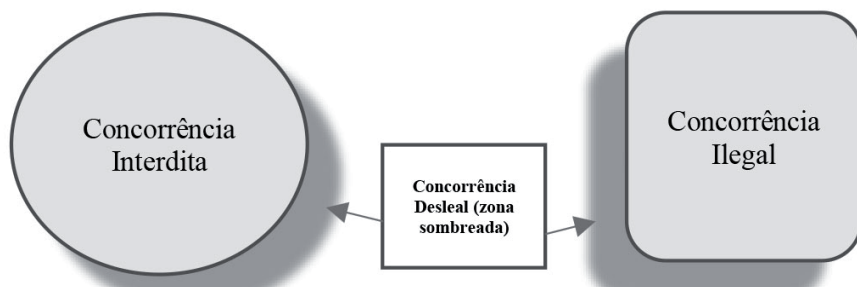
5.5 As Formas Clássicas do Abuso da Liberdade Concorrencial

Boa parte das vetustas formas de se observar a concorrência desleal ganhou amparo do direito positivo (Convenção União de Paris, Acordo TRIPs, Lei 9.279/96) específico, se tornando *concorrência ilegal*. O próprio texto legislativo munido de tipos abertos delimita a incidência da concorrência desleal para feições *auxiliares*.

De outro lado, boa parte das formas de se precatar o titular, garantindo-lhe a *interdição* via direitos de propriedade sobre bens imateriais, já é forte o suficiente para obstar a concorrência – ao menos sobre um determinado bem em si (princípio da identidade objetiva). Desta forma, a subsidiariedade da concorrência desleal – na grande maioria das hipóteses de incidência⁵⁵⁸ – gra-

558 Contudo, tal não se observará em todas as hipóteses, havendo bens jurídicos que não são protegidos isoladamente pelo sistema da ilegalidade ou da exclusividade, apenas remanescendo a proteção da deslealdade competitiva: *verbi gratia*, segredos que não reúnam elementos qualitativos suficientes para serem suscetíveis de patente, expressões de publicidade, conjuntos-imagens etc. Nestes casos, a concorrência desleal não é subsidiária, mas sim a única proteção possível.

vitara (ou sombreara) ao redor de tais meandros, proporcionando proteções *anexas* além dos limites daquilo que em uma leitura exegética fugiria à tutela da *ilegalidade estrita* e dos *direitos subjetivos das propriedades imateriais*.



Neste sentido, é possível observar cinco principais eixos sobre os quais a clássica incidência da concorrência desleal se dá no Direito brasileiro: (a) na tutela reputacional do concorrente; (b) na delimitação da liberdade de expressão na auto adulação; (c) no aliciamento de sujeitos de direito que estejam vinculados à vítima, visando subtrair bens imateriais, acessar conteúdo privado, ou desorganizar o concorrente; (d) na publicização de interdições mercantis que não existem; (e) na adulteração da exposição de signos que possam obscurecer a genuína origem de bens e serviços; e (f) no emprego de *quaisquer* outros artificios fraudulentos para o desvio de clientela.

Como exemplo do sombreamento das vertentes clássicas da concorrência desleal à *fattispecie* da concorrência ilegal: (a)⁵⁵⁹ enquanto na seara criminal (ou o uso do mesmo texto para uma pretensão de ilegalidade cível), a ausência de provas sobre a *finalidade de obtenção* de vantagem⁵⁶⁰ na exteriorização de danos reputacionais obnubila a incidência dos tipos, tais práticas (mesmo sem a satisfação do ônus demonstrativo de ter havido *animus nocendi*) podem ser suficientes para a atração da tutela contra a deslealdade competitiva. Tal conclusão é possível visto que a concorrência desleal não coacta o desvio de clientela (fim de quase todo ato de concorrência), mas apenas aquele exercido através de *meios*

559 Código da Propriedade Industrial de 1996: "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".

560 Neste sentido, vide julgado BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 2ª Turma Recursal, Juíza Relatora Célia Maria Cardozo dos Reis Queiroz, AC 0107548-52.2012.8.06.0001, DJ 28.07.2017.

ilegítimos; (b)⁵⁶¹ se no ambiente penal (ou no empenho do mesmo texto para uma pretensão de ilegalidade cível) apenas a informação do êxito em uma acredição pública importa em ilegalidade, a proteção via concorrência desleal interditará até mesmo a publicização de teor falso de que o titular do produto ou serviço prestado fora meramente *cogitado* para a premiação/distinção (seja ela preexistente ou inventada pelo polícitante). Isto não significa que hermenêuticas expansivas de tal corrente devam ser vistas sem ressalvas, já que a liberdade de expressão também é um direito fundamental aplicável no contexto competitivo, ainda que de modo qualitativamente distinto de relações de outro tipo (no ambiente cível, trabalhista, consumerista, da cidadania etc.); (c)⁵⁶² enquanto na concorrência ilegal apenas a *contrapartida* atrairia a proibição de conluio entre concorrente e o empregado, a concorrência desleal pode incidir ainda que o ato do último mais se aproxime da noção *gratuita* da prevaricação⁵⁶³; (d)⁵⁶⁴ enquanto na concorrência ilegal apenas a falsa avocação de pedidos ou concessões/registros de patente ou de desenhos industriais podem atrair a incidência do tipo, a concorrência desleal pode ser verificada se situação jurídica símile ocorrer com direitos autorais, programas de computador, cultivar, indicação geográfica,

561 Código da Propriedade Industrial de 1996: “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve”. Por óbvio que o Legislador foi infeliz na utilização da expressão propaganda, já que o meio mercantil denota, em verdade, teor publicitário.

562 Código da Propriedade Industrial de 1996: “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: 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; 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”.

563 Código Penal, Capítulo destinado aos crimes próprios de funcionários públicos, o que não é o caso, razão pela qual o argumento é meramente analógico: “Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

564 Código da Propriedade Industrial de 1996: “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: 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”.

marca⁵⁶⁵ ou qualquer outra *exclusividade* inexistente. Fato é que o legislador foi de tamanha infelicidade já que, ao querer obstar que alguém dissuadisse terceiros com pseudas propriedades, acabou sendo extremamente tímido e olvidando-se de inúmeras outras formas de exclusiva que possam engendrar o mesmo efeito danoso. A vedação à concorrência desleal, aqui, completa a tutela de todos os demais núcleos de interesses partícipes desta relação jurídica poliédrica (já que o ilícito nesta hipótese é claramente pluriofensivo), evitando que sujeitos de direito possam se valer de assimetria informacional (desinformação) para cercear novos entrantes e a expansão de seus concorrentes; (e)⁵⁶⁶ enquanto na concorrência ilegal apenas o uso de signos distintivos alheios como a marca registrada, nome de empresa, expressão de publicidade, título de estabelecimento, insígnia, invólucro, a concorrência desleal poderia ser verificada pela utilização fraudulenta de signos irregistráveis como as marcas não tradicionais (holográficas, sonoras, odoríferas etc.). As marcas registradas já gozam da proteção penal pela ilegalidade⁵⁶⁷, bem como de tutela de concorrência interdita (no âmbito cível⁵⁶⁸) pela exclusividade, incidindo a tutela contra a deslealdade competi-

565 Este autor teve a oportunidade de funcionar como perito do Juízo da 3ª Vara Empresarial do TJRJ, sob a nomeação do ilustríssimo Magistrado Luiz Alberto Carvalho Alves, em feito distribuído sob o número 035003796.2013.8.19.0001, em que uma das partes era acusada de concorrência desleal, entre outras razões, pelo fato de que apresentava signo usado com o símbolo “”, em que pese não titular marca registrada ou pedido em curso. Tal é um exemplo da função subsidiária da deslealdade competitiva incidindo além do alcance da tipicidade estrita da concorrência ilegal.

566 Código da Propriedade Industrial de 1996: “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: 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; 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”

567 Código da Propriedade Industrial de 1996: “Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem: I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; ou II - altera marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque: I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou II - produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem. Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa”.

568 Código da Propriedade Industrial de 1996: “Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu

va para os signos não registrados, mas empenhados pelos seus titulares através de *posse-uso*. Tal fato é confirmado por disposição-texto do próprio Código da Propriedade de 1996, que suscita que o titular de *mero* pedido poderá zelar pela sua esfera jurídica/interesse juridicamente relevante, apesar de não enunciar qual seria a natureza de tal tutela⁵⁶⁹. A instrumentalização da proteção a tal legítima expectativa de direito se dá através da concorrência desleal, mas não pela concorrência interdita (que poderá, ou não, se verificar com a decisão do ato administrativo no processo registral); (f)⁵⁷⁰ como mencionado em capítulo anterior, a positivação de tipos amplos como *meio fraudulento* com a finalidade de desvio de clientela é um ranço do positivismo exegético, visto que tal acaba por usar da via da concorrência ilegal para enunciar hipóteses não prescritas de concorrência desleal⁵⁷¹. É exatamente aqui o maior ponto de contato entre tais formas de ilicitude competitivas que serão apreciadas em subcapítulo próprio.

5.5.1 A relativa autonomia da concorrência desleal clássica

A constatação de que a tutela contra a concorrência desleal tem um viés de *subsidiariedade* é verdadeira, mas não abrange todas as hipóteses de sua in-

uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148”.

569 Código da Propriedade Industrial de 1996: “Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de: I - ceder seu registro ou pedido de registro; II - licenciar seu uso; III - zelar pela sua integridade material ou reputação”. Há quem defenda uma interpretação extensiva de tal regra para o ambiente das patentes: OLIVEIRA, Marco Antonio de. *Cognição, tutelas de urgência e a Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, número 128, janeiro-fevereiro de 2014, p. 53. Não se pode, contudo, endossar tal entendimento, conforme se propõe no presente texto, já que o sistema de patentes contempla pretensões retroativas se concessão houver.

570 Código da Propriedade Industrial de 1996: “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem.

571 Um exemplo interessante foi o de publicizar a marca alheia (violação de concorrência interdita) com o telefone próprio, visando tal ardil para desvio de clientela. Trata-se de caso no qual há a proteção via direito de exclusividade e, no âmbito penal, da concorrência ilegal: “Cooptação indevida de clientela caracterizada, por meio da utilização, pelos réus, da marca “Terra do Pet” pertencente à autora e da divulgação do número de telefone da última como se da empresa requerida fosse – Induzimento a erro dos clientes da demandante, para que contratassem com a empresa ré, atuante no mesmo ramo comercial” BRASIL, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Francisco Loureiro, AC 1015547-72.2014.8.26.0196, DJ 22.08.2017.

cidência. Seja por razões de (a) alteração de política pública, pelo (b) recente reconhecimento jurídico de certos fatos econômico-técnicos, ou até pela (c) inabilidade do Legislador, em muitas hipóteses a proteção contra o abuso da liberdade concorrencial se dá como *única e principal* forma de proteção das vítimas.

Um exemplo da situação jurídica (a) foi o advento do Código da Propriedade Industrial de 1996, que retirou a incidência proprietária das expressões de publicidade que, sob a vigência do Código da Propriedade Industrial de 1971, recebiam tal tutela. Diante da nova realidade, com um *rebaixamento* da intensidade de resguardo jurídico de direito de exclusividade para dever jurídico negativo via tutela contra a concorrência desleal, os titulares de expressões de publicidade não encontraram mais guarida para registrar suas criações. Muito além da variação do tipo de proteção em si, tal impactou no acesso ao crédito⁵⁷² e nas menores chances em se obter tutelas de urgência, já que não houve ato administrativo registral/concessão a amparar presunções da validade, legitimidade e liceidade.

Por sua vez, uma hipótese da situação jurídica (b) é o caso do *conjunto imagem*. Nos Estados Unidos da América (*United States Code*), a política pública endossada foi a da tutela de tais criações distintivas inclusive pelo sistema registral/proprietário, sem prejuízo de uma proteção subsidiária contra a concorrência desleal se o titular optar pela omissão registral. Ou seja, ou o titular faz uso do sistema atributivo que pode lhe reconhecer a propriedade, ou, se não for do interesse do titular, se protegerá a posse sobre o conteúdo distintivo que seja dotado das exigências legais. No Brasil, contudo, só a segunda forma de tutela é reconhecida e, apenas recentemente, houve certa massificação neste tipo de contenda com alguma sindicabilidade⁵⁷³ sobre os critérios utilizados para se dirimir o que é contrafação do que é padrão de mercado. Não será surpresa se, diante da evolução do instituto em *terra brasiliis*, o Congresso Nacional aditar a Lei 9.279/96 para o reconhecimento de uma nova

572 Não é possível fazer uso dos direitos reais de garantia sobre tais iteres intelectuais e conseguir crédito mais barato, como se fazia até 1996.

573 ANDRADE, Gustavo Piva de. *O Trade Dress e a Proteção da Identidade Visual de Produtos e Serviços*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 112, maio-junho de 2011, p. 6, narra com precisão que devem haver limites para o que se busca tutelar como *trade dress* para evitar barreiras à entrada ilegítimas constituindo uma expansão indefinida que prejudica a livre concorrência.

espécie de direito de exclusividade, ainda que de prazo mais curto e finito em comparação ao sistema de marcas⁵⁷⁴.

No tocante à *fattispécie* (c) é possível suscitar muitas hipóteses de atecnia, omissão e má arquitetura legislativa que denotam a importância do sistema maleável de proteção contra a concorrência desleal. Uma delas é advinda da própria cláusula geral enunciada no texto da hipótese de concorrência ilegal de que trata o antes mencionado art. 195, III, da Lei 9.297/96. Considere a situação em que um concorrente faz uso de meio fraudulento, mas contra um novo agente econômico que não tenha qualquer freguês ou cliente. Na exegese do tipo penal, o próprio ônus da prova de que havia consumidor a ser *desviado* é da vítima, o queixoso⁵⁷⁵, que se não *inventar* clientela poderia estar a descoberto dos atos *fraudulentos* no contexto concorrencial se não existisse a concorrência desleal como – neste caso – forma *autônoma* de tutela.

5.5.2 A concorrência desleal ‘clássica’ e as relações societárias

Se o Código Civil decidiu optar pelo (inconstitucional) caminho do paternalismo ao estabelecer cláusula *opt-out*, ainda que de característica dispositiva, quanto à interdição do reestabelecimento concorrencial no trespassse (elemento objetivo ou perfil patrimonial – art. 1.147 do Código Civil), um silêncio absoluto reina quanto à situação da transmutação subjetiva nas empresas. Como foi defendido em capítulo anterior, na ausência de dispositivo símile quanto aos sócios, a livre iniciativa e concorrência não admitiriam interpretação extensiva de regra restritiva de direitos que, aliás, contraria a natureza capitalista do regime econômico-político⁵⁷⁶.

Tal argumento, porém, não significa dizer que relações societárias sejam imunes de atos desleais em contextos concorrenciais, mas apenas que não se presumem impedimentos competitivos de parte de ex-sócios. Neste

574 CPI/1996: “Art. 133. O registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos”

575 CPI/1996: “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”.

576 Neste sentido, vide julgado do BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, 3ª Câmara Cível, Des. Eliana Junqueira Munhos Ferreira, AI 0003386-10.2017.8.08.0013, DJ 15.06.2018.

sentido, pode-se ventilar três básicas variações fáticas com arquiteturas e resultados diferentes: (1) situação jurídica de uma sociedade que não tenha cláusulas anticoncorrenciais regulando, temporal, qualitativa e objetivamente eventuais obrigações de não-fazer cessada a situação societária; (2) situação jurídica de uma sociedade 'y' que não tenha cláusulas anticoncorrenciais regulando, temporal, qualitativa e objetivamente, eventuais obrigações de não-fazer dos sócios e em que um deles resolva sincronicamente participar de sujeito de direito 'x', paralelamente constituído, no mesmo território, explorando o mesmo conteúdo mercenciado pela sociedade anterior, sem o conhecimento dos demais sócios de 'y'; (3) situação jurídica de uma sociedade que tenha estabelecido rigidíssimas cláusulas anticoncorrenciais (como é comum no ambiente das franquias), com teor gratuito para si e oneroso para o sócio egresso, sem prazo delimitado e com requisitos territoriais que exorbitam até mesmo a sua atuação.

Na situação (1) atos concorrenciais são presumivelmente lícitos, mas são regidos pela ótica da cláusula geral contra os abusos das liberdades competitivas. Por sua vez, na situação (2) apesar de inexistir uma *cláusula estatutária* que interdite a concorrência, subsume-se da boa-fé objetiva e da expectativa da *affectio societatis* que o ato clandestino é extremamente desleal. Pode-se até identificar certa *interdição* presumida, tal como no silêncio de um contrato versando sobre um trespasse. Acaso tal sócio comunicasse os demais sobre sua *vida dupla* - e não houvesse manifestação expressa quanto a cessação de uma das suas atividades societárias - certamente não se poderá arguir presunções de deslealdade, em que pese ser possível que tal sócio contribua para algum ato específico de concorrência desleal. Tratar-se-á de pura matéria probatória, com o ônus sendo da sociedade 'x'. Com relação à situação (3), há enormes chances de tal cláusula de interdição competitiva ser decretada/declarada nula em eventual questionamento judicial ou em uma arbitragem, seja pela onerosidade excessiva de um agente econômico que possa não saber labutar com outro ramo, seja pelo hiato temporal *ad infinitum*, seja pela gratuidade ou pela interdição de atuação em mercados espaciais não explorados pela sociedade de origem. Extirpada a cláusula de interdição mercantil viciada, o ex-sócio

não tem um alvará de libertinagem para praticar atos de concorrência desleal, mas certamente poderá concorrer e causar danos *justos* à antiga sociedade⁵⁷⁷.

Sabe-se, contudo, que a vida societária é muito mais rica do que a triologia hipotética narrada. Se nos exemplos suscitados o intérprete tivesse que ponderar, ainda, a natureza do vínculo societário ser de *pessoas* ou de *capitais*, as propostas de subsunção poderiam vacilar. É deveras difícil defender a pertinência e a validade de cláusulas anticoncorrenciais (concorrência interdita) de um acionista qualquer, titular de ações preferenciais sem direito a voto em uma companhia de capital aberto com ações comercializadas no mercado bursátil e uma enorme pulverização societária. As cláusulas que interditam a concorrência *ulterior* de ex-sócios, em uma primeira análise, só parecem ser defensáveis – já que ponderam direitos constitucionais de liberdade – em vínculos societários personalíssimos.

Outra nuance que pode alterar os resultados das ponderações feitas nas hipóteses (1), (2) e (3) é o grau de influência de tal sócio na sociedade de pessoas. Seria aquele sócio titular de parcelas ínfimas do capital, a exemplo de um ex-empregado que fora “promovido” nesta parceria de *capital e trabalho* firmada com o ex-empregador, tão sujeito a cláusulas estatutárias de cerceamento a atividades competitivas *post finitum*, quanto aquele outro que gozava de maior participação societária? E se a resposta ao questionamento anterior fosse positiva, seria possível engendrar a mesma comparação para com um sócio controlador (em especial diante da responsabilidade própria de que trata o art. 117 da Lei 6.404/1976⁵⁷⁸)? Ambas as respostas podem ser negativas e

577 Em nenhum momento está se asseverando o uso de segredos ou qualquer bem intangível do concorrente, pois tal já é vedado por cláusula de concorrência ilegal de que trata o extenso rol do art. 195 da Lei 9.279/96.

578 Lei das Sociedades Anônimas: “Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; e) induzir, ou tentar induzir,

conformes à legalidade constitucional. Novamente, isso não põe o ex-sócio na situação de paladino da imoralidade competitiva, mas apenas a salvo da *interdição concorrencial* mesmo que lícita.

Uma penúltima variação no exemplo seria a do administrador profissional contratado para servir como presidente de uma sociedade, mas que fosse despedido de quotas ou ações. No silêncio estatutário estaria ele cerceado de laborar para uma sociedade concorrente, imediatamente, após seu vínculo trabalhista não-empregatício; mesmo que não fizesse uso do *know-how*⁵⁷⁹ adquirido? O *chefe do executivo* empresarial que acedeu a todos os segredos e projetos vindouros de tal sociedade poderá se encontrar em uma situação de maior liberdade do que a do sócio minoritário que não tinha acesso a qualquer informação sensível da mesma sociedade? *A priori* a resposta negativa para ambos os questionamentos não parece irrazoável.

Ao fim desta breve provocação pode ocorrer ao leitor o caso da enorme sociedade empresária de auditoria que, em virtude de contrato de prestação de serviços contábeis, mesmo com a cláusula de *sigilo*, labore – sincronicamente – para todos ou alguns dos concorrentes de um mercado. Faz sentido a presunção da interdição laborativa de um terceiro para com os membros de um segmento econômico competitivo? Deve tal sociedade de contabilidade informar ao possível contratante que já labora para seu concorrente? Aqui a seara é menos propícia a respostas subsuntivas e, tal como nas nuances apre-

administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral; f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade. h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. § 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador. § 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo”.

579 Sobre as informações técnicas secretas como um dos ativos mais relevantes do titular do estabelecimento empresarial, vide PASSEMAR, Bernard de. *L'application de l'article 8, #1 du traite de Rome au contrat de communication de know how*. (Org.) CHAVANNE, Albert. *La 6e Rencontre de Propriété Industrielle*. L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur les droits de propriété industrielle. Lyon: Libraires Techniques, 1977, p. 120. Sobre a diferença entre *know-how* e segredos, vide SILVA, Nuno Sousa e. *Quando o segredo é a “alma do negócio” – definição de um conceito*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, número 126, Set/Out, 2013, p. 18.

sentadas às hipóteses supra (1), (2), e (3), apenas na suprassunção, no detalhe probatório do caso em concreto que se verá se (i) é possível a concorrência; e (ii) sendo a mesma possível, se ela atrai alguma atenção especial pela probabilidade de um atuar desleal. A utilização de interpostas pessoas – mesmo que não sejam ex-sócios, empregadores, ou em negócios advindos de trespasse – é uma via tradicional de se praticar a deslealdade competitiva⁵⁸⁰, mesmo quando a usurpação informacional não cuida de sigilo.

5.5.3 A concorrência desleal clássica e questões publicitárias

O ambiente publicitário é um dos contextos nos quais a concorrência⁵⁸¹ costuma se alvoroçar e as abrasões se espraiam mediante técnicas de (a) ataques diretos e expressos; (b) pelo uso de hipérboles elogiosas (para si) e ferinas (para outrem); e (c) pelas *comparações* nem sempre pertinentes ou *justas* das características dos agentes econômicos que disputam a mesma clientela.

As hipóteses de incidência⁵⁸² do *status* fático (a) em geral não geram maiores dúvidas por parte de quem é instado a dirimir uma contenda, visto

580 “É lícita a atividade empresarial quando constituída com a finalidade de promover coleta e pesquisa de preços no mercado em geral. Todavia, quando a empresa assim constituída ingressa no estabelecimento comercial, por seus funcionários, para catalogar e registrar, através de uso moderno de equipamentos eletrônicos e de informática, os produtos e seus respectivos preços e informes publicitários de ofertas, repassando-os para outra empresa, sua contratante, que é concorrente direta da agravante nos mesmos bens, produtos, insumos e mercadorias, na mesma localidade, pratica ato que fomenta a concorrência desleal. Há, em caso tal, um aproveitamento indevido das imagens e fotos captadas no interior do estabelecimento da autora, diariamente e sem qualquer limite temporal, para que a empresa contratante da agravada delas come exclusividade para angariar, sem esforço, a clientela da agravante, causando-lhe danos de difícil e incerta reparação” BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, 4ª Câmara Cível, Des. Dorival Renato Pavan, AI 1404969-39.2018.8.12.0000, DJ 17.08.2018.

581 SORDELLI, Luigi. *Ideazioni ed Atti della Pubblicità Commerciale e Gli Istituti di Diritto Industriale*. In: FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI ROMA. *Studi in Memoria di Tullio Ascarelli*. Volume IV. Milão: Casa Editrice Dottore A. Giuffrè, 1969, p. 2175 - com toda razão o autor narra que a publicidade é um ato eminentemente concorrencial. Também por esta razão, é correta a vedação publicitária às atividades fiduciárias não empresariais como a do médico ou do advogado. Não são atividades de *concorrência*, conforme será defendido.

582 MAZZONETTO, Nathália. *A Publicidade Comparativa e a Prática de Concorrência Desleal por meio do Denegrimiento de Marca e da Imagem do Concorrente*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 99, março-abril de 2009. Para uma análise descritiva dos posicionamentos dissonantes dos Tribunais de Justiça e do CONAR quanto a matéria.

que, muitas vezes, a concorrência interdita,⁵⁸³ através dos signos distintivos registráveis, poderá resolver a questão pela ótica de contrafação – que independe do complexo ônus probatório ínsito à concorrência desleal. Entretanto, até mesmo diante de casos aparentemente mais simples deve se observar se aquela peça publicitária tida como ofensiva pelo demandante não foi fruto de uma *resposta* ao prévio ataque de quem, ora, se diz vítima; já que a lógica da legítima defesa⁵⁸⁴ também é apta a justificar eventual (e proporcional) *repressão* comunicativa.

Por sua vez, nas *fattispecie* (b) hiperboles elogiosas e ferinas, em geral se observa certa tolerância⁵⁸⁵ ao fenômeno da autopromoção, aquilo que poderia ser tido como *dolus bonus*, ao menos quando a disputa se encerra dentro do núcleo de interesses dos concorrentes. Tal afirmação é particularmente assertiva se já for generalizada a prática *intra nicho* de que todos se apresentem como o *melhor pão do bairro* ou alguma auxese como Mega, Super ou Rei do Mate, por exemplo. Ou seja, nestes casos não se poderá falar em deslealdade, já que a conduta de um concorrente de se auto afirmar como ‘melhor’ seria ab-

583 Em sentido oposto ao ora defendido, superpondo os conceitos de *concorrência* interdita com a desleal, vide: “Em primeiro lugar, não mais se discute que havido o uso indevido da marca da autora para a prática de ato de concorrência desleal, qual seja, a veiculação de publicidade depreciativa” BRASIL, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Claudio Godoy, AC 1025910-76.2016.8.26.0100, DJ 28.11.2017. Tal entendimento aglutinante também foi enveredado no julgado BRASIL, TJRS, 6ª Câmara Cível, Des. Eliziana da Silveira Perez, AC 70080782345, DJ 21.01.2020: “Uma das modalidades de concorrência desleal é a chamada concorrência desleal parasitária, que é quando um terceiro reproduz as mesmas características de um produto ou serviço de titularidade de terceira pessoa, devidamente registrado no órgão competente”.

584 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 490. Suscitando a legitimidade da resposta publicitária como legítima defesa na Itália, vide GRAUSO, Maria P. *La Concorrenza Sleale. Profili di tutela giurisdizionale e presso le Autority*. Milão: Giuffrè Editore, 2007, p. 60; e SANTAGATA, Carlo. *Concorrenza Sleale e Interessi Protetti*. Naples: Casa Editrice Dottore Eugenio Jovene, 1975, p. 87.

585 “Desta forma, os elementos até então coligidos não são suficientes para, neste momento, determinar a suspensão da veiculação da publicidade quanto à afirmação de que a maionese da marca Kraft (Mayo) seria “mais cremosa, mais fresquinha e mais gostosa”, pois não estão evidenciados os requisitos expressos no artigo 311 do CPC. A agravada, de outra parte, trouxe elementos plausíveis no sentido de que as afirmações realizadas em sua publicidade se originaram de prova técnica (fls. 253/284). A questão examinada, aqui, no entanto, é adstrita à verificação do preenchimento ou não dos pressupostos legais para a concessão da medida liminar, pois é inviável nesta sede por ser estreita a via do agravo de instrumento o exame aprofundado das teses suscitadas pela agravante, sob pena de prejulgamento do mérito, bem como de supressão de grau de jurisdição” BRASIL, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Mauricio Pessoa, AI 2093306-62.2018.8.26.0000, DJ 12.06.2018.

solitamente calculável e previsível⁵⁸⁶. Até mesmo os consumidores mais simples acabam se acostumando a não levar ‘a ferro e fogo’ tais frases despidas de sindicabilidade. Situação que certamente atrairá a incidência da concorrência ilegal, é a atribuição de conquista de prêmio, pesquisa de opinião fraudulenta, ou qualquer coisa do gênero em virtude da expressa vedação de que trata o já mencionado art. 195, VII, da Lei 9.279/96. De outro lado, a relativa tolerância com a praxis pouco humilde ao se promover não é observada no outro lado da mesma moeda, a forma relativamente comum que em peças publicitárias o uso ferino⁵⁸⁷ ao referir-se ao concorrente. Aqui, a liberdade de expressão é qualitativamente menos densa, e nota-se que a emanção de tutelas de urgência para reprimir tais práticas é mais comum de ser concedida, e mais difícil de ser reformada.

A hipótese de incidência (c) é conhecida como *publicidade comparativa*, sendo por si só uma forma lícita de interagir com terceiros através de técnicas publicitárias em que pelo menos outro sujeito do mesmo segmento é posto em contraste. Tal como qualquer outra forma de liberdade concorrencial, raramente quem é comparado pela publicidade do competidor gosta da forma com a qual a narrativa é empregada. Apesar de autores pró-proprietários (ou seja, em prol de interpretações extensivas da concorrência interdita, em geral

586 “O primeiro valor do qual se pensa que o estado de direito se serve é o da liberdade pessoal. A liberdade é ampliada quando os indivíduos são capazes de prever as consequências de suas ações. Na medida em que essas consequências são variáveis (de maneira a impedir sua descoberta), ou são vagas (de maneira a evitar sua avaliação precisa), os indivíduos ficam em desvantagem no que concerne à sua capacidade de fazer planos ou traçar a conduta futura. À medida que esta desvantagem arrefece a atividade, *arrefece a liberdade*” HURD, Heidi. *O Combate Moral*. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. 283-284. Sobre a deslealdade como uma *imprevisibilidade* (lesiva) do comportamento do concorrente, vide BARBOSA, Denis Borges. *A concorrência desleal, e sua vertente parasitária*. Rio de Janeiro: site pessoal do autor http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/concorrenca_desleal.pdf, acessado no dia 19.09.2020, às 18:48

587 “Brasil assistiu ao debate que se instalou na esfera jurídica pelo direito de sátira de comediantes mediante emprego da imagem de políticos e candidatos que se expõem na mídia em busca de votos, tendo o STF (ADI 4451), em homenagem ao princípio maior da liberdade de expressão e de informação, excluído vetos na legislação eleitoral (Lei 9504/97) que procurou restringir o deboche humorístico. A respeitável decisão não repercute e não poderá ter influência alguma na disputa acirrada de mercado entre empresas concorrentes, porque não é da atividade empresarial das litigantes satirizar ou preparar programas de humor, seja de políticos, de empresários, de pessoas célebres ou famosos e notadamente as empresas concorrentes. Houve uma inaceitável inversão de valores com a exposição ridicularizante e que se aproxima do escárnio, sem que houvesse (salvo o de inferiorizar o concorrente) justificativa” BRASIL, TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Des. Enio Zuliani, AI 990.10.026885-6, DJ 07.10.2010.

pela titularidade de registros de marca) defenderem a ilicitude da mera menção à titularidade alheia - e até haver alguns julgados em tal sentido -, hoje não há maiores discussões de que se trata de uma forma de *dano justo*. A juridicidade positiva de tais danos é relacionada a uma análise pragmática entre, de um lado, (1) os interesses do proprietário que não anuiu com a comparação e, de outro, (2) os interesses dos consumidores em ter sua assimetria informacional diminuída, (3) o exercício da liberdade de expressão do agente econômico que contratou a publicidade, e (4) a maximização do Poder Público em maximizar sua regulação sobre os bens postos em circulação, inclusive (5) na diminuição de danos ao meio ambiente. Como a relação jurídica complexa formada com bens de produção (em peculiar com os bens intelectuais) tem seu caractere poliédrico, nota-se como a antiga corrente proibitiva da publicidade comparativa apenas enveredava seu entendimento com o solilóquio do núcleo de interesse (1).

Tal como a liberdade concorrencial é lícita e causa danos – sendo a publicidade comparativa um dos veículos possíveis do exercício de tais faculdades –, o *desvio* abusivo de tais liberdades no contexto do mercado fomenta a deslealdade competitiva. Portanto, a mesma doutrina e jurisprudência que hoje baliza o entendimento majoritário quanto a liceidade da publicidade comparativa estabelece *marcos*, critérios, formas de discernir quando tal liberdade é bem exercida – funcionalizada – ou quando apenas disfarça formas de vilipendiar proibições de *concorrência ilícita*, *interdita* ou *desleal*. Por exemplo, deve a peça publicitária ser caracterizada pela (i) atualidade; (ii) por haver alguma forma de comparação; (iii) realizada por critérios predominantemente objetivos; e (iv) em que os fatores de eficácia competitiva (qualidade/preço) sejam de algum modo relevantes.

Deste modo, se o sujeito de direito que fabrica e comercializa veículos automotores lança peça publicitária comparando seu novo modelo econômico de motor 1.0, com modelo símile de seu concorrente, porém lançado há cinco anos, certamente não haverá (i) contemporaneidade comparativa. É bem provável que os preços sejam bastante diferentes, em especial para acessórios que há meia década eram *novidades* mercantis, e hoje foram barateados pela obsolescência do bem e a evolução dos processos produtivos.

Por sua vez, não seria lícito abarcar sob o pálio da publicidade comparativa uma peça comunicativa – tal como se vê em propagandas políticas – apenas demonstrando o produto/serviço do concorrente e tecer-lhes impropérios,

críticas, entrevistas com consumidores insatisfeitos, sem falar de si próprio. Não haveria qualquer (ii) *comparação*, sendo feita, mas provavelmente se estaria diante da *fattispecie* da violação à concorrência interdita (art. 130, III, da Lei 9.279/96), partindo-se da premissa de que todas as informações exteriorizadas fossem verdadeiras (se não o forem, atraindo-se a incidência dos tipos de concorrência ilegal 195, I ou II, do CPI/96). Se, tampouco, houver signo registrado da *vítima* da ridicularização, ainda há campo para demonstrar-se os elementos, os requisitos e os fatores da concorrência desleal.

No empenho de tal modalidade da liberdade de concorrência, sempre haverá algum grau de subjetividade. A narrativa fora contratada, não houve espaço para o contraditório ou a manifestação de quem é comparado. Trata-se de uma forma de discurso *parcialíssimo* e não é tão comum que pessoas com algum discernimento atribuam dogmas de completa veracidade ao que é comunicado em uma peça publicitária. Isso não significa dizer que todo o conteúdo de uma publicidade comparativa lícita deva se guiar por *puro subjetivismo*. Ao menos nos itens comparados (iii) deve haver objetividade. Isso significaria dizer que, *verbi gratia*, ao comparar preço de um lado, não apenas deva se comparar o preço de outro (com atualidade – (i)), mas também para bens de igual grandeza (quantidade), evitando que o interlocutor possa ser iludido pelo aparente maior custo ao optar pelo produto/serviço do concorrente (que aliena bens em porções de um litro), quando o autor da peça publicitária está cotejando seu bem com metade da porção comparada. Não obstante, ainda que o teor publicitário tenha um contexto humorístico, de genuína chalaça, deve se destacar um tempo maior para o cotejo objetivo do que para as manifestações subjetivas, ainda que as últimas existam e *temperem* a *aura* publicitária.

Por fim, para que no ambiente competitivo uma peça publicitária que expressamente mencione e coteje bens do concorrente seja abarcada como lícita, é preciso que (iv) os fatores da concorrência tenham pertinência entre si. Retornando ao exemplo dos veículos automotores, se o titular da peça publicitária estivesse cotejando a linha mais elitizada de seus carros, para com a linha mais econômica dos produtos do concorrente⁵⁸⁸, ainda que os originadores sejam concorrentes, os bens apresentados não disputam a mesma clientela. É, contudo, um ato de concorrência desleal pois, simplesmente sobre o afã da *atualida-*

588 São concorrentes pois atendem às mesmas faixas de público: para cada segmento econômico-consumerista uma linha distinta de veículos.

de, da eventual objetividade na comparação, se está impingindo algum tipo de chaga. Nestas hipóteses, não há o emprego funcionalizado da liberdade, mas apenas o investimento em ataques reputacionais e na ridicularização.

Como nota final em tal subcapítulo, é necessária muita cautela para diante de concorrentes que tenham o hábito de responder a publicidades comparativas *ácidas*, com outras de igual pH, dar preferência à liberdade de expressão do que à interdição discursiva pelo empenho das conhecidas *guerras de liminares*. Muitas vezes, o Poder Judiciário não conhece os meandros do nicho competitivo e tal abrasividade elevada pode ser o *normal* naquele meio. Não é incomum que os consumidores se divirtam com publicidades divertidas, ácidas e comparativas.

5.6 Conclusão

Neste capítulo foi analisada a teoria pela qual a concorrência desleal poderia ser averiguada fazendo uso do critério da deontologia profissional. Em síntese, não conseguiu se averiguar maiores funcionalidades do uso de tal *ótica*, senão para concluir de que episodicamente uma violação do *ethos* profissional pode ser um indício da deslealdade competitiva. Jamais servirá como critério determinante, já que (i) há violações de *retidão profissional* que atingem núcleos de interesses outros distintos do competitivo (como consumidores, estado ou meio-ambiente); (ii) tais violações éticas continuam tendo tal natureza mesmo que o agente econômico seja monopolista de fato; e (iii) há muitas profissões reguladas por códigos e legislações sobre ética profissional, mas que não poderiam – salvo interpretação extensiva – ser consideradas como *mercantilizadas* para serem suscetíveis de concorrência.

Não obstante, foi apurada a interrelação entre os Poderes Constituídos, a Concorrência e os Consumidores, denotando a recíproca influência que cada um de tais núcleos de interesses impacta nos outros. Quanto a relação do Estado para com a Concorrência, é necessário verificar até que ponto deve o Poder Público observar e não atuar na concorrência (liberdade negativa), ou quando ele terá o *dever* de usar seus instrumentos para maximizar o bem-estar e a própria existência competitiva (liberdade positiva).

Por fim, verificou-se que, tanto a *subsidiariedade* quanto as hipóteses em que a concorrência desleal atuam como o único e principal instrumento em

prol da probidade competitiva. Neste ponto, apurou-se algumas das formas mais tradicionais do exercício do abuso da liberdade de competir, particularmente nos contextos societários, publicitários e dos usos de bens que não são tutelados pela concorrência interdita, tais como signos irregistráveis e segredos industriais ou comerciais.

No próximo capítulo, serão enfocadas algumas das formas *contemporâneas* do exercício da deslealdade que desafiam os critérios utilizados no dirimir das já conhecidas formas clássicas de se causar danos injustos.

(6) Os Novos Paradigmas da Concorrência Desleal

6.1 Introdução; 6.2 O Estado e a Tributação; Deslealdade e Pluriofensividade; 6.3 A Administração Pública e a Regulação; 6.4 Os Consumidores e Cumplicidade na Concorrência Desleal; 6.5 Mercados a Montante e a Jusante: tratamentos iníquos; 6.6 Novas Tecnologias e Concorrência Desleal; 6.7 Conclusão

6.1 Introdução

Não há uma taxatividade daquilo que se compreende como um ato de concorrência desleal, pois tal decorre do exercício de uma situação jurídica abusiva que gera uma responsabilização objetiva⁵⁸⁹. Em geral, se inicia a densificação da situação com uma definição negativa, apartando-se a incidência de outros fatos geradores símiles: a deslealdade competitiva não estará presente se o ato for precatado pela *ilegalidade* ou pela *interdição concorrencial*. Resta, então, cotejar a linha divisória tênue daquilo que é leal ou não, dentro de um determinado tempo, em uma peculiar região, perante um mercado específico. Ainda assim, a evolução da doutrina e da jurisprudência acaba por fixar marcos relativamente seguros de certos atos reiterados por agentes dos mais diversos mercados e que sejam tidos como (i) *injustos*⁵⁹⁰, (ii) *danosos* (ou ao menos tendentes ao dano), (iii) distantes da *calculabilidade de um ator proativo daquele mercado*, e (iv) fora da *pendularidade da ética* daquele setor; logo, tidos como desleais.

Este capítulo não visa repristinar tudo aquilo que já foi escrito até hoje sobre o assunto, mas sim delinear certa *fattispecie* que pode ser observada

589 AMARAL, Heitor Estanislau do. *Violações de Sinais Distintivos. Sanções Cíveis e Criminais. Procedimentos Judiciais Cabíveis*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 94, maio-junho de 2008, p. 44.

590 FONSECA, Antonio. *Concorrência e Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 36, setembro-outubro de 1998, p. 6, corretamente suscita que no eixo da concorrência desleal o que caracteriza o dano é o fato dele ser *injusto*.

como formas *mais recentes* de se praticar atos desleais, seja isoladamente (concorrente vs. concorrente) ou pelo cada vez mais usual fato de se gozar da proatividade ou da omissão de terceiros não-concorrentes em tal mister. Em outras palavras, o capítulo será edificado na apresentação da utilização de cúmplices distintos dos usuais sócios, empregados ou colaboradores (atuais ou passados), bem como pelo uso abusivo de prerrogativas e expedientes tecnológicos para falsear a *livre movimentação e escolha da clientela*. Para tanto, retomar-se-á a análise da poliedria⁵⁹¹ relacional quando se empenha um bem de produção como o estabelecimento empresarial (perfil objetivo da empresa), verificando como os outros núcleos de interesse não apenas podem ser vítimas de atos de concorrência desleal, como podem, ao inverso, serem vetores da práxis da deslealdade competitiva.

6.2 O Estado e a Tributação: Deslealdade e Pluriofensividade

Uma das certezas que os agentes econômicos podem ter com relação de seus atos patrimoniais em um ambiente concorrencial é que, se não forem vendedores de livros ou alienantes de mídias fonográficas ou audiovisuais de artistas brasileiros⁵⁹², necessariamente deverão pagar tributos. A submissão aos riscos econômicos (insucesso, novos entrantes no mercado, variação dos gostos dos consumidores, a alteração das bases produtivas, a obsolescência

591 “Conclusão: empresa não é objeto de direito; também não é pessoa, mas é produtora de utilidades. Tutelas predispostas para direitos reais e de crédito são insuficientes como instrumento de empresariatividade. Mister alargá-las para que, tal como se fez com a disciplina da concorrência desleal, o aparato legal venha a tutelar mercados, empresários e consumidores” SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. Atividade Empresária e Mercados. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 140. VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. *O Livre Mercado como Fundamento da Repressão à Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 139, novembro-dezembro de 2015, na p.64 o autor opina pela evolução do instituto da concorrência desleal suscitando o seu impacto em núcleos de interesses para além do mero concorrente. Destaca que a diferença, hoje, do instituto da concorrência desleal perante o direito antitruste é a irrelevância do poder de mercado do ofensor no primeiro caso.

592 CRFB, Art. 150: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser”.

por superação do concorrente), bem como aos ônus tributários, são certezas indelévels. O capitalismo certamente não é um jogo para crianças.

Tais contrapartidas são as mesmas lidadas por todos aqueles que buscam o lucro, podendo-se verificar, assim, um *par conditio* de ‘encargos’, uma situação de isonomia⁵⁹³ para todos que desejam se enveredar pelo empreendedorismo. Não é à toa, desta forma, que quando sociedades empresárias são controladas (sociedades de economia mista) ou totalmente integradas (empresas públicas) por entes públicos – e tais pessoas jurídicas participam da lógica mercantil – não podem ser beneficiadas com qualquer artifício⁵⁹⁴ de imunidade ou isenção tributária que, igualmente, não seja gozada pelos demais concorrentes privados daquele mesmo setor. Em tais casos, ainda que a Lei prescreva gozarem de personalidade jurídica de direito privado⁵⁹⁵, *interna corporis* há sujeitos prevalentes ou absolutamente vinculados à administração pública. É a função concorrencial de tais *estatais*, mais do que a estrutura, que coíbe qualquer albergue de ônus lhe seja dispensado à revelia dos agentes *completamente* privados que com elas disputam o interesse da clientela.

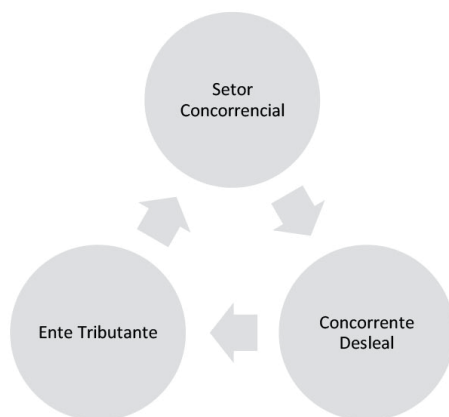
Entretanto, as fontes formais e materiais de direito têm apontado uma série de condutas arquitetadas para fazer malicioso empenho na relação contribuinte-Estado, como um *modus operandi* de se obter vantagens em outra relação social ou jurídica: concorrente-concorrente. Em outras pala-

593 *Mutatis mutandi*: “O princípio da reciprocidade proíbe o enriquecimento injusto dos que tirariam proveito da cooperação alheia sem eles próprios cooperarem. De acordo com este princípio, indivíduos que fruam dos benefícios advindos da adesão de outros às regras têm a obrigação de também acatar estas regras, e aqueles que acatam as regras dispõem do direito de exigir cooperação dos que colheram os benefícios de sua (deles) submissão às regras” HURD, Heidi M. *O Combate Moral*. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. 140.

594 Sobre a ausência do beneplácito dos executivos fiscais para tais estatais, pois tal representaria uma vantagem que, ao ver do julgado, resultaria em concorrência desleal, vide julgado BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, 2ª Câmara Cível, Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama, AC 0015981-50.2012.8.08.0002, DJ 29.11.2018.

595 Decreto 200/67: “Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”.

vras, falseia-se o equilíbrio e a harmonia de um setor pelo exercício desigual das condições de custo⁵⁹⁶.



Tais condutas atraem a simultânea incidência de regras jurídicas sobre Direito Penal, Direito Tributário e Direito Comercial, denotando sua diversidade temática dentro do ambiente jurídico. Entre tais formas ‘criativas’ de proceder, paulatinamente o Poder Judiciário é demandado a apreciar facetas (i) do *desvio de função* de certos benefícios fiscais; (ii) da *sonegação*⁵⁹⁷ ou de qualquer outro ilícito (a exemplo da apropriação indébita⁵⁹⁸) tributária; e até

596 Este foi o argumento utilizado pelo município de Itaituba visando a reforma de tutela de urgência concedida em prol de contribuinte (titular de estabelecimento empresarial) no custeio da iluminação pública. Vide julgado BRASIL, Tribunal de Justiça do Pará, 1ª Turma de Direito Público, Des. Maria Elvina Gemaque Taveira, AI 0807713-02.2018.14.0000, DJ 10.07.2019. Contudo, o município não logrou êxito em convencer os órgãos julgadores. Com razão estava o município.

597 Narrando que desde a década de 1970 os julgados italianos têm apreciado teses sobre concorrência desleal pela sonegação tributária ou violações de regras de direito público (a exemplo da atuação regulatória) vide SANTAGATA, Carlo. *Concorrenza Sleale e Interessi Protetti*. Nápoles: Casa Editrice Dottore Eugenio Jovene, 1975, p. 300.

598 “50. A falta de recolhimento intencional e reiterada do ICMS não prejudica, porém, apenas o erário, mas também afeta a livre concorrência. Empresas que deixam sistematicamente de recolher o ICMS colocam-se, ilicitamente, em uma situação de enorme vantagem competitiva em relação a seus competidores. São verdadeiros *free riders*, que se beneficiam duplamente: ao se apropriar do valor do ICMS e ao usufruir dos serviços públicos bancados pelos demais contribuintes. A prática produz, então, um efeito cascata, em que aqueles que deixam de recolher o imposto acabam por pressionar os concorrentes a seguir o mesmo caminho, e assim sucessivamente. Para se ter ideia da dimensão do problema, conforme informação da Secretaria da Fazenda do Rio Grande do Sul, 40% dos impostos não recolhidos naquele Estado são devidos por devedores contumazes. 51. Essa distorção

(iii) do mero *inadimplemento tributário*; como formas de baratear preços e tolher a concorrência. Ou seja, em quaisquer dessas hipóteses, o embusteiro visa competir em desigualdade *originária* de condições, mas, ao invés de promover ataques diretos e imediatamente perceptíveis ao concorrente (a exemplo da subtração de segredos de negócio, ataques reputacionais diversos⁵⁹⁹, desorganização⁶⁰⁰ da atividade alheia ou da usurpação de distintividades), *stricto sensu*, ou à concorrência (preços predatórios, uso de empecilhos visando impedir acesso à fornecedor) *lato sensu*, atua em outra frente relacional. Tais formas de procedimento são menos evidentes – e de difícil constatação, já que há a proteção do sigilo fiscal⁶⁰¹ versando sobre os dados sensíveis no liame entre o concorrente desleal e o ente tributante –, mas resultam em injustos e grandiosos danos à toda sociedade. Como não existe mercado sem regulação jurídica⁶⁰² e, tendo em vista que parcela substancial do direito advém do Estado, é possível desarranjar o equilíbrio competitivo por vias distintas das legítimas expectativas sobre as regras do jogo empenhadas pelos próprios participantes. Deste modo, quando for a hipótese pertinente, é possível observar que a concorrência desleal acaba sendo uma externalidade da relação concorrente-Estado, para os concorrentes que não participaram daquela específica relação jurídica tributária.

De outro lado, como a deslealdade competitiva tem como marco fundante a ideia de comportamento inesperado, não é simples a qualificação de

da concorrência fica mais evidente no comércio de produtos de alta demanda, elevada carga tributária e baixa margem de lucro, como nos setores de combustíveis, bebidas, cigarros e medicamentos. O comerciante que metodicamente deixa de recolher o ICMS vende seus produtos muitas vezes abaixo do preço de custo, inviabilizando a atividade lícita de seus concorrentes” BRASIL, STF, Pleno, Min. Roberto Barroso, RHC 163334/SC, J. 18.12.2019. Agradeço a gentil indicação de leitura deste precedente pela mestrandia em Direito na PUC-Rio e advogada Amanda Albano.

599 Em um curioso julgado do sodalício capixaba, uma padaria foi condenada por promover peças publicitárias insinuando que era a única confeitaria da região a não *turbinar* seus pães com bromato, logo, atacando a reputação das concorrentes, vide: BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, 4ª Câmara Cível, Des. Catharina Maria Novaes Barcellos, AC 030070038010, DJ 28.07.2009.

600 CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las & PALAZZI, Pablo & HERRERO, Andrés Sánchez & SEREBRINSKY, Diego H. Derecho de la Competencia Desleal. Buenos Aires: Heliasta, 2014, p. 215.

601 Código Tributário Nacional, Lei 5.172/66: “Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”.

602 IRTI, Natalino. *L'Ordine Giuridico del Mercato*. Bari: Editori Laterza, 1998, p. 12.

tal espécie de ilicitude em um contexto em que haja uma prática disseminada de fraudes diversas ao fisco. Quanto mais corriqueira for a práxis de fuga tributária ilegítima, menor será o espaço para a teoria da concorrência desleal⁶⁰³ neste mister, ainda que tal não signifique a legalidade das condutas que permanecem sendo criminosas. Tal significa dizer, apenas, que um concorrente que não logre cumprir seus deveres de contribuinte jamais poderá arguir a tese da concorrência desleal via *abuso* ou *ilegalidade* do adversário para com a Fazenda Pública, aplicando-se a lógica do *tu quoque* (*clean hands theory*). Complementando tal argumento, quanto melhor (mais constante e efetiva) for a fiscalização Estatal sobre a regularidade do lançamento e adimplemento dos créditos tributários, menor será a probabilidade de que um ato de desvio possa ter como consequência a atração da via subsidiária da deslealdade competitiva. A ‘certeza da punição’⁶⁰⁴ dos agentes desviantes servirá de lenitivo àqueles que atuam dentro da legalidade constitucional, bem como de dissuasão de novas práticas de idêntica lesividade. Trata-se, antes de tudo, de um sistema de incentivos protagonizado pelo Estado (liberdade negativa, conforme analisada no capítulo anterior).

Isto não significa, entretanto, um *bis in idem* de sanções criminais para o ato de evasão tributária que resulte em concorrência desleal, já que sob o ponto de vista do direito penal apenas haveria a sanção do crime contra a ordem tributária⁶⁰⁵. Eventual ilegalidade competitiva, na forma do art. 195, III, da Lei

603 Analisando tal questão sob o ponto de vista da macroeconomia e do Direito Antitruste, a professora da UnB destaca a complexidade de se enquadrar o mero inadimplemento tributário como ilícito concorrencial, bem como que situações símiles (desrespeito reiterado às regras trabalhistas, ambientais e consumeristas) também precisariam ser consideradas: FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Inadimplência Tributária pode ser Ilícito Concorrencial?* Sítio Virtual Jota (https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/inadimplencia-tributaria-pode-ser-ilicito-concorrencial-16102019). Publicado em 16.10.2019, acessado em 04.05.2020, às 16:01.

604 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Traduzido por Paulo M. Oliveira. 2ª Edição, Bauru: Edipro, 2010, p. 75.

605 Lei 8.137/90: “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de

9.279/96 (com pena de três meses a um ano de detenção, ou multa), é objeto de consunção visto que a sanção do ilícito tributário é deveras maior. O que se ventila é que como os bens jurídicos⁶⁰⁶ (higidez da ordem tributária e lealdade concorrencial) são autônomos, e de titularidade apartada, sob o ponto de vista da responsabilidade cível há a possibilidade de o ofensor responder perante cada um dos núcleos de interesses afetados.

Contudo, em um país em que programas de refinanciamento de débitos tributários são objeto de termos (fato futuro e certo) constantes e reiterados – e não de condição (fato futuro e incerto) esporádica – estimula-se, paradoxalmente, a cultura do inadimplemento como estratégia de administração de empresas. Nas últimas décadas, tem se observado que, visando minimizar a litigância duradoura e fazer caixa rápido, os governantes sucessivamente fazem uso de tal expediente para adequar as finanças à lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar 101/2000). Se o bom cidadão será ‘punido’ ao ver suas margens de lucratividade corroídas para conseguir disputar a clientela junto aquele que protela, sonega, ou aguarda uma remissão (parcial) Estatal-tributária, talvez se esteja a estimular⁶⁰⁷ condutas oportunistas e socialmente perigosas em detrimento daquelas que promovem o bem-estar. Diante das conhecidas limitações do exercício do poder de polícia, factualmente nem todo (1) ilícito tributário será percebido⁶⁰⁸, (2) alguns ilícitos serão percebidos apenas após a prescrição, (3) outros ilícitos serão percebidos e porventura sancionados, mas (4) com programas de refinanciamento acaba se protelando o pagamento e obtendo-se descontos em obrigações acessórias (multas por exem-

serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V”.

606 Sobre a simultaneidade dos bens jurídicos afetados (ordem tributária e lealdade concorrencial), vide: BRASIL, STJ, 5ª Turma, Min. Jorge Mussi, Recurso em Habeas Corpus 43558/SP, DJ 13.02.2015; e no mesmo sodalício, vide BRASIL, 5ª Turma, Min. Ribeiro Dantas, ED no Agravo Regimental nos ED no Agravo em REsp 364613/PE, DJ 21.03.2018.

607 Sobre o perigo do estímulo a conduta de fuga à exação devida, vide julgado BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Órgão Especial, Des. Miguel Kfourri Neto, Suspensão de Liminar 10.811798/02, DJ 16.09.2011.

608 Neste sentido e tecendo comentários profundos sobre as limitações fazendárias e os atos de sonegação que causam danos concorrenciais, vide BRASIL, TJRS, 4ª Câmara Criminal, Des. Aristides Pedrosa de Albuquerque Neto, Habeas Corpus 70003289907, J. 01.11.2001.

plo). Ou seja, um agente ardiloso pode simplesmente optar por protrair um dos seus maiores custos e ainda ser beneficiado por tal práxis. Especialmente diante de uma clientela que adquire bens de consumo fungíveis (ao exemplo do mesmo bem sendo alienado por distribuidores, tendo um deles adotado o ardil ora narrado), não é de se estranhar que tenda a se comportar com certa racionalidade de optar pelos menores preços oferecidos – independentemente de como tais preços foram *formados*. O consumidor (contribuinte de fato) não está na plenitude da simetria informacional sobre se seu adquirente repassa o montante pago a título de tributação ao fisco; bem como talvez prefira pagar o menor valor independentemente de como tal custo foi formado. Ou seja, nem sempre há uma convergência perfeita entre o destinatário dos produtos e serviços e o que se tem como leal no ambiente mercantil, já que também existe conduta oportunista e imediatista no polo consumerista. Afinal de contas, consumidores tendem a ser hipossuficientes e nem sempre são santos.

Como exemplo da primeira das arquiteturas tributárias maliciosas mencionadas (i), pode-se ventilar uma interessante demanda dirimida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Em síntese, uma sociedade titular de rádio comunitária foi demandada⁶⁰⁹ pela Associação Catarinense de Emisoras de Rádio e Televisão (que reunia as sociedades empresárias – inclusive concorrentes entre si – que exploravam tal mercado comunicativo sem qualquer favor fiscal dos entes tributantes), visto que tal veículo de interlocução social estaria exercendo seu mister ignorando os vigentes limites regulatórios. Em síntese, para além de entreter e informar seus destinatários, estaria executando publicidades (remuneradas) – o que contraria a limitação regulatória⁶¹⁰ em um contexto de que tal veículo conta com benefícios fiscais. Ou seja, enquanto as rádios que operam sob a forma de sociedades empresárias são livres

609 A legislação peninsular tem dispositivo próprio para tratar da legitimidade ativa nos ilícitos de concorrência desleal: ITÁLIA. Codice Civile. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 - Acessado no sítio <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>, no dia 02.02.2021, às 12:11, “Art. 2601. Azione delle associazioni professionali. Quando gli atti di concorrenza sleale pregiudicano gli interessi di una categoria professionale, l'azione per la repressione della concorrenza sleale può essere promossa anche dagli enti che rappresentano la categoria”, traduzido livremente para: “Art. 2601. Ação das associações profissionais. Quando os atos de concorrência desleal prejudicam os interesses de uma categoria profissional, as ações de repressão à concorrência desleal também podem ser promovidas pelos órgãos representativos da categoria”.

610 A ênfase ao aspecto regulatório será feita no próximo subcapítulo. Neste momento o enfoque será, apenas, no desvio do vínculo tributário.

para angariar recursos do modo como lhes aprouver, mas de outro lado são oneradas tributariamente como qualquer outro sujeito de direito; as rádios comunitárias não podem fazer uso da arrecadação via anúncios publicitários, mas, de outro lado, gozam de benefícios fiscais. Tais diversidades deveriam direcionar o público-alvo a não encararem as rádios comunitárias como *concorrentes* das rádios comuns, mas sim como opções culturais infungíveis. Não é possível olvidar que, em geral, se observa um número finito de sociedades empresárias com capital e interesse destinados a investir em publicidade e que a majoração dos sujeitos de direito que veicularão tal comunicado representará, necessariamente, a perda de um outro veículo. Ao visar contar com o bônus e fugir do ônus ampliando sua atuação, vilipendiou-se a lógica da isonomia na disputa da clientela e praticou-se um ato de *deslealdade competitiva*⁶¹¹. Note-se, escuse-se a repetição, que o reconhecimento da concorrência desleal no ambiente cível em nada afasta a responsabilidade administrativa da associação pelo desrespeito da regulação estatal.

Um segundo exemplo da hipótese de incidência (i) foi dirimido pelo Pretório Excelso em sede de Recurso Extraordinário. Em síntese, o Município do Rio de Janeiro cobrou imposto sobre propriedade territorial urbana de sujeito de direito privado (concessionária de venda de veículos automotores) que fora concedente de uso de imóvel da União, cedido a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO). A sociedade empresária privada advogava a tese de que como a *titularidade* do bem era de pessoa jurídica de direito público, não incidiria a tributação em virtude da imunidade recí-

611 “Cediço que as normas que regulamentam o funcionamento das rádios comunitárias buscam, dentre outros objetivos, impor limites à sua atuação, com a intenção de inibir a concorrência desleal. Logo, não há dúvidas de que o desrespeito das normas cogentes – no caso, as que impedem as rádios comunitárias de veicular qualquer forma de publicidade com finalidade comercial – ocasiona prejuízos em detrimento das demais rádios, a quais realizam suas atividades na mesma área de abrangência, despidas, no entanto, dos benefícios fiscais reservados às entidades sem fins lucrativos e patrocínios sob a forma de apoio cultural. Nessa senda, descabida a pretensão da requerida de veiculação de propaganda de cunho comercial para garantir a manutenção/subsistência da entidade, porquanto a determinação legal não lhe impede de continuar operando, apenas restringe sua atuação às finalidades intrínsecas das rádios comunitárias. Nesse sentido, inclusive, já restou pacificado pela jurisprudência pátria o entendimento de que os anúncios veiculados pelas rádios comunitárias não podem ultrapassar o mero apoio cultural” BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, 6ª Câmara Cível, Des. Denise Volpato, AC 0002656-25.2012.8.24.0014, DJ 08.10.2019.

proca⁶¹². De outro lado, a municipalidade compreendia que a imunidade era subjetiva e personalíssima, afastando-se da hipótese de incidência constitucional quando a *titularidade* gozasse de função diversa da prestação de serviços públicos. Não obstante, ainda sob o argumento do município, a posse exercida pelo concessionário de uso também seria causa autônoma a atrair a hipótese de incidência⁶¹³. Tal seria a natureza de uma obrigação *propter rem*. O colegiado então decidiu que atividades de exploração econômica por ente privado, ainda que destinadas à satisfação do interesse público secundário, deveriam ser tributadas. Aliás, a ausência de tributação àquele locatário geraria um desbalanceamento⁶¹⁴ das bases competitivas perante concorrentes que, por exemplo, locassem imóveis de entes privados para sediar o seu estabelecimento. Deste modo, “o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante”⁶¹⁵. Neste sentido, o julgamento da Corte acabou por prestigiar o já mencionado *princípio da prestação* oriundo do Direito tedesco⁶¹⁶, quanto às razões pelas quais a um agente econômico seja permitido – até – destruir seus concorrentes, se o fizer pelo seu próprio mérito, pela sua eficiência⁶¹⁷, mas jamais se beneficiando da falta de isonomia

612 CRFB de 1988: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”.

613 Tal entendimento foi bem pontuado em outro voto no mesmo julgamento: “Não há dúvida nenhuma que, no caso, o contribuinte é titular de posse exclusiva, de posse direta. Evidentemente, pelo desdobramento da posse, a União continua ser possuidora indireta, mas o imposto não está sendo lançado sobre a União, está sendo lançado sobre o possuidor a qualquer título” BRASIL, STF, Pleno, Min. Cezar Peluso, RE 434.251/RJ, J. 19.04.2017.

614 “(...) a desoneração pretendida tem como efeito colateral garantir vantagem competitiva artificial, na medida em que a retirada de um custo permite o aumento do lucro ou a formação de preços menores” BRASIL, STF, Pleno, Min. Marco Aurélio Mello, RE 434.251/RJ, J. 19.04.2017. Em feito julgado em sequência, também envolvendo o município do Rio de Janeiro e outra concessionária de veículos automotores, o voto vogal frisou: “Com todas as vênias dos que entendem de outra maneira, admitir o contrário é condescender com o completo extravio finalístico da norma de imunidade tributária, criando efeitos deletérios para a realidade competitiva dos mercados atingidos” BRASIL, STF, Pleno, Min. Alexandre de Moraes, RE 601.720/RJ, J. 19.04.2017.

615 BRASIL, STF, Pleno, Min. Marco Aurélio Mello, RE 434.251/RJ, J. 19.04.2017.

616 Que, por sua vez, também acabou por influenciar o direito italiano já na primeira metade do século XX: para todos, vide MOSCO, Luigi. *La Concorrenza Sleale*. Napoles: Ed. Casa Editrice Dottores Eugenio Jovene, 1956, p. 62.

617 “Assim, a entidade privada passaria a ter vantagem decorrente de elemento artificial e injustificável, sem qualquer lastro em sua capacidade de gestão ou “maior eficiência do agente econômico”. O

tributária⁶¹⁸. É possível asseverar que a posição atual do Supremo Tribunal Federal quanto a tal matéria prestigia a autonomia da posse face a propriedade, dá interpretação correta à regra constitucional de imunidade tributária, bem como evita a desarmonia das bases competitivas.

Por sua vez, como exemplo da *fattispecie* sonegação (ii), é possível enunciar um caso versando sobre duas revendedoras de pastilhas de freio à disco, em que a demandada fora acusada de praticar preços abaixo do mercado, desviando a clientela da demandante, *através* do ato de se evadir ao fisco⁶¹⁹. Instada a apresentar documentos que comprovassem o pagamento do imposto sobre produtos industrializados, a demandada restou omissa, bem como se recusou a oferecer seus livros contábeis para a perícia determinada pelo Juízo. Não obstante, paralelamente à ação judicial de índole comutativa, foi lavrado auto de infração pela Receita Federal pelos atos de sonegação tributária do Réu. Em síntese, o órgão julgador compreendeu que tal redução artificial de seu custo tributário importara em um ato de *concorrência desleal* genérica (não proscria em Lei), trazendo desequilíbrio às abrasividades daquele

prejuízo resultante afeta tanto os interesses individuais de cada outra entidade privada que não foi agraciada pelo benefício, como interesses transcendentais de toda a coletividade. Neste ponto, é importante frisar que o enfraquecimento do mercado pode acarretar distorções na oferta, na formação de preços, no desenvolvimento de novos produtos e serviços e na qualidade das atividades exercidas” BRASIL, STF, Pleno, Min. Marco Aurélio Mello, RE 434.251/RJ, J. 19.04.2017.

618 “A incidência da imunidade tributária na espécie, não resiste a uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais (art. 150, §3º c/c art. 170, inc. IV), contrários a concessão reflexa de benesse tributária, a favorecer não o ente federado, mas empresa privada que se sujeita, exclusivamente, ao regime da isonomia, em livre concorrência” BRASIL, STF, Pleno, Voto Vista da Min. Carmen Lúcia, RE 434.251/RJ, J. 19.04.2017. Em voto vogal de feito julgado no mesmo dia, sobre o mesmo assunto, também cuidando de concessionárias de veículos automotores, foi ponderado: “De modo que as concessionárias que estão de um lado da rua desfrutam de imunidade, e as que estão do outro lado da rua não desfrutam. O que, a meu ver, com todas as vênias, não preenche qualquer sentido” BRASIL, STF, Pleno, Min. Luis Roberto Barroso, RE 601.720/RJ, J. 19.04.2017. Neste sentido bem anota a melhor doutrina: “a luta contra todas as formas de evasão ou elusão tributárias é uma tarefa dos Estados que precisa alcançar um mínimo de êxito, de modo a evitar o *apartheid* fiscal entre contribuintes que conseguem “fugir” e os que ficam sobrecarregados pela desoneração daqueles, como se fossem reféns a suportar, sozinhos, todo o custo do Estado. É preciso restabelecer a isonomia violada, que tem como corolário o princípio da justa repartição dos encargos públicos” TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 15.

619 Em hipótese semelhante, mas versando sobre o mercado de transportes de passageiros, vide: BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Seção Criminal, Des. Gustavo Henrique Aracheski, Embargos Infringentes 2014.086110-2, J. 23.03.2015. No mesmo sentido, vide julgado do BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 1ª Câmara Criminal, Des. Kárin Emmerich, AC 0238881-76.2011.8.13.0701, DJ 23.09.2016.

mercado⁶²⁰ inclusive resultando em uma falta de isonomia⁶²¹. Tal correto entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo serve para denotar a pluriofensividade do ilícito concorrencial, já que ao praticar tal forma e teleologia de sonegação acabou por (a) desfalcas os interesses públicos secundários⁶²² (Estado), (b) causar danos injustos ao seu concorrente que cumpre seus deveres de contribuinte⁶²³ e (c) afetar a cidadania que foi precatada dos serviços públicos que poderia gozar se os créditos tributários fossem adimplidos. Sublinhe-se que a autonomia da pretensão de cada núcleo de interesses é tão evidente que, até mesmo, a competência para dirimir tais conflitos não é a mesma; à exemplo do crédito tributário ser oriundo da União (art. 109, I, da CRFB) e a demanda de concorrência desleal ser distribuída a um Juízo de Direito. Tal entendimento pretoriano não é isolado, bem como não se pode olvidar a necessidade de que o ônus probatório sobre a sonegação seja bem observado, já que há zonas de penumbra (elisão fiscal) entre aquilo que gera ou não a *fattispecie* tributária⁶²⁴.

620 “Ora, se a demandada ofereceu ao mercado produtos com preço muito inferiores aos praticados por todas suas concorrentes como se depreende nesses autos dada a sonegação de IPI (conforme denúncia apurada pela Receita Federal, juntada por linha nos anexos), inviabilizou a concorrência saudável. Agiu deslealmente e sua conduta deve ser reprimida” BRASIL, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Ricardo Negrão, AC 0011721-16.2005.8.26.0602, DJ 02.12.2019. Em sentido símile BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, 2ª Turma Especial, Des. Paulo Puccinelli, AC 2003.013449-2/0000-00, J. 21.01.2004; e quanto ao mercado de distribuição de bebidas, vide BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2ª Câmara Criminal, Des. Celia Regina Regis, Apelação Criminal 6007091-78.2013.827.000, DJ 27.02.2014.

621 Sobre a incidência da isonomia tributária – pertinente a sua faceta material – e da capacidade contributiva, vide TÖRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 261.

622 Em sentido símile, inclusive mantendo o decreto de prisão preventiva em um caso de sonegação que superava cento e cinquenta milhões de reais, fundamentando na tutela da ordem econômica e da livre iniciativa dos demais concorrentes, vide: BRASIL, TJRS, 4ª Câmara Criminal, Des. Constantino Lisboa de Azevedo, Recurso em Sentido Estrito 70010654267, DJ 04.05.2005.

623 “A comercialização de combustível adulterado é prática das mais repudiáveis e merece ser punida com os rigores da lei, pois importa lesão não só às relações de consumo, mas também ao meio ambiente e à ordem tributária (sonegação de impostos), além, não se olvide, de fomentar a concorrência desleal com àqueles contribuintes que pagam em dia seus impostos” BRASIL, TJSP, 11ª Câmara Criminal, Des. Silveira Lima, AC 0042913-13.2001.8.26.0050, J. 26.09.2007. Em sentido semelhante, vide julgado do BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 1ª Câmara Criminal, Des. Flavio Leite, Habeas Corpus 0231480-14.2019.8.130000, DJ 29.03.2019.

624 “Somente após a comprovação inequívoca de eventual sonegação fiscal cometida pela ré, o que não há até o momento, poderia ser aventada a possibilidade de reconhecimento de concorrência desleal

Na concorrência desleal exercida pela sonegação fiscal, é possível subsumir uma conduta complexa que (1) inicia pela omissão ilegal perante o fisco e (2) se complementa pela ação abusiva perante a concorrência. Se houver a (1) sonegação, mas tal aspecto não gerar, *verbi gratia*, (2) uma artificial redução de preços para subtrair a clientela alheia, haverá evasão e crime, mas não necessariamente se estará diante de concorrência desleal. Ou seja, pode ser que o agente criminoso se aproprie dos lucros da empreitada ilegal, mas que não haja desvio de clientela por tal fato.

Não obstante, um feito interessante julgado no Estado do Rio Grande do Sul dizia respeito acerca da alegada responsabilidade Estatal pela ausência de políticas públicas eficientes ao combate da sonegação tributária, que acabara por perpetrar concorrência desleal sofrida por empresa que faliu. Sem rejeitar a tese em si, a Corte acabou por afastar a pretensão autoral da sociedade falida pela insuficiência probatória quanto (1) à omissão específica, (2) à prática de atos culposos pelo Estado⁶²⁵ e (3) ao nexo causal com o resultado danoso da falência. Ou seja, enfrentou-se a tese sobre a ilicitude por contribuição omissiva de agente econômico que regula⁶²⁶ as situações de concorrência⁶²⁷.

Por sinal, uma das formas mais corriqueiras de se proceder à sonegação tributária, que é direcionada a causar danos concorrenciais, advém da prática de

pelo emprego de meio fraudulento (...) Contudo, não se pode afirmar que se depreende patente ilegalidade das práticas comerciais da ré, notadamente a respeito do não recolhimento de tributos, controverso, como se viu, o enquadramento de clientes/associados como efetivos empregados” BRASIL, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Alexandre Marcondes, AC 1041449-69.2016.8.26.0224, DJ 03.09.2018. Em sentido parecido, vide julgado do BRASIL, TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Des. José Osório de Azevedo Júnior, AC 9109757-44.1998.8.26.0000, J. 19.08.1999.

625 BRASIL, TJRS, 6ª Câmara Cível, Des. Ney Wiedemann Neto, AC 70012742276, DJ 01.02.2007.

626 PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Traduzido por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Martins Fontes, p. 86: narra hipótese interessante sobre o tratamento desigual a concorrentes ou a vizinhos que, apesar de não serem idênticos suas diferenças eram irrelevantes para tamanha distinção. Tal seria injusto.

627 Tal ponto será retomado no subcapítulo sobre direito administrativo, regulação e concorrência desleal. Sem prejuízo endossa-se a doutrina que afirma a cautela dos Poderes Públicos para não contribuírem para uma situação de desequilíbrio competitivo: “É esperável que não existam tais barreiras agressoras do direito de propriedade empresarial, sejam barreiras intencionalmente criadas por agentes de governos - federal, estadual e municipal- em mancomunação com concorrente instalado ou decorrentes de ato ilícito de concorrente por si próprio” CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. *Responsabilidade Civil-Concorrencial*. Introdução ao Direito Concorrencial Privado. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 58.

(a) realizar registros contábeis de pseudo aquisições⁶²⁸ de bens, visando hipertrofiar créditos (com a emissão de notas fiscais ‘frias’) para menor remunerar o credor do imposto de circulação de mercadorias e serviços, ou (b) não lançar vendas realizadas ou, ainda, não emitir as guias mensais de recolhimento do tributo⁶²⁹. Ou seja, manipula-se o sistema visando um favorecimento ilícito do princípio da não cumulatividade tributária. Outro problema símile é evitado nas hipóteses em que (c) os Estados *legitimamente*⁶³⁰ decidem por antecipar a cobrança do referido ICMS, quando da entrada do bem advindo de um outro ente federativo estadual/distrital, para minimizar os efeitos da ‘guerra fiscal’⁶³¹ e as diferenças de alíquotas possam ser utilizadas para empenhar a concorrência desleal⁶³². Ou seja, tal proceder evita uma externalidade dúplice: que a disputa tributária (genuína rivalidade pública) Estado *versus* Estado seja utilizada em uma relação contribuinte/concorrente-Estado, em desfavor dos concorrentes leais e bons pagadores de impostos⁶³³.

628 BRASIL, TJRS, 4ª Câmara Criminal, Des. Marcel Esquivel Hoppe, AC 70051257640, DJ 20.02.2013; BRASIL, TJRS, 4ª Câmara Criminal, Des. José Eugênio Tedesco, AC 70016206369, DJ 31.10.2006.

629 BRASIL, TJRS, 4ª Câmara Criminal, Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, AC 70042065672, DJ 20.06.2011.

630 BRASIL, TJRS, 22ª Câmara Cível, Des. Mara Lars Chechi, AC 70031513138, DJ 20.08.2009.

631 SCAFF, Fernando Facury & ATHIAS, Daniel Tobias. *Competência do CADE para apreciar Vantagens Tributárias Concedidas ao Arrepio da Concorrência*. In: NUSDEO, Fábio (Coordenador). *O Direito Econômico na Constituição de 1988*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 184, narra que ao invés de promover um “federalismo cooperativo” tem se visto, na realidade, políticas públicas de rivalidade “fratricida” no intuito de atração de investimentos pelos entes federativos.

632 Neste sentido, um julgado interessante do Excelso Pretório, destacou que guerras fiscais e a ausência de neutralidade tributária podem gerar deslealdade competitiva: “Do mesmo modo, é certo que o Poder Público pode estabelecer condições acessórias a agentes particulares em função de razões fiscalizatórias, contudo não guarda correção jurídica a atribuição de deveres instrumentais que praticamente equiparam o agente econômico privado à Administração Pública, com mera finalidade de persecução de política financeira estadual em contexto de guerra fiscal. Ganha, ainda, mais força o argumento, ao se atestar como sanção ao desempenho insatisfatório a expulsão do regime tributário mais benéfico, tornando praticamente inviável a competição no mercado, por ausência de neutralidade fiscal, além disso em total contrariedade ao comando normativo haurido do parágrafo único do art. 170 da Constituição da República já transcrito. Por outra perspectiva, a liberdade concorrencial sofre afronta direta, a partir do desequilíbrio de condições mercadológicas, entre os prestadores de serviço de transporte goianos e os demais. Nesse caso, a medida legislativa em questão incentiva a concentração de mercados e eventualmente sua cartelização” BRASIL, STF, Pleno, Min. Luiz Edson Fachin, ADIn 5472/GO, J. 01.08.2018. Agradeço ao Professor Doutor Pablo Malheiros Frota pela indicação de leitura do feito.

633 A doutrina internacional também narra o problema da assimetria tributária entre entes soberanos no plano mundial: ABBOTT, Ryan Benjamin. *The reasonable robot: Artificial Intelligence and the law*. Nova

Situação mais complexa é àquela da hipótese (iii), mero *inadimplemento tributário*, visto que muitas vezes este não é utilizado como estratégia concorrencial, mas cuida de fato que ocorre na iminência de situações falimentares⁶³⁴. Há, entretanto, uma observação a ser feita, visto que a falência poderá ser uma saída necessária⁶³⁵ para que desfalques (ii) sejam continuamente perpetrados por sociedade empresária que opere na irregularidade. Não há limites para o discurso patético⁶³⁶ ou criativo⁶³⁷ dos seres que tomaram a deslealdade como

Iorque: Cambridge University Press, 2020, p. 48. A culta supervisora e Professora Titular Silmara Chinellato organizou uma magnífica palestra com o professor estadunidense na ASPI, no ocaso do ano de 2020.

634 “A Defensoria Pública, que representa os interesses do apelante, alega inexigibilidade de conduta diversa, explicando que a empresa de GLADSTON faliu em decorrência de dificuldades financeiras decorrentes da concorrência desleal dos produtos chineses, muito mais baratos que os nacionais. (...) O maior de todos os indicativos da impossibilidade de pagamento, entretanto, é o simples fato de não ter pago os tributos antes da grave condenação criminal. Como é cediço, a legislação penal tributária conta com causa extintiva da punibilidade pelo integral pagamento do débito a qualquer tempo, beneficiando sonegadores que recolhem menos tributos do que deveriam na intenção de majorar os seus lucros (pagando apenas se forem surpreendidos), e prejudicando outros que o fazem por impossibilidade de saldar todas as suas dívidas. É verdade que outras providências poderiam ser adotadas pelo empresário para evitar a quebra, mas parece inadequado punir o fracasso empresarial sem comprovação de dolo específico de vulnerar o erário com sanção criminal, mormente quando réus mais abastados podem se livrar da gravíssima pena privativa de liberdade pelo simples pagamento. Em outras palavras, tivesse GLADSTON agido por ganância, para majorar seus lucros, poderia ter pago o débito tributário depois da autuação e se livrado da persecução penal. Como deixou de fazê-lo por absoluta impossibilidade, terminou condenado a 3 anos de reclusão” BRASIL, TJSP, 10ª Câmara Criminal, Des. Otávio de Almeida Toledo, AC 0002476-41.2012.8.26.0050, J. 06.10.2017.

635 “Sobreleva-se a essas questões todas a irregularidade fiscal das empresas do grupo e que, somados aos demais débitos importavam mais de R\$ 1.300.000.000,00, como já declinou o administrador, sem que qualquer possibilidade de pagamento exsurja dos autos. (...) A convalidação em falência se mostra, desse modo, como um caminho sem volta e o único a ser adotado pelo juízo, de modo a preservar um mínimo de respeito pela ordem jurídica e pelos direitos daqueles que de há muito aguardam por uma solução pacífica e ordeira para o conflito gerado pela inviabilidade de geração de lucro das empresas em recuperação. A manutenção da atividade empresária, nessas circunstâncias, está ainda a gerar concorrência desleal, por conta do não pagamento das obrigações sociais e fiscais” BRASIL, TJRS, 6ª Câmara Cível, Des. Luis Augusto Coelho Braga, AC 70082609314, DJ 02.12.2019.

636 “O réu DANTE DEVOTO SANTINI, quando interrogado em Juízo, confessou a prática do crime, entretanto, insurgiu-se quanto aos valores cobrados. Disse que na época dos fatos a empresa estava passando por dificuldades, já que a concorrência estava oferecendo produtos com valor inferior ao que conseguiria para venda. Pagava todos os tributos, menos a integralidade do ICMS, optando por esta estratégia para manter a empresa ativa e pagar os funcionários em dia. Asseverou que o governo não cumpria com suas obrigações, não obtendo nenhum retorno com a aplicação dos impostos pagos” BRASIL, TJRS, 4ª Câmara Criminal, Des. Sandro Luz Portal, AC 70071216238, DJ 19.10.2017.

637 Não acolhendo a ‘interessante’ tese de que por ser vítima de concorrência desleal fora ‘obrigado’ a sonegar tributos – em verdadeiro ato de retaliação, vide BRASIL, TJRS, 4ª Câmara Criminal, Des. Ivan Leomar Bruxel, AC 70063851604, DJ 05.10.2015.

proceder habitual em seus mercados. O ônus probatório do concorrente prejudicado nestes casos é mais difícil de ser satisfeito do que nos feitos em que se discute a hipótese de sonegação, já que nos últimos há um ilícito autônomo de escamoteamento da existência do fato gerador, enquanto no inadimplemento não se tenta disfarçar o débito. Aliás, o próprio Estado tem o dever⁶³⁸ de ser proativo diante do inadimplemento reiterado de um agente econômico, exatamente para precaver⁶³⁹ os seus concorrentes diligentes de serem *sancionados* mercadologicamente por cumprirem as regras básicas da cidadania. Uma das formas⁶⁴⁰ de fazê-lo é submeter o inadimplente contumaz aos regimes especiais de fiscalização que acabam por dissuadir a conduta danosa a diversos núcleos de interesses.

6.3 A Administração Pública e a Regulação

Além do perfil relacional concorrente-Estado no que tange às questões tributárias, observa-se a tendência de contendas serem ajuizadas comportando as externalidades negativas de tal espécie de relação, mas no ambiente administrativo-regulatório⁶⁴¹. Ou seja, são casos em que há a interdiscipli-

638 “Trata-se de ação mandamental proposta pela recorrente, visando à sua exclusão do Regime Especial que lhe foi imposto pela administração, ante o constante atraso e não pagamento de tributos. Observe-se que a inclusão de empresas que tenham pendências frequentes com a fiscalização no Regime Especial é autorizada pelos arts. 71 da Lei 6374/89 e 488 e 489 do RICMS (...) A medida não afronta à livre iniciativa, já que o empresário que não quita os impostos oriundos de sua atividade comercial têm desleal vantagem concorrencial sobre os comerciantes que pagam os tributos. A inadimplência da apelante foi comprovada pelos numerosos débitos inscritos em dívida ativa, totalizando aproximadamente R\$ 26.992.335,09 de tributos e multas não pagas (fls. 178/179). Assim sendo, a restrição imposta aos devedores contumazes através da inclusão compulsória no Regime Especial é proporcional e razoável, e foi estabelecida em observância ao art. 170 da CF que preserva a isonomia tributária e a livre concorrência” BRASIL, TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Des. Carlos Eduardo Pachi, AC 0918962-18.2012.8.26.0037, J. 16.10.2013.

639 BRASIL, TJRS, 2ª Câmara Cível, Des. Ricardo Torres Hermann, AC 70078860368, DJ 15.10.2018.

640 Outra forma é cessar a autorização para a impressão de documentos fiscais. Contudo, muitos julgados entendem tal proceder como inconstitucional, já que se trataria de sanção política à dívida tributário. Merece menção interessante voto vencido que em caso de tal espeque compreendeu que a continuidade do permissivo para ente de inadimplência contumaz seria um estímulo à concorrência desleal: BRASIL, TJRS, 21ª Câmara Cível, voto vencido de Des. Marco Aurélio Heinz, AC 70008944514, J. 18.08.2004.

641 Na Itália, por sinal, a doutrina bem sublinha a incidência de regras de vedação contra atos de concorrência desleal quando o agente econômico burla a regulação visando obter vantagens competitivas: AUTERI, Paolo. *Italy*. In. HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*.

naridade do Direito Administrativo⁶⁴², do Direito Trabalhista e do Direito Empresarial. Em tal recorte micro (ao menos em face da proposta de relação poliédrica antes feita), é possível ventilar (i) a concorrência desleal manipulada, exclusivamente, pelo ente privado; bem como (ii) suscitar que a ação ou omissão do Estado pode facilitar situações de abuso da liberdade de competir.

Dois exemplos ajudam a elucidar a situação (i): (a) um sujeito de direito passa a descumprir regramento ambiental mandatário ao seu setor econômico, como uma forma de baratear o custo produtivo e ser mais competitivo em termos de preço com sujeitos de direito mais eficientes, mas que observem o ônus de performar suas atividades em acordo com as exigências regulatórias⁶⁴³. Tal hipótese pode ser encontrada tanto quando aquele que gera danos ambientais concretos se evade de sua responsabilidade (ótica do poluidor-pagador), quanto aquele que desobedece a regramento enveredado à prevenção de danos, ainda que eles não venham a ocorrer (ilícitos formais).



Munique: Verlag, 2013, p. 317. No mesmo sentido, vide GRAUSO, Maria P. *La Concorrenza Sleale. Profili di tutela giurisdizionale e presso le Authority*. Milão: Giuffrè Editore, 2007, p. 85.

642 LA NUOVA UNIVERSITÀ. *Compendio di Diritto Industriale*. Naples: Edizione Simone, 2005, p. 59, na obra coletiva se narra que situações de inobservância de regras administrativas como a não obtenção de autorização ou licença podem gerar atos de concorrência desleal. Em sentido semelhante vide na doutrina argentina CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las & PALAZZI, Pablo & HERRERO, Andrés Sánchez & SEREBRINSKY, Diego H. *Derecho de la Competencia Desleal*. Buenos Aires: Heliasta, 2014, p. 689.

643 Exemplo extraído de LIMA, Patrícia Nunes. *Certificações Ambientais e Comércio Internacional*. Dissertação de Mestrado orientada pelo Prof. Dr. Christian Guy Caubet, submetida e aprovada para a obtenção de Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2001. Disponível para acesso no site: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79433/181764.pdf;jsessionid=35C56A51951D4F637482462F107BA9E1?sequence=1>, acessado em 05.05.2020, às 18:33

Neste contexto, independentemente da pretensão Estatal à sanção da prática do ilícito, se observa a legitimidade ativa do concorrente prejudicado tanto ao uso do direito de petição na esfera administrativa quanto na judicial.

Em um derradeiro exemplo da hipótese (i), concorrência desleal manipulada: (b) coteje-se uma licitação pública para a aquisição de um bem fungível, produzido em escala massificada, como alimentos para a demanda de escolas municipais. As balizas qualitativas e de garantia da performance, dos peticionantes presentes no edital, exigem uma série de custos mínimos para a eventual realização do contrato público, sendo ínfima a variação de preços na aquisição em larga escala dos bens. Ou seja, não há como se ter um contraste relevante nos custos de cada um dos concorrentes ao fornecimento à administração dos produtos alimentícios, ao menos com relação ao bem em si. Entretanto, o vencedor do certame apresenta preço substancialmente menor, por fraudar as garantias (fiança bancária por exemplo) ao cumprimento do contrato, maximizando os riscos da Administração. Em uma variação de tal exemplo, o agente econômico inicia impugnações diversas, todas ilegítimas, contra seus contendentes na licitação, visando minimizar a quantidade de agentes econômicos que disputam o certame. Além de ilícitos licitatórios autônomos⁶⁴⁴, nada obsta o concorrente privado de exercer pretensão compensatória dos danos, bem como de invalidar o certame pela deslealdade competitiva havida.

Outros cinco exemplos são úteis na compreensão da *fattispecie* ação ou omissão do Estado (ii): (a) no município de Floriano, localizado a cerca de 240 km de Teresina, um cidadão impetrou mandado de segurança por ato omissivo⁶⁴⁵ da Superintendência de Transportes de tal cidade. Na descrição

644 Lei de Licitações (Lei 8.666/93): “Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa” e “Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

645 *Mutatis mutandi*, os Tribunais Laborais têm condenado a Administração Pública por omissão de fiscalizarem os terceirizados contratados que não respeitam as relações trabalhistas de seus funcionários. Em síntese, entendem que ao lograrem êxito em certames licitatórios em virtude de menor preço, acabam concorrendo deslealmente com os contendentes que fizeram propostas tomando como base de custo os ônus econômicos que dizem respeito às regras laborais. Entre todos, vide decisão do BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 8ª Turma, Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, AI em Recurso de Revista 228-75.2014.5.02.0010, DJ 04.05.2020 e, também, em feito dirimido pelo mesmo Tribunal na 2ª Turma, Min. Maria Helena Mallmann, AIRR 11339-23.2014.5.15.0001, DJ

fática de sua causa de pedir destacou ser proprietário de posto de mototáxi, devidamente registrado junto ao então Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, bem como salientou gozar de permissão e o alvará de funcionamento. Neste contexto, para obter o capital de manutenção de seus serviços, cobrava montante de R\$5,00 para que os mototaxistas fizessem uso de seu ponto. Contudo, paulatinamente notou a evasão de mototaxistas e a edificação – pelos mesmos – de um ponto ilegal nas adjacências de seu estabelecimento. Ou seja, através da *gambiarra* de agentes econômicos de seu setor começou a sofrer concorrência, à revelia da conformidade da conduta de tais mototaxistas em face da legislação municipal. No curso de tal instrução processual, o impetrante conseguiu demonstrar a omissão específica da autoridade quanto (1) aos deveres de fiscalização e a coibição das práticas clandestinas, e (2) a manutenção das condições do permissionário para a efetiva prestação do serviço público, razão pela qual a segurança foi concedida e, em seguida, o Tribunal⁶⁴⁶ confirmou a sentença. Em síntese, a omissão do Poder Público acabara por facilitar atos de concorrência desleal, tal como um terceiro não-concorrente pode funcionar como auxiliar do ilícito se lhe for cúmplice ou tiver o dever de agir.

Ainda quanto a *fattispecie* sobre atuação do Estado (ii), (b) um exemplo interessante foi dirimido pelo juízo paulista. Empenhado em ‘tutelar’ o comércio municipal, a Prefeitura de Mirassol resolveu negar a concessão de alvará para uma feira itinerante advinda do Braz, na capital do Estado, sob a fundamentação de que, *possivelmente*, na feira seriam vendidos produtos contrafeitos, clandestinos ou sem a emissão de notas fiscais. A sociedade empresária que organizava a feira conseguiu demonstrar que a *proatividade* do Município em evitar possíveis abrasões competitivas, em verdade poderia gerar uma interdição à livre iniciativa. Ou seja, que até nos atos comissivos

30.04.2020. Em tais precedentes, além de verificar o ilícito à licitação, o ilícito aos direitos dos trabalhadores (perfil corporativo do estabelecimento comercial), sublinharam, ainda, a violação aos direitos individuais dos concorrentes preteridos no certame. Em geral é sublinhado tal estratégia ilegal e imoral de *dumping social* empenhado para a *competição ilegítima*.

646 BRASIL, Tribunal de Justiça do Piauí, 1ª Câmara Especializada Cível, Des. Raimundo Eufrásio Alves Filho, AC 2010.0001.007089-5, J. 22.08.2012. Em feito no qual a lide restou restrita ao conflito comutativo entre concorrentes, mas de símile infração administrativa de transportes clandestinos, vide decisão do BRASIL, TJRS, 11ª Câmara Cível, Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, AC 70078700580, J. 13.03.2019. Neste segundo feito também houve a condenação do demandado com base em forte esteio de prova testemunhal.

e no exercício da prevenção de danos deve-se agir com cautela e ônus probatório para justificar barreiras à entrada de novos agentes econômicos. Deste modo, meramente suscitar o resguardo contra *possíveis* atos de concorrência desleal não justifica a atuação do Estado para precatar a abrasividade regular em si. O Tribunal⁶⁴⁷, corretamente, suscitou que se na realização da feira for constatada a prática de abuso da liberdade concorrencial ou ilegalidade competitiva, nada obstará a municipalidade de cassar a autorização precária antes emitida; mas que o óbice preventivo não poderia se dar por mera presunção. Merece ser mencionado que um argumento não suscitado pela demandante, mas que poderia ter reforçado sua tese, era de que a Municipalidade demandada estava violando o princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CRFB) ao favorecer o comércio local e precatar-lhe a concorrência. Em outras palavras, que a Municipalidade era cúmplice de uma inteligente estratégia de deslealdade de seus *potenciais* concorrentes, instrumentalizada pelos Poderes Constituídos. Os fatores reais de poder podem se imiscuir nas fontes representativas do Poder e atravancar tanto a liberdade de iniciativa quanto a de concorrência.

Como terceiro exemplo da *fattispecie* Estatal (ii): (c) elenca-se conflito oriundo de Belo Horizonte⁶⁴⁸ em que um particular impugnava suposto excesso de rigor⁶⁴⁹ na regulação existente para o transporte intermunicipal de passageiros. Em síntese, o Departamento de Estradas e Rodagem de Minas Gerais editou uma série de portarias que regulamentavam questões de segu-

647 BRASIL, TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, Des. Vicente de Abreu Amadei, AC 1000634-79.2017.8.26.0358, J. 18.12.2017. Em feito com extrato fático semelhante julgado pelo BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 1ª Câmara Cível, AC 1.0000.00.167555/2/000, J. 12.05.2000, se verificou que o Conselho de Desenvolvimento Econômico de Uberaba teria abusado de seu poder para rejeitar o alvará de funcionamento da feira com base em supostas tutelas preventivas à concorrência desleal. Entretanto, o segundo fundamento de negativa do alvará foi tido como legítimo, já que o demandante – a feira – não comprovou com certidões negativas de débito sua regularidade fiscal.

648 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 7ª Câmara Cível, Des. Wander Marotta, AC 1.0024.06.930579-5/002, DJ 08.11.2007.

649 Em feito com desfecho oposto, uma farmácia impugnava a omissão do município da Serra que não lhe concedeu o alvará de funcionamento pois, além de vender produtos farmacêuticos, também disponibilizava alguns produtos alimentícios – mesmo atendendo às regras de polícia sanitária. Apesar de invocar que a economia de escopo poderia gerar concorrência desleal com quem vendesse alimentos, o Órgão julgador capixaba não compreendeu tal conduta como hábil à proibição do funcionamento da farmácia. Vide: BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, 2ª Câmara Cível, Des. Elídio José Duque, AC 48030073240, DJ 12.07.2007.

rança para maximizar a tutela dos consumidores, incluindo a comprovação de adimplemento do seguro obrigatório, a habilitação dos motoristas, além de reiterar alguns dispositivos exigidos pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97). Sob o ponto de vista do autor da demanda, tais exigências cerceariam a atividade econômica das sociedades empresárias de menor porte, configurando uma ilegítima barreira à entrada (o que é particularmente sensível à própria liberdade de iniciativa, analisada no capítulo oitavo). De outro Norte, o referido Departamento defendeu a legalidade de seus atos normativos, pois promoveriam segurança e estabilidade em um setor que é altamente perigoso. Referendando a sentença e a tese do demandado, o Órgão Colegiado suscitou que as exigências eram conformes à legalidade constitucional, bem como performariam a função de evitar a propagação de transporte clandestino que geraria concorrência desleal para com quem cumprisse tais exigências. Ou seja, a atuação comissiva do Poder Público, exercendo seu poder de polícia, auxiliava o paradigma mercantil a gozar de um *piso normativo* mais leal aos integrantes setoriais e, simultaneamente, menos lesivo aos demais núcleos de interesse envolvidos.

Como penúltimo exemplo do fato gerador (ii): (d) pode-se elencar o papel do Estado na regulação – *abstracta* – de fatos geradores de profundas transformações competitivas, quando, por exemplo, uma nova tecnologia vier a desestabilizar um determinado nicho. Como paradigma de tal hipótese, cite-se os diversos casos versando sobre aplicativos cibernéticos que ampliaram o transporte individual e privado de indivíduos, usando serviços (entre outros) de sociedades empresárias como a *Uber* e *Cabify*. Com a crescente judicialização entre sindicatos e cooperativas de táxi contra tais sociedades empresárias cuja oferta de serviços veio a impactar na receita dos primeiros, iniciou-se um movimento de regulação municipal da atuação dos novos entrantes. Em diversos municípios houve a edição de leis pela Câmara de Vereadores com a previsão de *proibição das atividades* ou de *restrições drásticas* na atuação do transporte individual de passageiros. O Pretório Excelso em repercussão geral acabou decidindo que tais leis municipais incidiriam *inconstitucionalmente* por razões formais⁶⁵⁰, já que seria de atribuição da União estabelecer balizas

650 Tese firmada pelo BRASIL, STF: “1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal

para a questão dos transportes urbanos⁶⁵¹. Não obstante, a proibição das atividades de transporte individual e privado seria materialmente inconstitucional, bem como quaisquer restrições que contrariassem a legislação federal de regência (Lei 12.587/2012). Tal decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não significou absoluto empecilho às Leis Municipais de *regularem* a matéria⁶⁵², desde que o fizessem *em densificação* com a moldura normativa federal. Em outras palavras, quando (1) há alguma assimetria regulatória que permite a concorrência em bases desiguais; (2) a erosão de equilíbrio de um determinado nicho mercantil ocorre por razões diversas da *eficiência* dos novos entrantes; e (3) a causa predominante de tal desarmonia é compatível com a desatualização de fontes normativas, o exagero regulatório de um lado e/ou o vazio regulatório de outro; deve o Poder Legislativo municipal atuar, dentro de sua competência, para minimizar aquilo que pode gerar a deslealdade competitiva. Ou seja, há um poder-dever (situação jurídica subjetiva híbrida) de, respeitadas as diferenças entre os atores, atualizar as fontes normativas para a promoção de uma base de isonomia material entre os contendentes de um determinado mercado⁶⁵³. Não se vê qualquer problema em que se tenha ônus (*exempli gratia*, ausência de vantagens tributárias no imposto sobre a produtos industrializados na aquisição de veículos, submissão à fiscalização das secretarias municipais de transportes urbanos para a aferição de taxímetros, dedetização dos veículos) e bônus (faixas seletivas, possibilidade de pontos em vias públicas) diferentes para taxistas e motoristas de aplicativos. O que pode *contribuir* para a concorrência desleal é o desequilíbrio entre o excesso de vantagens para uns e desvantagens regulatórias para os outros, quando ambos

não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)” Pleno, Relatado pelo Min. Luis Roberto Barroso, REEx 1.054.110, DJ 09.05.2019.

651 CRFB de 1988: “Art. 21. Compete à União: XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”.

652 “Ao poder municipal é dado regular, não abolir o sistema de prestação” BRASIL, STF, Pleno, Voto do Min. Luiz Edson Fachin REEx 1.054.110, DJ 09.05.2019.

653 Curiosamente, o voto do Min. Luiz Roberto Barroso na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 449/DF, Pleno do STF, Relatoria do Min. Luiz Fux, frisou que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (doravante CADE) teria averiguado a conduta da UBER e concluído a ausência de concorrência desleal. Entretanto, é útil mencionar que o CADE apura ilícitos antitruste de impacto macro à concorrência, e não, propriamente, violações individuais aos concorrentes (até o pode fazê-lo, incidentalmente, é verdade). Ou seja, é possível que se tenha interpretado o precedente do CADE de forma distinta do que a decisão da agência reguladora, efetivamente, deliberou.

realizam atividades por deveras símiles. O poderio econômico hipersuficiente das multinacionais que exploram e obtêm a maior lucratividade em tais serviços, delegando os riscos⁶⁵⁴ aos atores individuais (hipossuficientes), em contraste com a fragilidade técnica, jurídica e econômica dos taxistas, pode explicar a demora de muitos municípios em bem regular a matéria. Em outras palavras, não há grandes disparidades de poder entre os taxistas e os motoristas de aplicativos, a assimetria ocorre entre ambos e os titulares das sociedades empresárias que exploram e organizam os programas de computador para a atividade de transporte individual. Por sinal, o hiato temporal entre a entrada dos novos agentes que contaram com algum vácuo regulatório – e um excesso de regulação para os autorizados/permissionários taxistas –, não pode ser ignorado. Talvez tenha se chegado ao momento de enxugar a regulação ao mercado dos táxis e incentivar a autorregulação setorial como forma de incentivar a coordenação de condutas⁶⁵⁵.

Em outras palavras, não é irrazoável a ideia de *violação por contribuição* à concorrência desleal pela omissão específica dos Poderes Públicos, utilizando-se por analogia a lógica do art. 42, parágrafo 1º da Lei 9.279/96⁶⁵⁶. Se o Poder Público, *per se*, não explora o transporte de passageiros, sua omissão específica pode auxiliar os concorrentes – novos entrantes – em tal empreitada. Afinal, o Estado tem o dever de garantir as condições mínimas de desenvolvimento profissional aos autorizados e permissionários.

Hipótese símile à última seria o ingresso de novos entrantes no mercado de licenças de uso de obras audiovisuais pelo mercado de *streaming*, perante as vetustas “locadoras de vídeos”. Se o vácuo regulatório permitisse alguma

654 Sobre a perversa inversão entre a distribuição dos riscos e a aglutinação dos lucros, vide BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a Uma Outra Modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 41.

655 “Problemas de coordenação não são necessariamente o produto do erro humano. Mesmo os possuidores de estupenda racionalidade prática podem se encontrar em circunstâncias que exigem coordenação com os outros, mas que não proporcionam nenhum meio proeminente pelo qual a coordenação torne-se possível. A maioria considera os problemas de coordenação como o produto de uma pluralidade de soluções coordenativas *igualmente* morais e *igualmente* praticáveis” HURD, Heidi M. *O Combate Moral*. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. 301.

656 CPI/1996: “Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo”.

vantagem excessiva sob o ponto de vista tributário-administrativo em favor dos novos agentes econômicos, um reequilíbrio competitivo através da readequação regulatória seria acorde com a função promocional do direito.

O último exemplo atinente a hipótese (ii): (e) cuida do uso do Poder Judiciário (e, também, do Tribunal de Contas) para o exercício de pretensões abusivas, em um fenômeno denominado de *sham litigation*⁶⁵⁷ pela doutrina anglófona, ou, em bom vernáculo, o abuso do direito de petição⁶⁵⁸. Nem sempre é simples para o Juízo compreender a complexidade do conflito de interesses entre dois concorrentes (recorte *micro*), até mesmo pela delimitação das causas de pedir feitas pelo Autor. Aliás, a própria timidez do poder Judiciário em condenar as partes em litigância de má-fé, pode acabar auxiliando a empreitada do exercício do direito de ação abusivo, em especial diante de pedidos inibitórios feitos *in limine* e *inaudita altera parte*. Em uma interrelação do abuso do direito de ação para com a propriedade intelectual, pode-se notar causas que tenham em comum (1) o expediente ardiloso de se almejar a dilatação dos prazos (decadenciais e peremptórios) de vigência de patentes; (2) a tentativa de se interpretar extensivamente títulos de registro de marca de distintividade frágil, ignorando a lógica setorial; (3) o intuito de empenhar desenhos industriais ou programas de computador registrados sem o exame de mérito e despidos de originalidade, como meio de interditar o segmento econômico; (4) o uso de pseudo-obras registradas junto a Escola Nacional de Música, o Museu Nacional ou a Escola de Belas Artes, sem qualquer originalidade, para cercear a liberdade expressiva de um concorrente; (5) ventilar a existência de meros pedidos de patente⁶⁵⁹ como

657 Uma análise descritiva bem feita sobre os precedentes estadunidenses da Suprema Corte pode ser encontrada em LEONARDOS, Luiz & NUNES, Ricardo Dutra. *Interseção entre direito da propriedade intelectual e direito da concorrência: a origem norte-americana da imunidade Noerr-Pennington e de sua exceção de sham litigation, e a relevância do tema para os titulares de patentes farmacêuticas no Brasil*. In: Org. CURY, Ieda Tatiana. *Lições de Direito de Propriedade Intelectual e Concorrencial*. Rio de Janeiro: Ed. Multifoco, 2016, p. 189 e seguintes.

658 MATTIA, Fábio Maria. *O Direito de Autor e a Concorrência Desleal*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 20, 1975, p. 25, em inteligente parecer publicado narra uma hipótese interessante de ato de concorrência desleal (que classifica como abuso do direito) por uma editora ter movido demanda cautelar criminal contra outra e um autor, acusando-lhes de contrafação. Mal sucedida a produção probatória antecipada, restaram o descrédito dos demandados e a pretensão reparatória.

659 GOMES, Franklin Batista. *Concorrência Desleal: A (Des)necessidade de Existência de Patentes*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 82, maio-junho de 2006, p. 68-69: o autor defende a aplicação da teoria da concorrência desleal na hipótese de utência de

hábeis a cercear licitações ou outros atos administrativos; (6) o uso do sistema de patentes para tentar evitar ou cancelar registros sanitários de produtos em mercados extremamente regulados (a exemplo do ambiente farmacêutico para uso humano ou animal, e o mercado agroquímico). Em síntese, o exercício hipertrofiado da concorrência interdita, transbordando os róis de limitações aos direitos, o maior poderio econômico no uso estratégico do direito de petição (conforme explanado no capítulo anterior) são exemplos em que se nota um *desvio de função* da tutela recebida pela ordenação⁶⁶⁰.

Além do uso abusivo do direito de petição em sede judicial, é importante salientar que, por vezes, tal também ocorre em ambiente administrativo junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, com a malversação de pleitos proprietários. O Código de Propriedade Industrial de 1996 (Lei 9.279/96) dispõe que cabe à mencionada autarquia federal uma série de múnus na tutela dos bens imateriais afeitos à propriedade industrial, e, para exercer bem tal papel, é necessária a *repressão à concorrência desleal*⁶⁶¹. Ou seja, a autarquia, além de prestar serviços públicos típicos e afeitos ao direito de petição, também exerce algum poder de polícia no ambiente da *prevenção* de danos pelo abuso da liberdade competitiva. Algumas vezes, tal atuação acautelatória poderá ocorrer (a) negando pedidos de registro/concessão que estejam sendo utilizados para emprestar legitimidade a empreitada desleal, ao exemplo de um contrafator, de alguém quem está a violar a interdição competitiva de terceiros e busca uma titulação para se salvaguardar; e (b) evitando que um agente econômica faça uso de *superposição* de direitos de propriedade intelectual, por exemplo, (b1) empenhando depósitos de marcas tridimensionais para burlar o domínio público de seu desenho industrial que está às vésperas de ser extinto, (b2) buscando a tutela do Sistema Nacional de Proteção aos Cultivares e do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, sobrepondo a exclusividade da cultivar

tecnologias cujo pedido de patente ainda tramita, bem como chega a sustentar a hipótese de incidência da vedação ao abuso da liberdade de competir pela reprodução de tecnologias em domínio público. Certamente não se pode concordar com tais visões sobre a livre iniciativa e concorrência em um sistema capitalista.

660 Esta também é uma preocupação da doutrina argentina CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las & PALAZZI, Pablo & HERRERO, Andrés Sánchez & SEREBRINSKY, Diego H. Derecho de la Competencia Desleal. Buenos Aires: Heliasta, 2014, p. 355.

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

com a da patente, (b3) buscando a tutela de uma marca figurativa para uma obra de arte que deveria ser tutelada por direito do autor, (b4) arrogando-se titular de um conjunto-imagem ou direito de autor para algo que fora tutelado no restante do mundo como desenho industrial, ou seja, burlando-se o prazo decadencial (direito formativo) para se buscar tutela.

As hipóteses (b) têm trazido enorme discussão doutrinária, nacional e estrangeira, visto que as arquiteturas de concorrência interdita têm – cada uma delas – uma *função* e uma especialidade de tutela. Um *pot-pourri* de tutelas sobre o mesmo bem jurídico pode significar mais do que uma forma *desleal de competir*, representa, em verdade, uma interdição à liberdade de iniciativa. Pode-se asseverar que a sobreposição de tutelas rompe o nexo de equilíbrio entre os sinalagmas da criação (contributo mínimo) com a recompensa, entre a ponderação sobre a obstrução dinâmica à competição e o bem-estar social. Desta sorte, se é possível criar uma única vez para sobrepor, sucessivamente, direitos de exclusividade, a liberdade de acesso pleno (domínio público) será precatada ilegal e ilegitimamente. A depender do grau de lesividade, muito além de concorrência desleal por danos predominantemente individuais, pode-se estar diante de danos à concorrência em si, atraindo-se a incidência da Lei 12.529/2011.

Outras vezes, a prática da sobreposição não será sucessiva, mas simultaneamente, visando sombrear às limitações legais (sejam elas advindas da Lei 9.279/96, Lei 9.456/97, 9.609/98, Lei 9.610/98 etc.) arguindo-se que o rol das liberdades não se aplica ao outro tipo de exclusividade. Também aqui se observa um abuso da liberdade de buscar a tutela e desrespeita-se o sufixo do art. 5º, XXIX, da CRFB, já assim não se procede ao beneplácito do desenvolvimento tecnológico, econômico e social do país, mas apenas para a mais valia da ‘criatividade jurídica’ (mas não de iteres imateriais) do concorrente.

Nos casos narrados, tendo o dever de agir, a ANVISA, INPI, o SNPC, as Juntas Comerciais, o Nic.br, enfim, toda e qualquer agência reguladora, autarquia comum, órgão, ou ainda, todo ente privado que exerça serviço público delegado, pode ser *auxiliar* (espera-se, quando tal ocorrer, que o seja por omissão) do ilícito competitivo.

Em síntese, por atos comissivos e omissivos são enormes as possibilidades de diálogo entre o agente econômico desleal, o Estado (legislador, administrador e judicante), o meio ambiente e os concorrentes, que podem ser vítimas do ardid do primeiro sujeito de direito.

6.4 Os Consumidores e Cumplicidade na Concorrência Desleal

Para além dos liames peculiares já narrados sobre o exercício da concorrência desleal *mediante* relações *exógenas* ao contexto competitivo em si, tem se notado um aumento do empenho de estratégias de se praticar o abuso da liberdade de disputar clientela fazendo uso de outro núcleo de interesses partícipe do plexo poliédrico-relacional. A priori, tanto na concorrência interdita quanto no contexto da concorrência ilegal, consumidores não são sujeitos ativos do ilícito, seja pelo fato de que sua práxis tende a ser coberta pela noção de *atos privados*, seja pelo fato de que os ilícitos concorrenciais são bipróprios (necessariamente ocorridos em um liame concorrente-concorrente, *business-to-business*).

Desta sorte, é possível observar uma legítima tolerância a atos praticados por consumidores que seriam tidos como abusivos ou ilegais se o fossem exercidos por concorrentes. Entre tantos exemplos, o que ganha destaque é a hipótese dos *danos reputacionais*. Há maior liberdade de expressão para o exercício crítico-subjetivo no funtor consumidor => fornecedor do que o inverso (inclusive em razão do respeito à privacidade do primeiro), bem como em um contexto fornecedor concorrente 'a' => <= fornecedor concorrente 'b'. Assim, se um consumidor resolver⁶⁶², *verbi gratia*, (i) criar uma comunidade em uma rede social para compartilhar com terceiros sua genuína e legítima insatisfação como o produto ou serviço de um determinado fornecedor; (ii) organizar um protesto em frente ao estabelecimento comercial do fornecedor, pelas causas narradas no item (i), ou fazê-lo visto que o fornecedor faz uso de caninos da raça *beagle* (como o famoso Snoopy) para testar seus produtos cosméticos; (iii) por solidariedade aos empregados do fornecedor, resolvam auxiliar na realização de uma greve reivindicando melhores condições laborais (fim do assédio ou de metas inatingíveis, por exemplo), tal seria lícito. De outra monta, um concorrente do sujeito de direito alvo das reclamações (verdadeiras no exemplo dado, frise-se), não poderia *patrocinar* a postagem do consumidor, subsidiar a greve dos empregados alheios, ou tomar qualquer ato em consonância àquilo que *arranha* a reputação alheia, pois tal seria uma forma transviada de se exercer o que é

662 Algumas notas bem fundamentadas sobre o tema podem ser encontradas na boa doutrina argentina: CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las & PALAZZI, Pablo & HERRERO, Andrés Sánchez & SEREBRINSKY, Diego H. *Derecho de la Competencia Desleal*. Buenos Aires: Heliasta, 2014, p. 658.

vedado pelo art. 209 da LPI. Em tais hipótese, o consumidor é um vetor *inocente* da prática de concorrência desleal, mas também pode ocorrer do consumidor atuar como *longa manus* do agente inescrupuloso.

Dois exemplos podem auxiliar na corroboração do argumento: (1) um concorrente do mercado de serviços alimentícios começa a observar o desvio *legítimo* de sua clientela em prol de um agente econômico júnior, que é mais eficiente e conta com o fator ‘novidade’ para a sedução dos consumidores. Irritado com o emagrecimento de suas receitas, resolve fazer uma “doação pecuniária com encargo” para que transeuntes compareçam ao estabelecimento do *adversário*, comam, bebam, e depois destilem seu veneno em um veículo de acreditação/avaliação em rede⁶⁶³ (a exemplo do TripAdvisor⁶⁶⁴). A depender do número de consumidores ‘contratados’, o coeficiente de rendimento das notas reunidas no veículo de acreditação irá, paulatinamente, ser reduzido, e tal poderá minorar a procura de consumidores imparciais na busca de tal experiência junto ao agente econômico júnior. (2) O mesmo concorrente que costuma investir em publicidade junto o periódico ‘Y’, contata o proprietário do veículo comunicativo e solicita que o rigidíssimo formador de opinião/crítico, que publica no caderno cultural, visite o estabelecimento comercial do agente econômico júnior, consuma os alimentos e, ulteriormente, “ponha a boca no trombone” em um duro editorial que tangencie as habilidades do jovem chef e do serviço inexperiente.

Nos dois últimos casos, a vocalização da insatisfação dos *consumidores* perante um fornecedor é feita mediante estímulo advindo de um concorrente. Ou seja, não há a completa espontaneidade para o exercício da liberdade de expressão ampla, podendo-se suscitar – respeitado o ônus probatório que pode não ser fácil de ser feito – em concorrência desleal mediante a *contribuição* de terceiros

663 Sobre as manifestações e a colaboração de consumidores em rede, vide BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*. London: Yale University Press, 2006, p. 13.

664 *Mutatis mutandi*, vide um caso interessante em que o ato de usurpação de distintividade era tão ferrenho que os consumidores reclamaram junto a tal sítio eletrônico confundindo em qual dos concorrentes teria feito a desastrada refeição: TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Ricardo Negrão, AC 1020676-76.2015.8.26.0114, DJ 27.04.2017. Há recente e pertinente artigo publicado sobre a temática das avaliações falsas, em que pese o autor confundir as categorias da concorrência ilícita: BAZZANEZE, Ricardo. *Avaliações falsas na internet como ato de concorrência desleal*. In: Org. LUPION GARCIA, Ricardo & ARAÚJO, Fernando. *Direito, Tecnologia e Empreendedorismo*. Porto Alegre: FAPERGS – Ed. Fi, 2020, p. 284 e seguintes.

“consumidores”. Uma variação nas hipóteses narradas seria a da contratação de sociedade empresária que cria *robôs* virtuais difamatórios⁶⁶⁵ (ou mesmo o uso de inteligência artificial⁶⁶⁶), em fenômeno símile ao observado no período eleitoral entre candidatos a funções representativas na República.

6.5 Mercados a Montante e a Jusante: tratamentos iníquos

Uma das formas de se praticar concorrência desleal (em uma zona *gris* com a tutela contra atos antitruste) pode advir de relações havidas com um fornecedor comum. Imagine-se que dois distribuidores (‘a’ e ‘b’) adquiram bens de consumo de um mesmo industrial, mas que tal originador, único produtor no país (‘c’) de pastas doces a base de amêndoas, forneça o mesmo bem ‘z’, a preço ‘x’ para ‘a’, e ao preço ‘2x’ para ‘b’. Independentemente da margem de lucratividade que ‘b’ destine sobre o produto ‘z’, é provável que a base competitiva lhe preste de atender clientes em busca de ‘z’, se ‘a’ estiver sediado em local próximo a si. Em uma situação de paridade de condições e de custos de acesso, os consumidores elegerão – mesmo dentro de uma ótica de racionalidade limitada – como fornecedor de um bem de consumo (fungível entre os produtos do mesmo fabricante) aquele que pratica o preço mais baixo.

Tal tratamento iníquo⁶⁶⁷ entre distribuidores poderá ser legítimo⁶⁶⁸ ou não⁶⁶⁹. *Verbi gratia*, (i) se ‘a’ for um parceiro comercial vetusto, enquanto ‘b’ for um novo entrante, talvez a fidúcia adquirida entre ‘c’ e ‘a’ pudesse, *ab initio*, ser um bom fundamento para a justificativa discriminatória. Por sua vez,

665 LONGHI, João Victor Rozatti. *Responsabilidade Civil e Redes Sociais*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 110 e seguintes, bem narra a banalização dos *perfis* falsos e dos danos praticados através de tais máscaras.

666 Sobre a regulação de inteligência artificial no contexto da concorrência desleal, vide ABBOTT, Ryan Benjamin. *The reasonable robot: Artificial Intelligence and the law*; Nova Iorque: Cambridge University Press, 2020, p. 3.

667 Sobre a imparcialidade e a igualdade de tratamentos, vide MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Traduzido por Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, 2007, p. 68.

668 Sobre as discriminações de matiz arbitrária, vide BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 18.

669 A doutrina italiana elenca que tal ato do fornecedor pode ser um indicio de abuso da posição dominante: GRAUSO, Maria P. *La Concorrenza Sleale. Profili di tutela giurisdizionale e presso le Authority*. Milão: Giuffrè Editore, 2007, p. 139 e GHIROTTI, Enrico. *Il Patto di Non Concorrenza nei Contratti Commerciali*. Milão: Giuffrè Editore, 2008, p. 71.

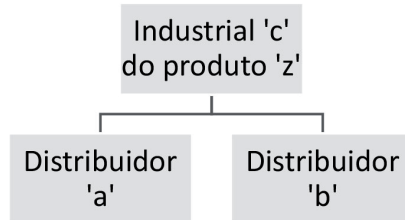
(ii) se tanto ‘a’ quanto ‘b’ tivessem firmado vínculos jurídicos de fornecimento com ‘c’ simultaneamente, uma contratação de quantitativo significativo maior de ‘a’ poderia justificar o preço reduzido, em virtude de um ganho de economia de escala do fornecedor. Se tanto o elemento cronológico quanto o quantitativo fossem idênticos nas relações de ‘a’ e ‘b’ para com ‘c’, (iii) o tempo ou forma do adimplemento (‘a’ paga à vista e adiantado) favoráveis de ‘a’ poderiam justificar o tratamento diferenciado. Ainda, se todos os aspectos anteriores fossem isonômicos em ‘a’ e ‘b’ para com ‘c’, eventual (iv) vínculo de exclusividade para vendas do produto ‘z’, ao invés de proporcionar a clientela, também, a pasta de amêndoa ‘u’ do concorrente de ‘c’, pode ser uma explicação. Por fim, havendo coincidência cronológica, quantitativa e no tempo ou forma de adimplemento entre ‘a’ e ‘b’ para com ‘c’, (v) se ‘a’ adquirisse além do produto ‘z’ outro bem (‘w’) de pouca procura fabricado por ‘c’, a economia de escopo do último, também, poderia ser invocada como causa legítima do tratamento contrastante entre os adquirentes ‘a’ e ‘b’ (ainda que tal pudesse atrair, em tese, uma investigação sobre vendas casadas).

Cláusulas como as cinco formas antes narradas são relativamente comuns em contratos de distribuição havidos entre fabricantes e intermediários (como redes de mercados). Algumas delas, por sinal, podem ser pouco favoráveis a pluralidade concorrencial em ambientes já munidos de expressiva concentração de poder econômico (a exemplo da cláusula ‘iv’), ou tendentes a realizar um darwinismo jurídico (como o caso da cláusula ‘ii’ em que um minimercado dispute clientela com um hipermercado). Contudo, não haverá uma ilicitude *per se* em tais negociações.

De outra monta, sem razões legítimas, se o vínculo entre ‘a’ e ‘b’ para com ‘c’ for absolutamente idêntico, o preço praticado pelo último para com os primeiros *deveria* ser o mesmo. Tal assertiva, por óbvio, pode ser diferente a depender da ideologia do leitor ou do entendimento sobre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais entre partes privadas⁶⁷⁰. Tal não significa dizer que há um direito fundamental sobre a aquisição de *pasta de amêndoas doce*, mas

670 O conceito de que direitos sensíveis podem ser objeto de opressão para além de Poderes estatais (em tiranias privadas) está bem desenvolvida em clássicos da filosofia liberal como em MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Traduzido por Ari R. Tank Brito. São Paulo: Ed. Hedra, 2011, p. 42. Para uma bela crítica sobre o modelo forte de eficácia direta, vide RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*. 2ª, Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2019, p. 346.

sim sobre o tratamento isonômico entre concorrentes no polo *a jusante* perante quem os fornece no polo *a montante*.



Sem dúvida, em uma demanda por estímulo à concorrência desleal, ainda que o Juízo realize a inversão do ônus da prova, é possível que ‘c’ justifique a melhor habilidade de negociação de ‘a’ do que aquela exercida por ‘b’, ou qualquer outro argumento difícil de ser infirmado. Não é feito de fácil demonstração a pretensão autoral, mas, tampouco, tal significa dizer que jamais haverá concorrência desleal pela proporção iníqua das bases adversariais em situação de um *tu quoque*⁶⁷¹ de fornecimento.

O oposto também seria verdadeiro. Imagine-se que a concentração de poder econômico não ocorra no polo *a montante*, no qual se verifica a pluralidade de ofertantes, mas sim no ambiente *a jusante*, no qual há, basicamente, um monopsonio ou oligopsonio (por exemplo: uma grande rede de hipermercados). Se o intermediário entre o produtor e o consumidor empenhar tratamento iníquo para dois produtores que fabriquem, essencialmente, o mesmo bem, com a mesma qualidade, com os mesmos custos médios, que atinjam o mesmo quantitativo produtivo; sem razão legítima para tanto, o desequilíbrio competitivo poderá ser induzido por este terceiro à relação concorrencial.

6.6 Novas Tecnologias e Concorrência Desleal

O uso de aparatos tecnológicos para competir com iniquidade ilegítima não é exatamente uma novidade. Desde a (i) escolha de números telefônicos

671 Sobre o *tu quoque* no direito internacional público, vide ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal*. Traduzido por José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Sobre o *tu quoque* nas relações privadas e, especificamente, no ambiente contratual, vide FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e Inadimplemento Substantial*. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 110.

símiles⁶⁷², (ii) a eleição de um nome de domínio idêntico em sua essência, mas como um sufixo distinto ou com pequenas variações⁶⁷³, (iii) a colheita ilegal (vide Lei 13.709 de 2018) de dados sensíveis de consumidores para destinar publicidade mais eficiente do que a do concorrentes que não absorve tais dados privados, ou (iv) o uso de links patrocinados⁶⁷⁴ para que um consumidor acesse algum intermediário de buscas na internet procurando o agente econômico ‘x’, mas pela publicidade paga de ‘y’, será o nome do último que aparecerá primeiro e com destaque pelo buscador; não há nada de inovação, afora as vicissitudes tecnológicas.

Em síntese, independentemente da arquitetura utilizada, do empenho imediato ou através de *laranjas*, no uso de outros núcleos de interesse ou não, a concorrência desleal é, em geral, abrangida por atos de (a) usurpação de distintividade; (b) danos reputacionais; (c) apropriação de dados sensíveis do concorrente através de meios ilegítimos; (d) práxis de conduta danosa e incalculável pelos parâmetros do setor⁶⁷⁵; enfim, (e) abusivos da liberdade de competir que não sejam prescritos e proscritos nas regras sobre *concorrência ilegal* ou *interdita*. São infinitas as combinações de criatividade malévola com a qual se pode lesar, diretamente, o concorrente, e, indiretamente, o consumidor, o Estado, o meio ambiente, enfim, externalidades negativas aos demais núcleos de interesses que participem da relação jurídica poliédrica.

Nota-se que, a cada ruptura tecnológica comunicacional, os *truques sujos* são requentados em novas roupas, em particular por agentes econômicos

672 BRASIL, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Carlos Dias Motta, AC 1000915-55.2015.8.26.0180, DJ 22.11.2018. *In casu* o sujeito condenado por concorrência desleal tomou a seguinte providência: “Autora atua sob a denominação de “Ultragás”, sendo titular da linha telefônica nº. 3651-1494. Empresa do réu que atua sob a denominação de “Pinhal Gás”, sendo titular da linha telefônica nº. 3661-1494. Prova oral produzida em Juízo dando conta de que a ex-esposa do réu diligenciou, deliberadamente, junto à testemunha, então titular da linha nº. 3661-1494, para adquirir, especificamente, aquele número”.

673 BRASIL, TJRJ, 25ª Câmara Cível, Des. Sergio Seabra Varela, AC 0185-71.2011.8.19.0001, J. 08.05.2019. O caso narra o concorrente desleal que acabou condenado por registra o nome de domínio ‘coquishoes.com.br’, quando queria desviar a concorrência do titular da marca Crocs, para sandálias e chinelos.

674 BRASIL, TJRJ, 22ª Câmara Cível, Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva, AC 0180503-23.2014.8.19.0001, DJ 19.04.2018.

675 *Mutatis mutandi*, MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Traduzido por Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Ed. Escala, 2007, p. 92: “O padrão ao qual uma pessoa se reporta são os costumes de sua nação, sua classe ou religião”.

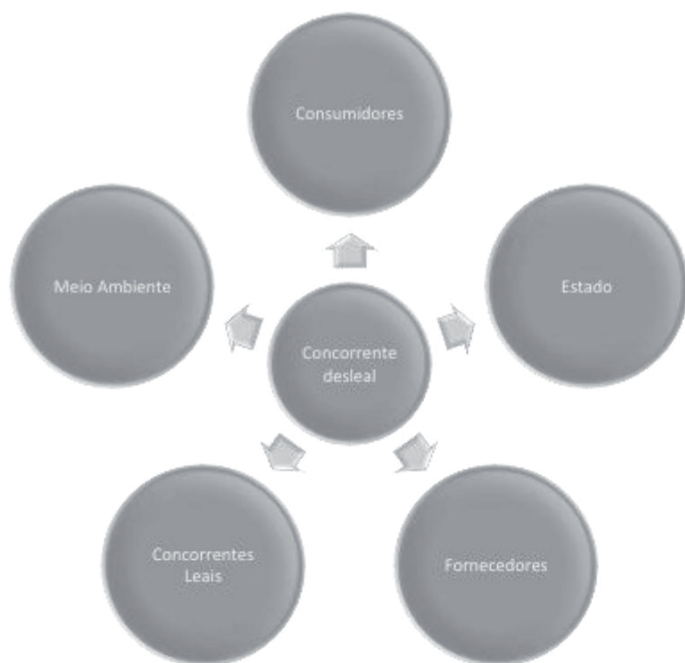
ineficientes em vencer a disputa pela predileção de clientela através das vias *normais* ou *regulares* – ainda que danosas.

Um exemplo recente – e ainda não dirimido meritoriamente – trata da discriminação de preços por *georeferenciamento*. Companhias que oferecem seus serviços de intermediários para hotelaria e transporte aéreo passaram a fazer uso de dados sensíveis de consumidores para lhes direcionar preços diferentes para o mesmo destino/hospedagem, a depender o local no município em que tal consumidor estiver. Nesta hipótese, se ao fazer a busca em um bairro aristocrático ‘a’ da cidade para o destino ‘y’, pela companhia aérea ‘z’, visando a estadia no hotel ‘w’, o preço seria ‘x’, sincronicamente e no mesmo município, mas no endereço *modesto* ‘b’, a busca fosse realizada para idênticos ‘y’, ‘z’, w, o preço seria $\frac{1}{2}$ ‘x’.

A *fattispecie* narrada poderia *em tese* consistir em prática *desleal* ao consumidor, conforme é coibido pelo art. 4º, VI, da Lei 8.078/90. Entretanto, não necessariamente tal ato seria uma prática de *concorrência desleal*, se não for exercido em detrimento de um concorrente. Contudo, é fácil perceber que uma pequena alteração nos fatos narrados pode ser uma nova via para o abuso da liberdade de competir. Se a companhia aeroviária ‘l’ estimulasse economicamente o intermediário *baleia urbana* a oferecer, sempre, os preços de suas concorrentes, em qualquer busca, em preços artificialmente menores aos seus, inclusive pelo emprego da tecnologia de georreferenciamento, tal seria um ato de concorrência desleal.

6.7 Conclusão

O presente capítulo teve como escopo enfrentar as maneiras mais recentes com as quais se pratica o inesgotável repertório do abuso do direito de concorrer. Entre as técnicas mais sofisticadas e de difícil detecção sobre a origem do dano injusto estão aquelas vinculadas aos núcleos de interesses que circundam a concorrência em si:



Entre todos os núcleos de interesses que podem atuar *em contribuição* ao ato de deslealdade competitiva ou até abuso do poder econômico gerador de distorções em todo o mercado, ganha destaque o papel estatal em (i) *prevenir*, (ii) estimular práxis saudáveis de regularidade competitiva e (iii) fazer uso do sistema tributário e das regulações para minimizar as eventuais assimetrias adversariais. Especialmente diante de novos entrantes, que façam uso de tecnologias que estejam em vácuos tributários-regulatórios-ambientais, eventuais revisões sobre o excesso regulatório para os partícipes vetustos do mercado, ou deficitário diante dos primeiros, devem ser priorizadas.

O déficit do poder de polícia para verificar a conformidade da atenção às regras licitatórias, laborais, administrativas, ambientais e tributárias pode contribuir para um esgarçamento dos agentes econômicos que atuam na legalidade. Um estado mínimo pode ser o melhor auxiliar – ainda que passivo – de atos de concorrência desleal.

Não obstante, sujeitos privados fora do ambiente concorrencial podem contribuir ou mesmo serem protagonistas conjuntamente aos agentes econômicos internos ao mercado adversarial para os atos de concorrência desleal:

os *pseudo-consumidores* ‘contratados’ (ou mesmo robôs) para gerar danos reputacionais em redes sociais; ou os fornecedores ou adquirentes em situações de extrema concentração de poder econômico que praticam condições iníquas para com quem esteja no ambiente *a montante* ou *a jusante* concorrendo; também se revelam novas formas de praticar a concorrência desleal.

No próximo capítulo serão estudadas as variações da teoria da concorrência desleal, ampliada e restrita, bem como verificaremos o emprego pragmático de tais ambientes teóricos.

PARTE III – AS SITUAÇÕES JURÍDICAS
SUBJETIVAS DO APROVEITAMENTO
PARASITÁRIO E O DIÁLOGO COM A
RIVALIDADE E A CONCORRÊNCIA

(7) O Sujeito Ofensor no Ato Ilícito da Concorrência Desleal

7.1 Introdução; 7.2 O Destinatário Imediato da Concorrência; 7.3 O Emissor da Concorrência: recortes teóricos; 7.4 O Terceiro Setor e o Discurso Concorrencial; 7.5 A Hipertrofia do Discurso Empresarial-Concorrencial no Segundo Setor; 7.6 Uma proposta restritiva do Discurso Concorrencial; e 7.7 Conclusão.

7.1 Introdução

No ambiente legislativo da propriedade intelectual, observa-se uma tendência internacional⁶⁷⁶ de expandir as fronteiras de incidência da concorrência desleal para toda e qualquer profissão. Até mesmo carreiras historicamente classificadas como peculiares aos *intelectuais* começam a ser reguladas e tratadas como todas as profissões tipicamente mercantis, influenciando na forma com a qual *divulgam* seu mister e se comportam em um ambiente de mercado. De outro lado, ainda há bastante resistência em alguns países diante do movimento ou da influência de submissão à *mercantilização* de algumas carreiras, afetando decisões negociais quanto as segregações de tipos societários – especialmente diante de hipóteses em que se organiza um coletivo de pessoas para a justaposição de capitais e trabalho.

Dentro de tais delicados e recentes contrastes, o presente capítulo se dirige a enfrentar os modelos expansionistas, bem como o paradigma antagônico desta análise, ou seja, uma proposta de incidência restritiva à teoria da concorrência desleal.

676 Endossando a incidência da teoria da concorrência desleal – com base na legislação espanhola – até para profissões liberais, vide PÉREZ, Eva Domínguez. *Competencia Desleal a Traves de Actos de Imitación Sistemática*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003, p. 69.

7.2 O Destinatário Imediato da Concorrência

A doutrina em geral não diverge sobre a meta pela qual a concorrência se manifesta: a disputa de clientela⁶⁷⁷, a luta pela predileção da freguesia⁶⁷⁸, o resultado exitoso quando da conquista de mercados⁶⁷⁹ (antigos ou novos), submetendo seus partícipes ao risco constante da perda da lucratividade⁶⁸⁰. Quando se trata, contudo, de definir o que efetivamente seja ‘clientela’, há diversos recortes teóricos diferentes encampados pelos especialistas. Por exemplo, parte da doutrina entende a *clientela* como os *frequentadores habituais* de um estabelecimento ou negócio⁶⁸¹, sempre delineando que os consumidores não cuidam de *objeto proprietário*⁶⁸² do titular da empresa, tratando-se de sujeitos de direito peculiares a uma situação de fato⁶⁸³. É verdade, entretanto,

677 GRAU, Eros Roberto & FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, A Empresa e O Contrato*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 303; e GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 206.

678 SILVEIRA, Newton. *Concorrência desleal e propriedade imaterial*. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça, março de 1975, p. 123.

679 FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª Edição. São Paulo: Ed. dos Tribunais, 2010, p. 112.

680 SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 45.

681 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. O Estatuto do Estabelecimento e a Empresa Mercantil - Sexto Volume. São Paulo: Ed. Saraiva, 1962, p. 21. BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1988, p. 178. BARBOSA DE OLIVEIRA, Rui Caetano. *As cessões de clientela*. Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913, p. XIX. FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito Empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades*. 4ª ed. ver., atual e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 142. MAGALHAES, José Maria Vilhena Barbosa de. *Do estabelecimento Comercial*. Estudo de Direito Privado. Lisboa: Edições Ativa, 1951, p. 70; e TOURINHO, José Basto. *Fundo de Comércio*. Rio de Janeiro: Ed. Pongetti, 1954, p. 51.

682 Em sentido contrário, vide BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Traduzido por AZEVEDO, Dinah de Abreu. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 270. No sentido de que a clientela seria parte do conceito mais amplo de *propriedade comercial*, vide ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Direito do Comerciante à Renovação do Arrendamento*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1940, p. 6.

683 ASCARELLI, Tullio. *Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil*. São Paulo: Ed. Minelli, 2007, p. 368. CORREIA, Ferrer A. *Reivindicação Do Estabelecimento Comercial Como Unidade Jurídica*. Coimbra, 1962, p. 14. FÊRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento Empresarial*. Trespasse e Efeitos Obrigacionais. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 37; e TOKARS, Fábio Leandro. *Estabelecimento Empresarial*. São Paulo: Ed. LTr, 2006, p. 30.

que, com a valorização dos dados pessoais dos utentes de internet, se os *consumidores* em si não são – e não podem ser – objeto da titularidade alheia, representações dos elementos de sua personalidade (a exemplo de conteúdo atinente à privacidade, predileções e aptidões) o são⁶⁸⁴. Quanto mais há o controle sobre os dados, a informação sensível à destinação publicitária eficiente, *verbi gratia*, menores são os riscos empresariais envolvidos diante da menor assimetria informacional quanto o destinatário e seus hábitos.

Não obstante, segundo a maior parte dos autores, a clientela não é *elemento* de titularidade de alguém, mas eventual *qualidade* da organização da atividade profissional⁶⁸⁵; afinal de contas, os consumidores gozam de certa liberdade de escolha em um sistema capitalista⁶⁸⁶. Outra definição que costuma ser dada a consumidores que, esporadicamente, travam relações para com seus fornecedores, em geral por questões afeitas à localidade do prestador, ao invés de elementos vinculados ao objeto ou ao sujeito – seria o caso dos fregueses⁶⁸⁷. A mutabilidade ou variabilidade desta espécie de clientela é uma característica do conceito de concorrência, já que em geral há *mais de uma forma*⁶⁸⁸ (bens homogêneos⁶⁸⁹) – ou *originador* – para que se satisfaça determinada demanda, interesse ou desejo⁶⁹⁰.

684 VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlication of Everything. (And Why We Should Worry)*. Los Angeles: University of California Press, 2012, p. 3.

685 POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Direito Empresarial*. O estabelecimento e seus aspectos contratuais. Barueri, SP: Ed. Manole, 2006, p. 110.

686 ROUBIER, Paul. *Droits Intellectuels ou Droits de Clientèle*. Paris: Recueil Sirey, 1935, p. 44. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVII. 4ª Edição, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 272.

687 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 31ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 412.

688 *Verbi gratia*, vale a menção a um litígio em que autor e réu reciprocamente se acusavam de concorrência desleal, mas cujos ônus probatórios não foram satisfeitos: “As empresas autora e requerida disputam o mercado de abastecimento de embarcações da cidade de Cananéia, fornecendo-lhe, ambas, óleo diesel marítimo, por meios distintos. Enquanto a empresa autora é revendedora varejista de combustível e possui posto fixo de abastecimento, a requerida é Transportador-Revendedor-Retalhista (TRR) e o fornece por meio de caminhão-tanque que se locomove pela cidade e por píeres, para atender aos clientes” BRASIL, TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Des. Miguel Brandi, AC 0000236-40.2010.8.26.0118, J. 11.11.2014. Ainda: “É bem verdade que, no caso em exame, as máquinas de beneficiamento de cebolas fabricadas pelos litigantes acabam concorrendo no mercado. Entretanto, considerando que a destinação dos equipamentos é a mesma, não haveria como fugir das similaridades. E o fato de o demandante ser detentor de carta patente de uma beneficiadora de cebolas não afasta a possibilidade de que terceiros criem outros tipos de maquinário – com semelhanças, por evidente – e ingressem no mesmo mercado. Tal circunstância, por si só, não caracterizará a

A liberdade de legitimamente disputar a preferência momentânea – ou quiçá permanente – do interlocutor daria autonomia à lógica típica do direito empresarial⁶⁹¹, ou seja, o pensamento de se perseguir o mesmo objetivo em detrimento do outro⁶⁹². Em síntese, tanto os emissores quanto os destinatários da concorrência gozam das liberdades de variar suas escolhas estratégicas – seus padrões de consumo e de oferta, o que acaba alterando o fluxo da demanda que responde às variações de mercado⁶⁹³ – desde que o façam dentro da *legalidade* e da *liceidade*.

7.3 O Emissor da Concorrência: recortes teóricos

As relações jurídicas patrimoniais de direito privado⁶⁹⁴ podem ser classificadas dentro de uma lente tricotômica, quais sejam, (a) vínculos consumeristas nos quais é típica a assimetria de poder (e de informação⁶⁹⁵), a incidência de considerável dirigismo estatal (vastidão de regras cogentes) e a profissionalização de apenas um dos polos do liame; (b) nexos peculiares ao direito civil,

reprodução do utilitário patenteado ou importará em concorrência desleal” BRASIL, TJRS, 12ª Câmara Cível, Des. Orlando Heeman Júnior, AC 70043813807, J. 24.11.2011. Sobre a possibilidade de bens/serviços diferentes (como um Trem de Grande Velocidade e um avião) disputarem a mesma clientela (a exemplo do deslocamento Paris-Lyon), vide RONZANO, Alain. *Le rôle de la clientèle en droit de la concurrence*. In: CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000, p. 47.

689 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos. O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010, p. 60. IRTI, Natalino. *L'Ordine Giuridico del Mercato*. Editori Laterza: Bari, 1998, p. 49.

690 ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 3a Edição, Milão: Editore Dott A. Giuffrè, 1960, p. 24.

691 CARVALHO, Orlando Alves Pereira de. *Direito das Empresas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2012, p. 209.

692 DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa De Direito Civil (Parte Geral). Aulas Proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945)*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 145.

693 CUNHA, Carolina. *A indenização de Clientela do Agente Comercial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 62.

694 Apenas pelo predomínio de regras jurídicas que advêm do direito público é que não se está incluindo como pertinente as relações puramente empregatícias. Sobre a incidência de regras sobre concorrência interdita em relações laborais, vide GHIROTTI, Enrico. *Il Patto di Non Concorrenza nei Contratti Commerciali*. Milão: Giuffrè Editore, 2008, p. 178 e seguintes.

695 MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 86.

nos quais é mais comum a comutatividade e a paridade de forças, independentemente do profissionalismo das partes, além da presença de alguma regulação estatal (muitas vezes de matiz dispositiva); e (c) liames pertinentes ao direito empresarial no qual a busca pelo lucro é uma premissa maior, tal como a paridade entre partes, e a menor presença (ou tolerância) com paternalismos estatais diante de eventual desequilíbrio pelo exercício da autonomia privada.

Classicamente, se entende que a concorrência – e a concorrência desleal como *desvio* da primeira – só poderia ser percebida na última das formas vinculativas no direito privado. Conforme será explanado neste capítulo, não há nada de errado na adoção desta premissa *restritiva* de incidência. Pelo contrário, ela pode ser fundamental para evitar a deturpação de uma série de estruturas teórico-pragmáticas. Entretanto, tampouco seria correto ventilar que qualquer liame típico das relações (c) empresariais seria suficiente a identificação de potencial relação de concorrência. Exemplificativamente, o princípio da especialidade do ambiente da concorrência interdita no contexto de marcas pode melhor explicar tal constatação. Imagine-se que um titular do registro de um signo distintivo para a alienação de produtos tabagistas não gozará de oponibilidade/eficácia de sua exclusividade contra quem atue no mercado de ioiôs, mesmo que ambos sejam empresários, atuando sincronicamente no mesmo território. A empresarialidade é transdisciplinar (e verticalizada), enquanto a concorrência é um fenômeno específico *dentro* do ambiente empresarial (e horizontalizada).

Em uma outra classificação tripartite, é conhecida a segmentação econômica entre os chamados *setores*⁶⁹⁶ estruturais: (i) o segmento estatal; (ii) os meandros das atuações empresariais típicas; e (iii) o denominado terceiro setor. Sem prejuízo das figuras híbridas (a exemplo das sociedades de economia mista⁶⁹⁷ e as

696 GRAZZIOLI, Airton. *Fundações Privadas*. Das relações de Poder à Responsabilidade dos Dirigentes. São Paulo: Ed. Atlas, 2011, p. 1.

697 Ainda assim, é possível imaginar uma hipótese de desequilíbrio competitivo em que uma sociedade de economia mista diante de um setor em que atua concorrencialmente, pudesse oportunisticamente se arrogar beneficiária de privilégio da fazenda pública para pagar via precatórios. Corretamente, portanto, o Pretório Excelso coibiu tais tentativas em decisão proveniente de repercussão geral: “Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas” BRASIL, STF, Pleno, Min. Joaquim Barbosa (relator para acórdão), REx 599628, DJ 17.10.2011. Em uma brevíssima nota sobre a experiência estrangeira, a doutrina de concorrência desleal na Áustria suscita que se o Estado enverada atividade comercial, longe dos atos de soberania, ele estará

empresas públicas⁶⁹⁸) que desafiavam uma classificação *purista* do *primeiro setor*⁶⁹⁹, em geral a doutrina elenca que o protagonismo deste segmento seria realizado por órgãos e pessoas jurídicas de direito público. Os interesses públicos lidados pelo *primeiro setor* seriam os primários (sociais e coletivos) e secundários (meramente fazendários). Não obstante, o exercício fiscal por parte de tais credores é um dos marcos determinantes de diferenciação deste setor e, para alguns autores, a mera titularidade de bens pelos entes estatais geraria, por si só, o cumprimento ou a automática existência de função social da propriedade⁷⁰⁰.

Por sua vez, no ambiente do *segundo setor*, o enfoque epistêmico seria na maximização do lucro, na realização da capacidade produtiva e transformativa de bens e serviços. Se o egoísmo é uma característica de muitos sujeitos de direito, sem prejuízo ao respeito à legalidade constitucional e a arquétipos fundamentais como o da função social (seja da empresa, do contrato ou da propriedade), é no segundo setor em que tal característica pode ser observada sem a incidência de maiores *pecados* jurídicos.

Destinatário das políticas públicas exercidas pelo *primeiro setor*, o *segundo setor* seria o protagonista da realização empregatícia, e, seguindo a lógica capitalista, o maior proporcionador/catalisador da separação entre labor e lucro. Ao contrário do *primeiro setor*, não há como se tolerar quaisquer privilégios (ou prerrogativas da administração pública) entre os agentes econômicos, já que nem sempre atuam em busca dos interesses públicos primários, ainda que

suscetível às regras sobre lealdade competitiva: WIEBE, Andreas & HEIDINGER, Roman. *Austria*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 115. Na doutrina francesa a concorrência entre empresas públicas e entes totalmente privados pode e deve se dar sobre o mote da *paridade de armas*, vide FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *La dialectique entre service public et clientèle: vers une nouvelle régulation*. In: CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000, p. 192.

698 Em preciosa análise sobre esse embaralhamento das funções estatais com o ambiente privado, ESTRÊLA, Hernani. *Da Comercialização do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, Volume 185, Ano 56, Fascículos 675 e 676, Set/Out, 1959, p. 41, vaticina: “Em suma, estão as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios) a converterem-se em empresários e comerciantes, entrando a competir decisivamente com os particulares”.

699 Defendendo a delimitação da situação concorrencial desleal a atividade empresarial (em ambos os sujeitos: vítima e ofensor), mas advertindo uma ampliação funcional da teoria para quando o Estado exerce *múnus* empresarial, vide MOSCO, Luigi. *La Concorrenza Sleale*. Napoles: Casa Editrice Dottore Eugenio Jovene, 1956, p. 161-162.

700 ABE, Nilma de Castro. *Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública*. Brasília: Revista da AGU, Ano VII nº 18, Out/Nov, 2008, p. 149. Não se concorda com a autora.

– pela própria incidência do Estado de Direito – sejam cindidos à legalidade estrita. Tampouco podem deixar de exercer suas titularidades de acordo com a função social, ou se evadir dos ônus tributários. Em verdade é o *segundo setor* o maior responsável⁷⁰¹ pela realização dos interesses públicos secundários do *primeiro setor*, e tem como exemplo clássico de arranjo coletivo *as sociedades*.



Por fim, o *terceiro setor* congloba as atividades da sociedade civil que muitas vezes lida com *interesses públicos* não-estatais. São instituições que não podem visar especificamente o lucro – ao contrário do *segundo setor* –, realizando misteres úteis à sociedade (a exemplo de fundações, associações, entidades religiosas e partidos políticos), em complementação aos serviços públicos prestados pelo *primeiro setor*. Como característica pertinente, deve ser elencado que, por razões de direito objetivo (ou seja, pela produção de fontes normativas pelo *primeiro setor*), o *terceiro setor* goza de uma série de benefícios fiscais (a exemplo de imunidades e isenções), sem prejuízo de ter de cumprir com a elevada (em termos qualitativos) função social correlata.

Brevemente narrado o último recorte classificatório, não se nega que a última tríade seja mais próxima a uma análise dogmática-estrutural do que de uma zetética-finalística. Ainda assim, o ramo educacional pode ser elencado como uma das atividades econômicas em que, concomitantemente, se encontram pessoas jurídicas exercendo *mister* semelhante, apesar de pertencerem a setores diferentes. Neste sentido, (1) imagine-se uma autarquia federal (UFRJ/

701 Sem que isto diminua a relevância da arrecadação dos entes públicos advinda da prestação de serviços públicos ou mesmo do poder de polícia, na forma do art. 77 da Lei 5.172/66.

UNIFESP), uma associação (PUC-Rio/PUC-SP) e uma sociedade empresária (IBMEC-RJ/Estácio), que ofereçam o exato mesmo curso (e.g. direito). Mesmo contemplando-se um programa acadêmico que possa ter disciplinas mandatórias similares, a experiência educacional será profundamente diferente para cada estudante em cada uma das mencionadas instituições de ensino superior (doravante IES). Tal lógica parte da premissa de que (a1) em uma o custeio é integralmente realizado pelo contribuinte, (b1) já na outra, o custeio é parcialmente realizado pelo contribuinte, parcialmente adimplido pelo próprio estudante, ou totalmente custeada pelos demais estudantes (afinal trata-se de uma universidade comunitária) e (c1) por fim, a última é integralmente custeada pelo estudante. Não obstante, o corpo docente provavelmente é imbuído de ideologias, experiências de vida e propostas metodológicas de ensino substancialmente diversas no ambiente (a2) estatal, (b2) público não-estatal e (c2) privado. Tampouco seria surpreendente que a arquitetura pragmático-institucional de cada uma das IES estimulasse um predominante enfoque de carreira díspar, ainda que com certo recorte estereotipado, de maior (a3) valorização dos concursos públicos, (b3) amplitude a carreiras internacionais e (c3) ou enfocadas na advocacia privada-comercial e na arbitragem. Por fim, é provável que a interdisciplinaridade de (a4) e (c4) fosse estatuída sob bases mais laicas, enquanto (b4) tivesse uma proposta teológica-espiritual mais densa. Assim, ainda que, em tese, uma única pessoa possa ter se candidatado aos processos seletivos das três IES, simultaneamente, seria exagerado enxergar tal sujeito de direito como *cliente* ou *cliente em potencial*. Afinal de contas, a educação, o convívio universitário, as relações existenciais com o metiê da pesquisa e os liames com o corpo discente e docente não parecem ser perfeitamente compatíveis com a lógica de *mercado*, ainda que muitos consigam uma lucratividade astronômica na exploração de tal segmento profissional.

Outro exemplo (2), sobre a possível superposição de arquiteturas setoriais, seria o ambiente de um serviço público. Em tese, o ente competente (primeiro setor) pode prestar aquele serviço público diretamente, pode realizar a privatização *a fortiori*, ou uma concessão do serviço público para que passe a ser prestado por uma sociedade empresária (segundo setor), ou por uma fundação (terceiro setor). Em tal contexto, é possível verificar o caso do exame de ordem historicamente realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil (Autarquia especial e autônoma – logo *primeiro setor*) que, há alguns anos, passou a ser realizado sob delegação pela Fundação Getúlio Vargas (*terceiro setor*). Sob o ponto

de vista do destinatário do exame, se enxergado como *administrado* ou como *consumidor*, talvez a *arquitetura* da prestação do serviço seja menos relevante do que a *qualidade* do serviço em si. Não obstante, a incidência do marco regulatório é certamente diversa em uma e em outra hipótese, a exemplo de questões pertinentes como situações jurídicas subjetivas passivas (ônus da prova no ambiente consumerista e a presunção de validade dos atos administrativos).

Por sinal, dentro de uma ótica de coordenação do Estado Democrático de Direito, cada um dos setores se inter-relacionaria em harmonia, cada qual cumprindo com os seus múnus. Desta forma, sob o ponto de vista da teoria da concorrência no âmbito clássico, o *primeiro* e o *terceiro* setor (isolada e insularmente) estariam de pleno direito excluídos do campo de incidência da concorrência desleal⁷⁰². Ou seja, para se vislumbrar uma atuação pelo *abuso da liberdade de competir*, necessariamente se estaria dentro das lógicas *mercantis* do *segundo setor* com o exercício de atividades que fossem fungíveis ou exercidas sem uma excessiva personalização.

Contudo, como já foi explanado no capítulo sexto sobre os *novos perfis da concorrência desleal*, não tem sido incomum que entes do *primeiro* setor possam ser corresponsáveis (por comissão ou omissão) pela prática da abração concorrencial ilegítima. Em tais casos, necessariamente haverá – no mínimo – um diálogo trilateral entre dois sujeitos do *segundo setor* e um sujeito/centro de interesses do *primeiro setor*. De outro lado, eventuais conflitos (quicá rivalidades) circunscritos entre sujeitos do *primeiro setor* certamente merecem o controle jurídico (art. 5º, XXXV, da CRFB), já que podem dar azo a conflitos federativos graves – como ocorre diante de guerras fiscais, debates sobre fronteiras – mas não o são a título de concorrência. Apenas empregando um sentido extremamente alargado de *concorrência* é que, *verbi gratia*, se poderia ventilar que a disputa de dois municípios diferentes, pela eleição da preferência de edificação de uma mesma unidade fabril, caracterizaria uma situação jurídica patrimonial de abrasividade mercantil.

Por sua vez, tem-se observado um desenvolvimento de argumentação jurídica judicial sobre o possível empréstimo do discurso da concorrência

702 CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las & PALAZZI, Pablo & HERRERO, Andrés Sánchez & SEREBRINSKY, Diego H. *Derecho de la Competencia Desleal*. Buenos Aires: Heliasta, 2014, p. 25 e seguintes, criticam tal ótica e propõem a distinção entre ato e atividade. Qualquer ato concorrencial, mesmo despidido de uma continuidade (atividade), poderia ser submetido à lógica de concorrência desleal, ainda que praticado por entes não empresariais.

desleal para vínculos adstritos ao *terceiro setor*. Em síntese, não se vê como empecilho que sujeitos que integrem o *terceiro setor* possam ser coautores de ilícitos de concorrência desleal⁷⁰³, eventualmente auxiliando um sujeito do *segundo setor* contra o seu adversário. Como exemplo banal, pode-se imaginar que uma multinacional no setor de plásticos e filmes constitua uma fundação, mas que a última acabe atuando *ultra vires* como disseminadora de informações falsas e maculadoras da reputação de uma concorrente da pessoa jurídica fundadora. Ou seja, a personalidade jurídica⁷⁰⁴ aqui é utilizada como forma de encobrir a *parcialidade* e o *abuso* discursivo em auxílio às atividades ilegítimas de quem pertence ao ambiente mercantil.

A delicadeza da *fattispecie* narrada, entretanto, se dirige à fuga gravitacional da teoria da concorrência desleal, historicamente concentrada nos sujeitos do *segundo setor*, para entes que exclusivamente atuam no *terceiro setor*. O presente capítulo tem como um dos seus enfoques a análise crítico-pragmática sobre as consequências da eventual popularização de tais discursos.

7.4 O Terceiro Setor e o Discurso Concorrencial

A narrativa crítica e abreviada de alguns litígios pode ser útil à explanação sobre os *riscos* da hipertrofia discursiva da análise da concorrência desleal quando o foco não é o *segundo setor*.

Exempli gratia, (i) em um feito⁷⁰⁵ distribuído, *a quo*, perante a 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem de São Paulo, e, *ad quem*, perante, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, a Igreja Cristã Maranata, realizou pleito inibitório e compensatório contra a Google, a Locaweb e a Microsoft, visando a retirada da rede mundial de computadores de determinado

703 Na jurisprudência laboral, por exemplo, é bastante comum que litígios coletivos de majoração e uniformização salarial tenha como argumento das partes (sindicais) e fundamento decisório a vantagem de parametrização de vencimentos, de modo a evitar que as empresas *compitam* com bases desiguais e desleais, tendo em vista o custo fixo empresarial. Como exemplo, vide BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Tribunal Pleno, Des. Ivani Contini Bramante, ED no processo 1001821-89.2013.5.02.0000, DJ 26.11.2015.

704 ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 3ª Edição, Milão: Editore Dott A. Giuffrè, 1960, p. 202.

705 BRASIL, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Cesar Ciampolini, AI 2026265-44.2019.8.26.0000, J. 29.05.2019.

sítio que estava (a) fazendo uso de seu signo não registrado como marca, (b) em praxis de anúncios – publicidade – pagos, no sentido do oferecimento de (c) cursos de teologia não vinculados à organização religiosa (art. 44, IV, do CC⁷⁰⁶) demandante. Tendo afastado a alegação de concorrência interdita (pela ausência de um direito de exclusividade), a Câmara aceitou a argumentação da recorrente quanto a tutela via concorrência desleal, visto que a página cibernética estaria evocando o signo da igreja “para atrair, valendo-se da notoriedade da segunda, certo público para acessar página da internet em que oferece seus produtos e serviços”. Ou seja, a *ratio decidendi* não realizou uma análise do *contexto* da atuação da litigante para aferir se ao *terceiro setor* seria legitimada ou submetida à análise concorrencial *stricto sensu*.

Não obstante, (ii) em um processo distribuído perante a 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, o Excelso Conselho da Maçonaria Adonhiramita (uma associação) pleiteou tutela inibitória e compensatória contra Excelso Conselho da Maçonaria Adonhiramita do Brasil. Em síntese, o autor alegou que o demandado estaria fazendo uso de seus direitos de exclusividade (marcas e nome de empresa), o que geraria “potencial risco de confusão de seus atuais associados e mesmo de potenciais membros, que terão o seu direito de livre escolha fraudado”⁷⁰⁷. Segundo a narrativa do autor, “a reprodução de tais marcas pelo Réu se dá com o único propósito de confundir os “consumidores”, aqui em *lato sensu*”. Apesar do pedido ter essencialmente sido fincado em direitos de exclusividade, a causa de pedir – subsidiária – foi advogada com menção a precedente do Superior Tribunal de Justiça⁷⁰⁸ que dirimira lide sobre concorrência desleal. Por sinal, o demandado em sua defesa também fez uso de outro precedente do Tribunal da Cidadania que dirimira outro feito de concorrência desleal⁷⁰⁹. A decisão transitada em julgado foi mesmo a do Juízo singular, que acabou por aplicar o precedente (arguido pela demandante) do STJ com relação ao abuso da liberdade de competir, tendo o magistrado sen-

706 Código Civil: “Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: IV - as organizações religiosas”.

707 Petição inicial firmada pelos causídicos Dr. Rafael Lacaz Amaral e Dra. Ísis Moret S. Valaziane, nos autos do processo 024390-31.2016.8.19.0001, datada de 17.08.2016.

708 BRASIL, STJ, 2ª Seção, Min. Fátima Nancy Andrighi, EAg 783280/RS, DJ, 19.04.2012.

709 Contestação firmada pelo causídico Dr. Neiton M. Priebe nos autos do processo 024390-31.2016.8.19.0001, datada em 07.02.2017, tendo mencionado o julgado do BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Sidnei Beneti, REsp 1.039.011, DJ 17.06.2011.

tenciante ainda feito um raciocínio por analogia entre o conceito de consumidor, de clientela e o dos destinatários da maçonaria⁷¹⁰. Ou seja, novamente, a questão do *terceiro setor* e da eventual incompatibilidade com a lógica mercantil-competitiva sequer foi contemplada na *ratio decidendi*, em um processo de *normalização* argumentativa de fatores em possível antítese lógica.

Um interessante litígio (iii) dirimido pelo Tribunal Superior Eleitoral, cuidava de propaganda eleitoral abusiva (e de suposto registro irregular) por parte de um cidadão cujo registro junto ao Partido Trabalhista Brasileiro (acrônimo PTB) fora feito visando a campanha eleitoral para deputado federal no ano de 2002. Em síntese, o cidadão e candidato visava se apresentar como sócia de outro candidato, Dr. Enéas Carneiro, vinculado a outro partido (Partido de Reedificação da Ordem Nacional – PRONA). Em que pese o colegiado, por maioria, não ter apreciado o mérito recursal, acabou-se acolhendo parcialmente as argumentações típicas à concorrência desleal⁷¹¹, como forma de dirimir a contenda.

Por sua vez, (iv) um recurso de agravo de instrumento dirimido pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado

710 “Obviamente não há relação de consumo entre as partes e os membros da Maçonaria, uma vez que são, como bem salientado pelo réu, integrantes desta sociedade secular. Ocorre que estes membros são aquelas pessoas a quem se destinam tais sociedades, razão pela qual, ainda que não sejam rotuladas como ‘consumidores’, são os destinatários finais dos serviços prestados pelos respectivos conselhos. Diz o réu que o uso do seu nome não interfere ou causa qualquer dano ao autor, vez que o nome destas, mesmo sendo similares não são idênticos, sendo que qualquer homem médio pode distinguir as duas entidades pelo nome e pelos símbolos, não havendo que se falar em confusão ou intenção de angariar novos membros a entidade. Entretanto, o entendimento do STJ é no sentido de que, para a tutela da marca, basta a possibilidade de confusão, não se exigindo prova de efetivo engano por parte de clientes ou consumidores específicos” BRASIL, TJRJ, 1ª Vara Empresarial, Magistrado Dr. Alexandre de Carvalho Mesquita, Autos do Processo 0264390-31.2016.8.19.0001, Sentença do dia 15.09.2017. Note-se que o julgado denominou a *associação de sociedade secular*, o que pode confirmar a confusão conceitual aqui inferida.

711 “Denúncia de propaganda eleitoral enganosa do candidato-clone, que, proibido de anunciar-se como Enéas, não declina o seu próprio nome original, com o qual se lhe deferiu o registro, e continua a arremedar o modelo, tentando passar-se por ele: abuso malicioso da imagem alheia que, embora não viabilize o recurso do partido que teme sofrer prejuízos eleitorais com a farsa, pode e deve ser coibido pelos órgãos locais competentes da Justiça Eleitoral, de modo a impedir ou minimizar os efeitos da concorrência desleal e a indução a erro aos eleitores: plausibilidade, se adequadamente trilhadas as vias processuais adequadas, da determinação de providências que impeçam ou reprimam o enleio malicioso” BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Min. Sepúlveda Pertence, Recurso Especial Eleitoral 20.156, J. 12.09.2002. Aliás, no voto oral da Min. Ellen Gracie, assim se frisou: “Sr. Presidente, acompanho V. Exa. A mim também causa repugnância a clonagem de candidatura, a apropriação de identidade, um verdadeiro estelionato de imagem”.

de São Paulo manteve a negativa da tutela de urgência decidida em primeira instância. Em síntese, a agravante e autora Igreja do Evangelho Quadrangular contendia contra a Igreja do Evangelho Quadrangular Visão Aime, sobre o uso do signo pertinente à forma geométrica plana, tendo em vista suposta prática de violação proprietária e de concorrência desleal. Sem ingressar propriamente na discussão sobre *clientela e mercado*, o Órgão Colegiado estabeleceu uma interessante diferenciação sobre o discernimento dos *fiéis*⁷¹² face ao *personalismo* da escolha religiosa e ideológica. Logo, segundo a decisão unânime atingida, a chance de confusão dos interlocutores pela parcial homonímia seria meramente remota⁷¹³. Com uma pequena variação nos fatos, mas em lides havida entre dois templos⁷¹⁴ ou missionários religiosos⁷¹⁵, outros órgãos fracionários têm atingido

712 Em sentido símile, “Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Igreja Pentecostal Deus é Santo em face de decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Tubarão que, em Ação de Procedimento Comum, indeferiu o pedido de antecipação de tutela formulado contra Igreja Evangélica Deus É Santo Renovada (...) A alegação de que há fiéis que efetuaram doação e compareceram à outra igreja por engano sequer foi corroborada por declarações nesse sentido, e nem me parece crível que as pessoas confundiriam uma igreja evangélica com uma pentecostal até mesmo quanto à localização de cada uma. Isso culmina na conclusão de que também não há qualquer demonstração de que os planos de expansão da agravada, também não comprovados, seriam capazes de afetar a quantidade de fiéis da agravante. Ainda, ao que indica o estatuto colacionado às pp. 22/35 da origem, o arrebanhamento de fiéis com o escopo de aumentar a arrecadação de doações não é a finalidade da agravante, que parece atuar neste feito com pretensões quase comerciais, impedindo que outra igreja se estabeleça” BRASIL, TJSC, 2ª Câmara de Direito Comercial, Des. Newton Varella Júnior, AI 4019749-28.2019.8.24.0000, DJ 23.10.2019.

713 “(...)o aspecto mais do que significativo de a possibilidade de confusão dos fiéis das organizações litigantes se afigurar remota, bastando considerar para tanto que a preferência do público apreciador do segmento religioso se orienta pelas características próprias de cada ideologia, compostas sobretudo pelas lições constantes de seus preceitos e pelas mensagens transmitidas pelo discurso de seus líderes, em geral personagens do meio bem vistos por quem busca esse tipo de doutrina, e não simplesmente pelos nomes das entidades” BRASIL, TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Fábio Tabosa, AI 2153329-13.2014.8.26.0000, DJ 20.05.2015.

714 “Cuida-se de ação ajuizada por Igreja Evangélica Pentecostal O Poder de Deus em face de Igreja Mundial do Poder de Deus para que a ré se abstenha de utilizar a expressão “O Poder de Deus” por ser a autora titular de marca registrada no INPI contendo aquela expressão (...) Apesar de a apelante possuir o registro da marca no INPI, conferindo exclusividade de uso e proteção, não oferece ela qualquer produto ou serviço no mercado, não possuindo finalidade econômica. Desse modo, a marca de igreja, cuja possibilidade de registro é no mínimo discutível, não gera concorrência desleal, pois a escolha de participação em uma ou outra não se baseia no nome adotado e sim na fé de cada um dos frequentadores” BRASIL, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Alexandre Marcondes, AC 0075071-82.2012.8.26.0100, DJ 24.04.2014.

715 “É justamente nessas ressalvas que reside a particularidade do caso. É cediço na jurisprudência que a colidência de marcas é verificada quando há a possibilidade de induzir o consumidor ao erro. Na

idênticas conclusões: não tratar-se-ia de vínculos em que a chance de erro dos interessados seria elevada. Pelo contrário, a força espiritual e a natureza existencial na maior parte das vezes precataria a *confundibilidade*.

Em uma análise crítica sobre os estilos e tipos de lides comutativas narradas, é possível se realizar críticas teórico-pragmáticas sobre os entendimentos descritos nos exemplos (i), (ii) e (iii), bem como é possível se endossar o raciocínio hermenêutico realizado nos exemplos do item (iv). Factualmente, a fé, as atividades fundacionais, clubísticas, ou associativas não são *empreitadas* que possam ter na busca do lucro⁷¹⁶ um raciocínio fundante ou isolado. Pelo contrário, ainda que porventura produzam alguma mais-valia, tais entes devem fazê-lo a título incidental e não como força motriz de suas atividades, já que a *ratio*, a essência, de tais sujeitos de direito é a caridade, o desporto, o debate intelectual, o desenvolvimento espiritual e humanitário, mas não o finalismo capitalista. Neste sentido, interpretações extensivas ou o uso de analogias entre *consumidor* (e *clientela*) para com *fiéis*, *maçons*, *torcedores*, ou *adeptos* demonstram um amálgama atécnico e perigoso entre atos de *cidadania* (que exigem proatividade⁷¹⁷) e os *destinatários* do livre mercado (que podem sê-lo mesmo que passivamente). Nos exemplos narrados não se conseguiria enquadrar os destinatários do *terceiro setor* como sujeitos de tutela garantidos pela Lei 8.078/90, nem por equiparação ou por uma interpretação maximalista. A *pasteurização* ou o tratamento *equivalente* de sujeitos tão diversos resultaria em um tratamento jurídico antipluralista (já que habilitaria o raciocínio da concorrência, típico do segundo setor), mas munido de *privilégios* para o *terceiro setor*.

Um problema símile ocorreria se uma entidade religiosa, titular de um registro de marca para a sua designação nominativa, buscasse o reconheci-

hipótese dos autos, a apelante sugere que a utilização indevida de seu nome acaba por deturpar a doutrina e os ensinamentos religiosos que conduzem o “Movimento Epifania” como um todo, único no Brasil. Não há como considerar que a “indução de fiéis” e membros da igreja ao erro possa ser levada em consideração, precisamente porque se trata de livre manifestação de pensamento e do exercício do direito à liberdade de consciência e de crença, apregoados nos incisos IV e VI do art. 5º da Constituição Federal” BRASIL, TJPR, 18ª Câmara Cível, Des. Denise Kruger Pereira, AC 0026685-69.2013.8.16.0001, J. 31.07.2019.

716 Para uma crítica sobre eventual desvio do discurso da fé e do ambiente religioso, vide JASPERS, Karl Theodor. *Introdução ao Pensamento Filosófico*. Traduzido por Leonidas Hegenberg & Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 33.

717 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 3.

to peculiar à tutela do art. 125 da Lei 9.279/96⁷¹⁸. Como a obtenção do registro especial para marcas de alto renome tem como requisito⁷¹⁹ a demonstração de que o interessado vincule tal signo à substancial potência magnética do signo perante o consumidor, novamente a questão da aplicação por analogia entre o *destinatário* de produtos e serviços e o *fiel* estaria sob xeque. Não obstante, não consegue se verificar qual seria a serventia de uma tutela proprietária extra classe e capitalista, para um tipo de pessoa jurídica que teria como exclusivo fito – a justificar sua integração ao terceiro setor – o ambiente de paz espiritual. Provavelmente, um sujeito de direito que integre o *terceiro setor*, ao se arvorar tutelado pelas vestes comercialistas, esteja a confessar uma atuação *ultra vires* com suas finalidades institucionais em latente *irregularidade*.

Um recorte pragmatista também pode ser feito para demonstrar os perigos dos raciocínios empregados nos exemplos (i) e (ii): a se extremar o raciocínio sobre *desvios de fiéis* ou de *adeptos* de uma determinada prática como algo análogo ao *desvio de clientela*, isto também acabaria por equivaler a entidade religiosa, ou o ente de práticas tradicionais secretas, como um mero *intermediário* entre a alma humana e a(s) divindade(s). Logo, nesta distopia, a entidade religiosa não seria mais do que uma espécie de *distribuidor* ou *fornecedor* de serviços religiosos. Ainda, na perigosa uniformização⁷²⁰ das consequências – ou padrões de tratamento – entre tal espécie de ente do *terceiro setor* para com os integrantes do *segundo setor*, poder-se-ia falar em um sistema de franquias (na forma da Lei 13.966/2019), exercer situação apta ao *trespasse* (transmissão objetiva de empresa, *rectius* de estabelecimento) e até fundamentar a proteção da ação renovatória (existente no art. 58 da Lei 8.245/91, com *ratio*

718 CPI/1996: “Art. 125. À marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade”.

719 Resolução 107/2013 do Instituto Nacional da Propriedade Industrial: “Art. 1º Para efeitos desta Resolução, considera-se de alto renome a marca registrada cujo desempenho em distinguir os produtos ou serviços por ela designados e cuja eficácia simbólica levam-na a extrapolar seu escopo primitivo, exorbitando, assim, o chamado princípio da especialidade, em função de sua distintividade, de seu reconhecimento por ampla parcela do público, da qualidade, reputação e prestígio a ela associados e de sua flagrante capacidade de atrair os consumidores em razão de sua simples presença”.

720 “Todo moralista acadêmico tem a crença implícita de que a sua abordagem é a correta e todos devem segui-la. (...) Porém, dada a variedade dos papéis sociais necessários em uma sociedade complexa, não é seguro ter uma população moralmente uniforme” POSNER, Richard Allen. *A problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Traduzido por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2012, p. 105.

distinta do que ora narrado) na proteção contra a captura de *fiéis* alheios. Afinal, a expressão *fundo de comércio*⁷²¹ acabaria por abarcar os interlocutores e destinatários dos sujeitos de direito do *terceiro setor*.

Por sua vez, no caso (iii) nota-se que, apesar de se concordar com o argumento do *abuso* da liberdade de expressão⁷²², sequer era necessário se apelar à argumentação da concorrência desleal para solucionar a contenda. A candidatura exige uma postura de genuína limpeza do *ethos* daquele que visa representar o povo, a começar pelo fato de que isto é incompatível com a usurpação das características alheias. De fato, a usurpação da imagem e do nome civil do famoso médico e político pelo *sósia* incógnito poderia ser vedada pelo direito à identidade⁷²³ ou outros valores da personalidade. Em um discurso republicano, tampouco cabe a hipertrofia da lógica comercial-publicitária para um ambiente de cidadania e de propaganda.

Assim, em todas as situações peculiares descritas nos itens (i), (ii) e (iii), é exatamente a atuação *desinteressada* economicamente que legitima as vantagens administrativo-tributárias com as quais são tratados os sujeitos de direito que integram o segundo setor. Se um ente que *formal e estruturalmente* está vedado de atuar com fito lucrativo inicia um enveredamento *funcional e real* em tal sentido, claramente há um abuso da personalidade jurídica em se desviar das atividades presentes em seus *atos constitutivos*.

Tal crítica não serve para ignorar ser corriqueira a abrasividade⁷²⁴ relacional (rivalidade) entre sujeitos de direito que integram o *terceiro setor*, como é o caso dos *clubes de futebol*⁷²⁵, os *partidos políticos*, e até das *entidades religiosas*.

721 ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Direito do Comerciante à Renovação do Arrendamento*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1940, p. 28.

722 Em demandas dirimidas pela Justiça ‘especial’ eleitoral, tem sido comum a elástica utilização da doutrina da concorrência desleal como um paralelo ao abuso do poder econômico que traria desequilíbrio às chances das candidaturas. *Verbi gratia*: Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, Des. Abel Gomes, 569-03.2012.6.19.00149, J. 09.02.2015.

723 Em um empréstimo argumentativo entre a clonagem (literal) humana apreciada na obra do autor carioca, e a clonagem de candidaturas políticas aqui mencionada no texto, vide CHOERI, Raul Cleber da Silva, *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar 2010, p. 3.

724 ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Traduzido por Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 73.

725 Contra, opinando que é possível se ventilar a tutela da concorrência desleal entre associações e até que seria desnecessária a existência de clientela para feitos do instituto, vide AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo Econômico e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 300 e 301.

Contudo, enquanto a *tolerância* e o *diálogo* são alvos benquistos entre os partícipes do terceiro setor, o excesso de harmonia ou *concertos* de conduta no segundo setor geram uma perigosa relação de atração à lógica da Lei 12.529/2011.

Ou seja, se é possível atingir o mesmo resultado – coibir o sujeito *desleal* – pelas vias argumentativas ordinárias (direitos de propriedade, tutela da *identidade*, abuso da liberdade de expressão), não é metodologicamente aceitável que se transmude acriticamente uma teoria com marcos fundantes muito específicos e diversos daqueles em que os litígios supra se deram. A própria subsidiariedade da incidência da concorrência desleal assim o desnaturaria.

Com relação às análises judiciais realizadas na hipótese (iv), em geral as Cortes bem delinearam as peculiaridades infungíveis (a *fé*) e personalíssimas (os *sujeitos*) que caracterizam as relações jurídico-existenciais naqueles contextos. Para além da desnecessidade de se arrogar o instituto *subsidiário* da concorrência desleal diante da suficiência de direitos de propriedade (nome de empresa, marca, nome de domínio etc.), nota-se uma paulatina *comercialização* discursiva em lides tipicamente civis. A mercantilização do amadorismo e da religiosidade acaba por despertar *abrasões* concorrenciais desformes naquilo que, na pior das hipóteses, poderia ser um caso de uma rivalidade civil. Conhece-se a produção doutrinária que defende a subsidiariedade⁷²⁶ do direito civil às eventuais contendas de direito empresarial em que se perceba uma anomia. No entanto, a proposta de transbordamento da lógica empresarial para as relações civis ou de cidadania cuida, em verdade, a inversão da visão do direito civil como um nicho do *direito comum*. Em uma sociedade civil plúrima e forte, a uniformização dos liames para feixes de motriz comercial parece excessiva até para os adeptos do neoliberalismo capitalista.

7.5 A Hipertrofia do Discurso Empresarial-Concorrencial no Segundo Setor

A denominada hipertrofia discursiva, que acriticamente transporta o instituto da concorrência desleal para contendas adstritas ao *primeiro* e *terceiro* setores, está longe de ser a única forma de transbordamento da abراسi-

726 BRUGUIÈRE, Jean-Michel. *Propriété Intellectuelle Et Droit Commun*. Marselha : Ed. Presses Universitaires D'Aix Marseille, 2007, p. 82.

vidade patrimonial relacional competitiva. Um ponto que igualmente merece a atenção da academia é o impulso de crescimento da teoria da concorrência desleal para entes partícipes do *segundo setor*, mas que não desempenhariam atividades tipicamente comerciais. Alguns autores narram este tipo de movimento como resultado de uma influência político-econômica do liberalismo que tende ao tratamento das relações jurídicas⁷²⁷ como se *commodities* fossem, ou de narrar a *comercialização* do direito civil⁷²⁸. Aliás, as próprias destinações dos bens feita por sociedades não-empresárias e por sociedade empresárias têm um vetor de distinção, já que as primeiras dão ênfase ao valor *uso* enquanto as segundas o fariam no ambiente da *troca*⁷²⁹; bem como as primeiras seriam caracterizadas pelas relações predominantemente estáticas, enquanto as segundas revelariam vínculos extremamente dinâmicos⁷³⁰.

Por exemplo (i) a atividade da advocacia engendra relações personíssimas (pela fidúcia que caracteriza o vínculo entre mandante e mandatário⁷³¹) e de objeto infungível (a prestação do *facere* do causídico é sempre peculiar). Quando reunidos, a pluralidade de advogados não pode formar uma sociedade comercial⁷³² (e sim uma sociedade simples⁷³³ na forma do art. 997 do Código Civil). Há uma grande variedade de óbices para a externalização

727 LANDES, William M & POSNER, Richard Allen. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. EUA: Harvard University Press, 2003, p. 414.

728 BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1988, p. 8.

729 MENDONÇA, José Xavier Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Campinas: Russell, 2003, p. 14.

730 BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1988, p. 18.

731 No mesmo sentido aqui apontado quanto a natureza fiduciária do vínculo, mas em sentido oposto quanto a existência de concorrência entre profissionais liberais, vide DAIGRE, Jean-Jacques & REGNAUT-MOUTIER, Corinne. *Le cas des clientele civiles*. In: CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000, p. 147.

732 Lei 8.906/94: “Art. 16. Não são admitidas a registro nem podem funcionar todas as espécies de sociedades de advogados que apresentem forma ou características de sociedade empresária, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam como sócio ou titular de sociedade unipessoal de advocacia pessoa não inscrita como advogado ou totalmente proibida de advogar”.

733 Para uma ótica comparativa entre a sociedade simples e a empresária, vide REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 31ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 488.

comunicativa⁷³⁴ para com o público e existem mais deveres de sigilo do que circunstâncias aptas à publicidade⁷³⁵. Tampouco seria ortodoxo⁷³⁶ se ventilar a ideia de uma publicidade comparativa entre escritórios de advocacia que, no horário nobre dos canais televisivos abertos, suscitasse contrastes de resultados ou da prática de preços mais baratos entre as duas sociedades de causídicos. Aliás, é possível observar que, enquanto a atuação estritamente *pro bono* de um advogado (a exemplo de uma sumidade acadêmica que emite pareceres gratuitos para ações de controle concentrado de constitucionalidade que convirjam com sua ideologia⁷³⁷) ou até de uma sociedade de advogados em nada *desnaturaria* a profissão e suas características, uma sociedade empresária constituída para tão somente realizar negócios jurídicos gratuitos

734 Vide as pertinentes regras da resolução 007/2020 da OAB-MG: “3- Recomenda-se a não utilização de Páginas/links patrocinados e impulsionamento de publicações, pois tratam-se de meios de mercantilização e possíveis abusos do poder econômico (...) 6- Recomenda-se a teor do artigo 6º, alínea ‘b’, do Provimento 94/2000, que não seja realizada propaganda/publicidade em locais públicos ou abertos ao público em geral, como a utilização de painéis, cardápios, catálogos e guias; impressos ou digitais de longo alcance. 7- Recomenda-se a não Utilização do ‘Google ADS’ ou similares, em quaisquer das suas modalidades, por configurar indevida captação de clientela e mercantilização da profissão. (...) 10- O aplicativo ‘tik tok’ e/ou similares de entretenimento, por não guardarem a sobriedade necessária para o exercício da advocacia, não são ferramentas adequadas para a publicidade profissional. 11- Admite-se o emprego de ‘QR Code’, ‘Cartão Digital’, ‘Web Site’, Blogs jurídicos, divulgação de artigos científicos com referência apenas ao endereço eletrônico (e-mail), sem referência ao telefone pessoal ou profissional. 12- Nas publicações profissionais, recomenda-se a abstenção de expressões que induzam ao litígio ou possam gerar a captação de clientela”. Note-se que até mesmo a lógica de captar clientela é tida como incompatível com o múnus exercido, reforçando a leitura proposta sobre eventual adversariedade na profissão ser típica da *rivalidade*, mas não da *concorrência*.

735 Parte da doutrina estrangeira (GONZÁLEZ, Rafael Lara. *La Denigración en el Derecho de la Competencia Desleal*. Pamplona: Editorial Aranzadi SA, 2007, p. 59) enxerga na *publicidade* o principal vetor para a prática de concorrência desleal. Logo, se esta não é possível, talvez o ato de *deslealdade* possa ter outro contexto como o da *rivalidade*. Por sua vez, LUCCA, Newton De. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2009, p. 410, narra que a publicidade é a essência da sociedade de consumo. Dissertando sobre a doutrina que defende ser a concorrência desleal predominantemente voltada à regulação do esteio da oferta de produtos/serviços (logo da publicidade), vide SANTAGATA, Carlo. *Concorrenza Sleale e Interessi Protetti*. Napoles: Casa Editrice Dottore Eugenio Jovene, 1975, p. 4.

736 SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. *Publicidade Comparativa Regras e Limitações*. São Paulo: Ed. Lxtlan, 2009, p. 52.

737 Ou seja, reveladora da umbilical proximidade entre a advocacia e a política, mas não entre a atividade do causídico e àquela típica de comércio. Como dizia o mais famoso advogado brasileiro de todos os tempos tratando de sua própria profissão: “Não fazer da banca balcão, ou da ciência mercatura” BARBOSA DE OLIVEIRA, Rui Caetano. *Oração aos Moços*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Hedra, 2020, p. 74.

certamente não poderia ser funcionalmente caracterizada como comercial⁷³⁸. É exatamente a *corriqueira* busca pela lucratividade que caracteriza a derradeira, ainda que ambas participem do denominado *segundo setor*.

Nota-se, assim, que há um sem número de restrições à livre iniciativa da atividade dos advogados que são relativamente símiles (ii) à atuação do médico, que tampouco pode atuar como um comerciante em busca de *consumidores*. A existência de um vínculo forte para com o público-alvo (representados e pacientes), não é exatamente aquela havida para com *consumidores* de bens e serviços fungíveis e despersonalizados. Assim, a ostentação de uma lista de clientes para que possíveis pacientes consultem a fidúcia alheia, ou a revelação em um programa de auditório sobre as intervenções de cirurgia plástica feitas em celebridades, muito mais do que atos de profundo mal gosto, revelariam ilegalidades e violações da ética profissional. Ainda, um médico não poderia recomendar um tratamento ao paciente que lhe fosse mais dispendioso⁷³⁹, se outro mais seguro, pertinente e até gratuito, estivesse disponível. Em ambos os exemplos há um forte *múnus*, quiçá *poder jurídico* para que se atue em *função do interesse* do cliente/paciente⁷⁴⁰, mesmo quando tal não for para a melhor consequência do prestador do serviço. Comparando-se tais profissionais com *vendedores de carros usados*, *distribuidores de alimentos gordurosos*, ou profissionais intermediários de *tabaco* (ou de qualquer outro profissional comerciante), é latente a diversidade dos *deveres jurídicos* e características profissionais.

Ao se asseverar todas as peculiaridades aqui narradas quanto ao vínculo personalizado e infungível, não se ignora alguns *fatos sociais* de distanciamento entre aqueles profissionais que emprestam um nome à sociedade simples e algumas edificações semiempresariais (*Realpolitik*) que caracterizam a advocacia ou a medicina contemporânea⁷⁴¹.

738 Em tese, é possível que tal seja uma metodologia para a prática de atividades ilícitas como fraude à credores ou lavagem de capitais.

739 Lei 12.842/2013, Estatuto da Medicina: “Art. 2º O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza”.

740 Contra a tese ora defendida de profunda diferença entre “clientela civil” e “clientela comercial”, vide CUNHA, Carolina. *A indenização de Clientela do Agente Comercial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 72.

741 A questão de autopromoção em mídias sociais se tornou tão preocupante que o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou uma resolução específica 2.126/2015, para vedar tal tipo de prática publicitária em seu artigo 2º. Agradeço a sugestão de leitura pelo especialista em Direito da Medicina, Professor da

Sob um ponto de vista estritamente descritivo, tem-se observado que as relações sociais começam a denotar uma atividade *societária* que cada vez mais é independente dos seus sócios, especialmente nas macrosociedades simples⁷⁴². Nota-se, ainda, que algumas pessoas buscam escritórios de advocacia pelo *renome* da sociedade, ainda que desconheçam seus integrantes⁷⁴³ e metodologia laboral. Tal fenômeno tem sido observado em alguns rincões do país tal como em Porto Alegre, Rio de Janeiro e São Paulo, com sociedades de advogados que ultrapassam centenas de profissionais. Advogando-se em partidos de milhares de processos por cliente, fazendo-se uso de programas de computador que estabelecem padronização de peças processuais e até de pareceres, há quem batize tal nicho da advocacia de atuação *em massa*. Do lado oposto, clientes hipersuficientes que fazem processos seletivos próximos à licitação, podem estar menos preocupados com a sociedade civil de advogados que vencerá o certame, e mais atenta ao fator *menor preço*. O fato de haver uma demanda, por maior que ela seja, não transforma todo ambiente de fornecimento de produtos e serviços em um *mercado*. Aliás, mesmo no empréstimo mais amplo que a expressão possa merecer, nem todo profissional ou sociedade atuam estritamente pela obtenção de uma lógica de lucratividade.

Nestes contextos pós-modernos de erosão de filtros de toda sorte, não é improvável que o conceito efetivo de *sociedade de pessoas* seja paulatinamente substituído pela atuação *empresarial*, com profissionais não formados em direito exercendo funções de proeminência na administração e no controle das atividades. Em alguns casos extremos, hipoteticamente, sociedades de advocacia passariam a realizar banquetes anuais para milhares de convidados (em geral autoridades,

UNIPOSITIVO/PR, Dr. Gabriel Schulman. De outro lado, tecnicamente o CFM delimita a incidência de eventual *propaganda* pelo profissional médico.

742 Há na doutrina estrangeira quem vaticine que em pouco tempo não haverá qualquer distinção relevante entre a lógica comercial comum e o ambiente “empresarial” dos escritórios de advocacia DAIGRE, Jean-Jacques & REGNAUT-MOUTIER, Corinne. *Le cas des clientèles civiles*. In. CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000, p. 172. Não é este o credo do presente autor, ao menos sob o ponto de vista do *dever ser*. LINS, Thiago Drummond de Paula. *Responsabilidade Civil dos Advogados*. In. Org. MORAES, Maria Celina Bodin de & GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2016, p. 196, descreve que a realidade nacional vem banalizando a empresarialização das sociedades de advogados. O último autor tem razão sob o ponto de vista de *descrição*.

743 Que por sinal podem já ter falecido e o nome da sociedade permanecer hígido, tal como se uma marca fosse.

titulares de grandes empresas, sócios, empregados e clientes) em hotéis de luxo, com concertos de cantoras renomadas, champanhe, e presença em todas as colunas de alcoviteiros, para demonstrar seu poderio econômico e *influência*. A mercantilização (*contra legem*) de carreiras essencialmente intelectuais (como a do professor, do médico ou do advogado) traria desafios à necessária imparcialidade, aos avanços da ciência, da prudência, e até mesmo poria a causa de tutela da inviolabilidade de seus atos e exercício da profissão⁷⁴⁴ em xeque⁷⁴⁵.

A própria docência universitária é um ambiente em que se deve ter aversão à mercantilização. Imagine-se que, em uma faculdade de farmácia, um determinado professor pudesse receber financiamento privado para estabelecer (ou até elaborar) uma tese criativa, sem fundamento científico suficiente, de que uma nova droga de uma empresa farmacêutica que lhe financia, seria hábil à cura do câncer. Ainda, problema símile ocorreria se partidários de uma ideologia discriminatória e eugenista patrocinassem docentes vinculados ao departamento de história para realizar a proposta de um *revisionismo* do holocausto que minimizasse a tragédia humanitária ali perpetrada. Factualmente, nessas hipóteses distópicas, ao invés de submeterem suas publicações à imparcialidade imperativa tais acadêmicos, travestiriam suas *opiniões contratadas* como *doutrina* ou *pesquisa* autônoma e genuína. A academia, definitivamente, não deve servir de *longa manus* para o mercado se para tal necessitar abdicar de seu elevado padrão ético.

Este capítulo não visa a realizar uma cegueira deliberada de tais fatos sociais esporadicamente verificados e, por isso, se realizou uma breve des-

744 Em um magnífico parecer do Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso do Sul, 14/2016, advindo de um processo de consulta de 06/2016, o Conselheiro Oldemiro Hardoim Júnior teceu comentários preciosos sobre a diferença entre o médico como pessoa comum em sua vida privada, e o profissional. Tratava-se de um pedido de esclarecimento de um profissional médico sobre eventual prática de concorrência desleal na mercantilização da carreira: “É preciso distinguir as relações jurídicas que se estabelecem com o cidadão, daquelas que se estabelecem com o médico enquanto profissional em exercício. As primeiras dizem respeito aos aspectos civis, comerciais, societários consumeristas etc... e sobre estas relações não cabe o instituto da consulta perante este Conselho”. O que restou respondido na consulta foi que *no exercício* da profissão, não cabe misturar a lógica comercial com àquela que visa o melhor interesse do paciente. Novamente se agradece ao Prof. Dr. Gabriel Schulman pela indicação da leitura.

745 CRFB: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Afinal, se o múnus não visa à indispensabilidade da administração da justiça, mas, essencialmente, ao lucro *mercantil*, não se deveria outorgar uma liberdade de expressão ao causídico que fosse qualitativamente diferente daquela assegurada ao comerciante.

crição de tal fenômeno (ou, quiçá, corruptela). Em verdade, entende-se que a narrativa tampouco pode prescindir de uma lógica prescritiva do que deveria ser a atividade dos profissionais liberais⁷⁴⁶ ou dos intelectuais dentro da legalidade constitucional. Assim, por exemplo, eventual tolerância das autarquias corporativas com práticas que destoam do *dever-ser*, não legitima um atuar *comercial* (camuflado ou explícito) de tais tipos societários ou do exercício profissional autônomo, sob pena de vilipêndio dos estatutos ético-profissionais que regulam tais setores econômicos.

De outro lado, nota-se uma desnecessária utilização do raciocínio da concorrência desleal para dirimir contendas baseadas em exercício irregular de profissão⁷⁴⁷, ou para o sujeito que, em pretérita situação de impedimento (art. 28, VII, da Lei 8.906/94⁷⁴⁸), poderia ser acusado de se beneficiar do *status* e proximidade com a *coisa pública* para angariar clientela⁷⁴⁹. Há mesmo quem entenda que, a despeito de qualquer nomenclatura que a legislação brasileira

746 “O sinal distintivo de toda profissão liberal é a crença de que a constitui uma ocupação de importância considerável para o público, cuja prática pressupõe um conhecimento altamente especializado, até esotérico, que só pode ser adquirido mediante educação formal especializada ou um aprendizado cuidadosamente supervisionado. Consequentemente, a profissão liberal é uma ocupação na qual a pessoa responsável não entra por um simples ato de sua vontade, mas somente mediante prova de competência e após cumprir um protocolo prescrito e, em geral, minucioso. Dada a importância da ocupação e, logo, a capacidade potencial dos profissionais liberais de causar dano à sociedade, em geral se crê que a entrada nas profissões liberais deve ser controlada pelo Estado. Os títulos de “médico”, “advogado”, e assim por diante devem ser reservados àqueles que atendem aos critérios de admissão estabelecidos pela própria profissão; além disso, ninguém deve ter a permissão de fornecer serviços profissionais liberais sem a autorização do governo. (...) Existe aí uma curiosa justaposição do “profissional” e do “amador”. Espera-se que o profissional liberal seja um tipo de amador, que ame o seu trabalho e não o lucro” POSNER, Richard Allen. *A problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Traduzido por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2012, p. 293-294.

747 “Tal experiência profissional, em muitos casos, não prescinde da expedição de diploma e registro profissional - sem o qual o bacharel não está habilitado a exercer, legalmente, determinada atividade. Desconsiderar tais exigências, mormente após o concurso, implica não apenas em indevida ingerência quanto ao mérito do ato administrativo, como, também, propicia concorrência desleal, porque, decerto, muitas pessoas que ostentavam a mesma experiência da impetrante, não se candidataram por não estarem habilitadas, na forma do Edital” BRASIL, TJRJ, 20ª Câmara Cível, Des. Marco Antonio Ibrahim, AI 2007.002.02752, J. 31.01.2007.

748 Estatuto da OAB: “Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais”.

749 “A incompatibilidade decorre do exercício das funções públicas e não da ocupação do cargo, uma vez que aquelas, e não este podem favorecer o aproveitamento para a concorrência desleal servindo de força atrativa para a captação de clientela e afetação da independência profissional. Satisfeitas as

adote, não haveria campo de exclusão profissional⁷⁵⁰ para efeitos de tutela contra atos de concorrência desleal⁷⁵¹.

Raciocínio diverso foi adotado como política pública em Portugal, já que o Código de Propriedade Industrial de 2018 tomou como fato gerador da concorrência desleal qualquer prática contrária aos *usos honestos em qualquer ramo de atividade econômica*⁷⁵². Ou seja, no atual contexto regulatório português a Ordenação daquele país abrange – na *fattispecie* da concorrência desleal – as denominadas profissões liberais⁷⁵³, não pelo recorte comercialista, mas sim pelo ambiente empresarial *lato senso*⁷⁵⁴. Em uma direção símile é possível chegar à mesma conclusão sobre a Ordenação australiana⁷⁵⁵ e espanhola⁷⁵⁶.

condições gerais, o interessado tem direito à inscrição, enquanto perdurar a situação de afastamento” BRASIL, STJ, 1ª Turma, Min. Milton Luiz Pereira, REsp 62.850/MG, DJ 30.09.1996.

750 SOARES, José Carlos Tinoco. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1990, p. 196.

751 DELMANTO, Celso, *Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 24. DUVAL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1976, p. 127. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVII. 4ª Edição, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 304.

752 PORTUGAL. CPI/2018: “Artigo 311.º Concorrência desleal 1 — Constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica, nomeadamente: a) Os atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue; b) As falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes; c) As invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios; d) As falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira da empresa ou estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas atividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela; e) As falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços, bem como as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adotado; f) A supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem ou indicação geográfica dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento. 2 — São aplicáveis, com as necessárias adaptações, as medidas previstas no artigo 345.º”.

753 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 50. AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo Económico e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 300.

754 PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direito Comercial das Empresas: apontamentos Teóricos – Práticos*. 2ª Edição, Curitiba: Juruá, 2015, p. 26.

755 Comentando o “*The Competition and Consumer Act*” de 2010, vide BUCK, Holger. *Country Reports, parágrafo 60 – Austrália*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 90.

756 ESPANHA. Ley de Competencia Desleal. Lei 3/1991. Acesso realizado diretamente no Site da Agência Estatal Boletín Oficial del Estado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628>, no dia

No ambiente da advocacia, países como os Estados Unidos da América, a Suécia⁷⁵⁷ e a Inglaterra há muito habilitam a tal ramo econômico as mesmas liberdades e ônus das atividades comerciais. Tal é especialmente marcante com relação àquilo que seria incompatível com a Ordenação nacional, tal como a liberação irrestrita do uso publicitário⁷⁵⁸, e até a participação no mercado de capitais⁷⁵⁹. Nem tudo o que ocorre alhures deve ser visto como um modelo de aperfeiçoamento para as políticas públicas em *terrae brasilis*.

Em verdade, a legalização da *comercialização* de atividades civis como a advocacia seria mais interessante aos titulares de grande poder econômico, já que gozariam de amplitude de investimentos em publicidade ou poderiam se organizar de maneira a realizar *lobbies* para a tolerância de incorporações societárias (seja de outras sociedades de advogados, ou mesmo de sociedades comerciais). A própria noção de capacidade postulatória, que distancia a parte (movida pelos impulsos econômicos ou existenciais pujantes) de uma autotutela jurisdicional, seria afetada, já que a necessária *isenção* ou *serenidade* que se espera de um profissional do Direito poderia ser amainada com as superposições de relação empresarial.

28.01.2021, às 19:18. “Artículo 3. *Ámbito subjetivo*. 1. *La ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado*. 2. *La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal*”. Traduzido livremente: “Artigo 3.º *Âmbito subjetivo*. 1. A lei aplica-se aos empresários, profissionais e quaisquer outras pessoas singulares ou colectivas que participem no mercado. 2. A aplicação da Lei não pode estar condicionada à existência de relação de concorrência. o sujeito ativo e o sujeito passivo do ato de concorrência desleal”. Trata-se de lógica que transporta ou se refere a práticas comerciais de concorrência e trabalha fora do mercado.

757 Experiência pessoa e marcante para este autor foi passear pelas ruas de Estocolmo: a quantidade de *outdoors* com publicidades de escritórios de advocacia é impressionante.

758 Em um dos hiatos temporais mais caros para o exercício publicitário no mundo, uma sociedade de advogados estadunidense denominada Mike Morse Law Firm, especializada em ações indenizatórias contra seguradoras, exibiu conteúdo audiovisual no interstício do Superbowl da NFL do ano 2020.

759 Notícia veiculada pela London Stock Exchange Group comunicava ao público sobre o ingresso da sociedade de advogados Keystone Law naquele mercado bursátil, em 23.11.2017, com a oportunidade de subscrição de ações ordinárias de até quinze milhões de libras esterlinas. Informação disponível em <https://www.lseg.com/markets-products-and-services/our-markets/london-stock-exchange/equities-markets/raising-equity-finance/market-open-ceremony/london-stock-exchange-welcomes-keystone-law-group-plc-aim>, acessado em 16.06.2020, às 21:25.

7.6 Uma proposta restritiva do Discurso Concorrencial

Uma leitura tradicionalista⁷⁶⁰ da concorrência desleal denota que é a delimitação aos setores do comércio e da indústria⁷⁶¹, ou *lato sensu* setor empresarial, que sua incidência deve estar circunscrita. Em síntese, uma exegese restritiva⁷⁶² da concorrência desleal exige que o instituto seja visto como contido no ambiente do *segundo* setor, restrito neste segmento ao contexto do direito comercial, não tendo autonomia ao mesmo⁷⁶³. Pela mesma razão, o instituto da concorrência ilícita não poderia ser extrapolado para um *segmento* em que não fosse possível se verificar a ótica biprópria do ilícito.

A pertinência temática e as especificidades de cada tipo de relação são tamanhas, que até mesmo as tentativas das mais diversas para a apropriação de uma lógica jurídica peculiar às três formas relacionais (de direito privado dentro do *segundo* setor) podem gerar resultados hermenêuticos distorcidos. Por exemplo, (a) imagine-se um em uma disputa intra-societária peculiar ao ambiente do mercado de capitais (logo, de matiz *empresarial*), um dos sócios visando majorar sua participação na distribuição de lucros, carente de melhor prova do seu direito, avoque dispositivos do direito do consumidor, em peculiar quanto a inversão do ônus da prova⁷⁶⁴. Entende-se que a aplicação de

760 LEONARDOS, Thomas. *Concurrencia Desleal*. Rio de Janeiro: Livraria Academica, 1936, p. 6.

761 RODRIGUES, Clovis Costa. *Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Ed. Peixoto S.A., 1945, p. 37.

762 Em uma narrativa bem pesquisada colacionando que na Itália, até a primeira metade do século XX prevalecia o entendimento restritivo (retirando a tutela contra atos de concorrência desleal aos profissionais liberais), enquanto em terras helvéticas o entendimento era diametralmente o oposto: MOSCO, Luigi. *La Concorrenza Sleale*. Napoles: Casa Editrice Dottores Eugenio Jovene, 1956, p. 131.

763 PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Concorrência Desleal por Meio da Publicidade*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001, p. 22.

764 Em diálogo construtivo com a Professora Ana Beatriz Barbosa me foi descrito que haver quem sustente ser pertinente a inversão de prova em casos de responsabilidade do administrador por acionistas, principalmente em casos de cias abertas e investidores minoritários vez que eles não têm acesso aos documentos probatórios. Mas o professor titular de direito comercial da PUC-SP conclui que, a bem da verdade, as duas hipóteses não guardariam diferenças no que toca aos aludidos pressupostos, ao argumento de que: “não existe nenhuma disposição legal de direito positivo a excepcionar, em relação aos administradores de sociedade anônima, a regra geral de responsabilidade civil. O art. 158 da Lei das S/A não menciona inversão do ônus probatório, nem descarta a culpa como pressuposto da responsabilidade” COELHO, Fábio Ulhoa. *Natureza subjetiva da responsabilidade civil dos administradores de companhias*. In *Revista de Direito de Empresa*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 28. Po sinal, Ilan Goldberg em sua tese “*O contrato de seguro D&O*”, apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como

tal forma argumentativa promoveria uma espécie de ecumenismo jurídico, já que parte da tese seria de arguição das prerrogativas de sócio conforme a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), e, em complementariedade, se exerceria um discurso de hipossuficiência peculiar à Lei 8.078/90. Não parece coerente com a sindicabilidade e unicidade de um discurso jurídico homogêneo este tipo de *mistura* de teses, que pode gerar algum tipo de oportunismo⁷⁶⁵. A longo prazo, se pessoas bem informadas e sem relação de genuína hipossuficiência podem se valer de diploma (impertinente, mas) mais benéfico a seus interesses, é possível que a cultura consumerista seja erodida pelos *inputs* comercialistas. Mesmo neste exemplo, que está adstrito ao direito empresarial, não se poderia ventilar uma tese versando sobre *concorrência desleal* já que a contenda seria *interna* a uma única pessoa jurídica, quando tal instituto depende da pluralidade subjetiva na disputa pela predileção de clientela.

Por sua vez, (b) tendo sido explanado que o *significante* boa-fé objetiva gera *significados* diversos a depender do contexto (civil, consumerista ou empresarial); também se observa um risco de vínculos de ínsita natureza civil (como aqueles havidos com associações, fundações, sociedades civis, partidos políticos e entidades religiosas) *sofrerem* com a diminuição dos filtros deste princípio. Tal, em tese, poderia se dar, já que a boa-fé objetiva empresarial é menos *intensa* do que aquela necessária nas relações assimétricas de poder (como no ambiente consumerista, administrativo ou laboral), ou nos vínculos não-profissionais, ou profissionais sem a caracterização predominante do lucro. Um *pot-pourri* de marcos teóricos distintos reunidos, apenas, pelo oportunismo argumentativo poderá paulatinamente transformar os *padrões*

requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito. Área de concentração: Direito Civil. Orientadora: Profa. Dra. Milena Donato Oliva dispõe: “Os acionistas minoritários, no Brasil, têm muitas dificuldades para exercer os seus direitos contra os administradores que praticam atos irregulares de gestão, especialmente quando as contas são aprovadas em assembleia. Se, mesmo diante de violação da lei ou do estatuto social a distribuição do ônus da prova se mantiver inalterada, a dificuldade somente aumentará e, em alguma medida, não haverá um desestímulo legal a que as condutas previstas no inc. II sejam praticadas”.

765 “A despeito disso, não é possível identificar, na atividade de aquisição de ações, nenhuma prestação de serviço por parte da instituição financeira, mas, sim, relação de cunho puramente societário e empresarial. A despeito disso, não é possível identificar, na atividade de aquisição de ações, nenhuma prestação de serviço por parte da instituição financeira, mas, sim, relação de cunho puramente societário e empresarial”. No mesmo sentido, vide Enunciado de número 19 da Primeira Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: “19. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor às relações entre sócios/acionistas ou entre eles e a sociedade”, 2013.

principiológicos mais elevados, em parâmetros mais rasteiros de conduta, que passariam a ser *aceitáveis* já que estariam sendo *normalizados*, seriam *esperados* e calculáveis. Problema símile da confusão entre as relações civis, ou a comercialização destas pelo influxo do ambiente empresarial, poderia ocorrer em virtude da utilização de *nomes*.

Não obstante, é falsa a premissa de que a importação da teoria da concorrência desleal ao ambiente civil seria sempre propulsora de uma melhor qualidade de tutela. Por exemplo, (c) o nome civil não nutre ao seu titular uma *exclusividade*, enquanto *nomes empresariais* são direitos proprietários que podem precetar a utilização simultânea de outro sujeito de direito⁷⁶⁶. Se a teoria da concorrência desleal fosse adequada ao ambiente civil, das relações não empresariais, a utilização de sociedades simples homônimas poderia gerar pretensões inibitórias, afetando a liberdade de iniciativa.

Desta sorte, ratifica-se a conclusão provisória em capítulo anterior quando se endossou o acerto do legislador internacional da Convenção União de Paris⁷⁶⁷ (CUP) e no Acordo TRIPs⁷⁶⁸, de circunscrever os *atores* da concorrência desleal ao ambiente da indústria e do comércio. A Lei 9.279/96, igualmente delimita a incidência da denominada *concorrência desleal genérica* ao ambiente dos *negócios, estabelecimentos comerciais, industriais, e serviços no comércio*⁷⁶⁹. Atualizando os conceitos para o século XXI, o ambiente empresarial

766 Tal exemplo foi extraído do precioso acórdão do Pretório Excelso: “Se o negócio da nova firma concorre, de alguma forma, com a que já detinha o nome como distintivo de suas atividades ou do seu ramo industrial, há concorrência desleal, já que é inevitável a confusão dos nomes, diante dos consumidores e dos outros segmentos das relações comerciais. Não se pode dizer que a proteção ao nome civil tem o mesmo conteúdo da do nome comercial. Neste, a prioridade do uso cria um privilégio, de tal modo que a sua utilização por firma posteriormente criada traz sempre a presunção do propósito de confusão, ao arripio da concorrência leal” BRASIL, STF, 2ª Turma, Min. Carlos Madeira, RE 109.478-RS, DJ 10.04.1987.

767 CUP, no art. 10, *bis*, 10, *bis* (3): “aos usos honestos em matéria industrial ou comercial” e “estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente”. Textos semelhantes são prescritos nos artigos 10, *bis* (3) 2; 10, *bis* (3) 3 e 10, *ter*, (2).

768 Acordo TRIPs, em seu art. 39.3: “(...) uso comercial desleal”; e art. 40.1: “(...) relativas a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio”.

769 CPI/1996: “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”.

como um todo é correlato ao discurso do abuso da liberdade de competir, não havendo genuína vantagem em permitir uma osmose sistêmica para sujeitos de direito integrantes do *segundo setor*, que não se adequem à lógica do direito de empresa. Desta forma, nota-se que o padrão brasileiro está acorde aos parâmetros internacionais mínimos sancionados pela Organização Mundial do Comércio, bem como evita uma sobreposição de regimes tão díspares como do direito civil, do direito consumerista e do direito comercial.

A responsabilidade civil aquiliana, que será objeto do nono capítulo, ainda é pertinente à solução dos conflitos havidos – por exemplo – no segundo setor, fora do eixo concorrencial (*stricto sensu*) ou empresarial (*lato sensu*). A conquista da autonomia discursiva do direito empresarial, perante o direito civil e do direito do trabalho, foi fruto de sua origem corporativista, mercantilizada, não tendo as edificações de um *direito comum*. Um movimento pendular invertido de submissão das premissas do direito civil ao ambiente comercial além de simplesmente não encontrar guarida dogmática, é zeteticamente descabido.

7.7 Conclusão

Factualmente, nem todo ramo profissional é igual. Não só as aptidões são profundamente distintas no mister do matemático, do taxidermista e do ourives, como nem toda sociedade é guiada para a produção ou convívio na abrasividade intersubjetiva de fito lucrativo. A eventual atuação *ultra vires* de fundações, sindicatos, entidades religiosas, associações ou partidos políticos deveria ser um sinal de alerta das autoridades e do *ombudsman*, mas jamais ser causa atrativa da tutela e do discurso ínsito à concorrência desleal.

Conforme foi proposto no capítulo primeiro, que tratou das diferenças entre as relações de rivalidade e de concorrência, nos nexos concorrenciais sempre há uma *causa* patrimonial predominante envolta, enquanto na primeira forma relacional boa parte das vezes o lime é predominantemente existencial ou público. Assim, se há alguma contenda entre entidades religiosas e suas atividades confessionais, qualquer acusação pertinente a usurpação de identidade, atração de fiéis de um templo para o outro, ou uso de signo distintivo alheio pode até gerar uma tutela petitória (proprietária), compensatória, ou inibitória de índole informacional, mas jamais será uma hipótese de

concorrência desleal. As exacerbações discursivas que equivalem *associados, fiéis, adeptos, torcedores* ou quaisquer destinatários de vínculos infungíveis, personalíssimos e de predomínio existencial, não podem gerar a equivalência à lógica da sociedade de consumo.

No ambiente dos partidos políticos, por sinal, recentemente o Pretório Excelso veio a coibir o uso do capital empresarial para o financiamento de campanhas, exatamente pelo risco de que a *comercialização* ou o exercício *plutocrático*⁷⁷⁰ poderiam gerar em um segmento dos vínculos existenciais de cidadania. Em verdade há entes do *terceiro setor* que não podem ter influência empresarial sob o risco de *empobrecimento* de seu tecido normativo-constitucional.

Excluída a possibilidade de ventilar concorrência entre entes restritos ao *terceiro setor*, revela-se ainda que diversos liames no *segundo setor* que não gozam de matiz empresarial, tampouco devem ser expostos ao discurso expansivo de uma concorrência desleal que seria pertinente a toda e qualquer profissão. Os feixes dos profissionais acadêmicos e de saúde pública (médicos⁷⁷¹ ou cooperativas de saúde⁷⁷², por exemplo), aliás, são alguns dos ramos

770 STF, Pleno, Min. Luiz Fux, ADIn 4650, J. 17.09.2015: “Os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afigura assaz insuficiente a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada “plutocratização” do processo político (...) A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano”.

771 Logo, entende-se atécnica a redação dada ao Capítulo VII, artigo 51 do Código de Ética editado pelo Conselho Federal de Medicina: “É vedado ao médico: Art. 51. Praticar concorrência desleal com outro médico”. Em uma interpretação conforme à constituição do dispositivo, bastava a menção à prática de quaisquer atos *desleais*, ainda que não fossem típicos à abrasividade relacional.

772 Em correta decisão o Tribunal da Cidadania assentou, corretamente, que uma mesma atividade pode ter – a depender do contexto – função empresarial ou não, sendo que no segundo caso excluir-se-ia hipótese de concorrência desleal: “1. Restringe-se a controvérsia acerca da possibilidade de a Unimed de Sertãozinho manter uma farmácia para fornecer medicamentos a preço de custo, sem distribuição de lucro, aos associados, mediante apresentação de receita médica. O Conselho Regional de Farmácia alega que a Unimed não poderia dedicar-se ao comércio ou à indústria farmacêutica, sob pena de violação do art. 16, “g”, do Decreto n. 20.931/32, que veda ao médico o exercício dessas atividades. 2. O referido dispositivo legal é inaplicável ao presente caso, uma vez que a farmácia em questão não tem a finalidade comercial, pois visa atender a médicos cooperados e a usuários conveniados, ao praticar a venda de remédios a preço de custo. Inexiste, no caso dos autos, concorrência desleal com farmácias em geral, em face da ausência de fins lucrativos e do intuito de prestar assistência aos segurados de seu plano de saúde, quando respeitados os Códigos de Ética Médica e de Defesa do Consumidor. 3. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é sedimentada no sentido de que não viola o artigo 16, alínea ‘g’, do Decreto nº 20.931/32, a permissão dada à cooperativa médica, sem fins lucrativos para manter farmácia destinada a fornecer medicamentos aos seus associados, pelo

integrantes do *segundo setor* que devem ser analisados sob o prisma do Direito Civil e sua boa-fé objetiva includente e abrangente.

Desta forma, concorda-se com a vigente opção política-legislativa legítima do marco regulatório nacional – e da delimitação da CUP e TRIPs – ao ambiente empresarial para a incidência da concorrência desleal, que estimula o saudável pluralismo jurídico⁷⁷³ mesmo em um ambiente de tendência à profissionalização do que antes fora amador. Não é possível se usar as vestes da concorrência desleal sem que antes se adotem as premissas da comercialização das atividades econômicas ou existenciais destinatárias da teoria peculiar ao direito privado.

Aliás, entende-se que, mesmo entre dois sujeitos de direito partícipes do ambiente empresarial (logo do *segundo setor*), a ausência de abrasividade direta e de potencial disputa de clientela tampouco permitiria a incidência de concorrência desleal⁷⁷⁴.

No próximo capítulo será enfrentado o desafio da doutrina estadunidense do *misappropriation* ou, de acordo com o vernáculo, a legalidade do denominado *aproveitamento parasitário sem concorrência* bem como da *concorrência parasitária*.

preço de custo. Logo, não há que se falar em concorrência desleal por conta dessa prática" (AgRg no REsp 1.159.510/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, J. 23.3.2010, DJe 9.4.2010)" STJ, 2ª Turma, Min. Humberto Martins, AgRg no Ag 1313736/SP, DJ 19.10.2010.

773 Sobre a diversidade dos critérios pertinentes ao que seja desleal, variando de país a país, vide HENNING-BODEWIG, Frauk. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 23.

774 Narrando ser este entendimento restritivo o prevalecente em doutrina e em jurisprudência peninsulares, vide GRAUSO, Maria P. *La Concorrenza Sleale. Profili di tutela giurisdizionale e presso le Autority*. Milão: Giuffrè Editore, 2007, p. 28.

(8) Concorrência Desleal Comum, Concorrência Desleal Parasitária e o Aproveitamento Parasitário sem Concorrência

8.1 Introdução; 8.2 Concorrência Desleal Comum; 8.3 A Concorrência Desleal Parasitária; 8.3.1 O Parasitismo Concorrencial; 8.3.2 O Parasitismo Concorrencial como uma Série Coordenada de Atos; 8.4 O Denominado Aproveitamento Parasitário Sem Concorrência; 8.4.1 Precedentes e outros Julgados sobre Aproveitamento Parasitário sem Concorrência; 8.4.2 A Ultraespecialidade como Exceção; 8.5 Inaplicabilidade da Teoria da Vedação ao Enriquecimento sem Causa; 8.6 Conclusão.

8.1 Introdução

A ordem jurídica do capitalismo no Brasil tem como dois fundamentais esteios as *liberdades de iniciativa* e de *concorrência*. Não é incomum, todavia, que alguns autores tomem a primeira forma de liberdade como intrinsecamente conectada à segunda, ou até mesmo confundam ambas. De outro lado, é certo que, mesmo diante de uma saudável complementaridade entre tais formas de *autonomia*, a livre iniciativa densifica um papel de restrição e de promoção dos Poderes Constituídos com uma incidência *verticalizada* (representada por L.I. – figura 01) e paralela, enquanto a livre concorrência cuida de fato gerador aferível *horizontalmente* (representada por L.C. – figura 02). Logo, a forma mais simples de apresentar contrastes entre tais liberdades é a imaginação de dois eixos.

Figura 01

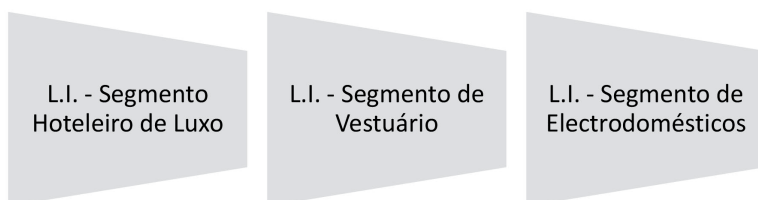
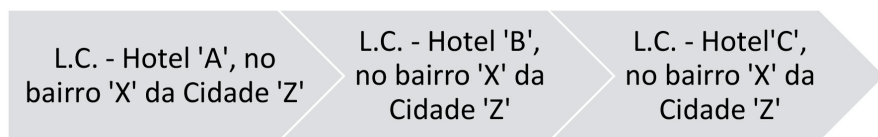


Figura 02



A concorrência é, destarte, uma mera possibilidade⁷⁷⁵ contida na liberdade de iniciativa⁷⁷⁶, incidindo *horizontalmente*, dentro de cada um dos eixos⁷⁷⁷ *verticais* da segunda. Destarte, é possível observar fenômenos em que, apesar da existência livre iniciativa, não haja concorrência⁷⁷⁸. *Verbi gratia*, (1) contemple-se a hipótese de um diminuto vilarejo no qual há apenas uma casa de hospedagem. Apesar de não haver qualquer restrição legislativa ou regulatória ao ingresso de novos agentes econômico – e até de inexistir uma efetiva barreira à entrada já que os custos para a edificação de uma pensão ou pousada sejam muito baixos –, a pequena demanda por tal serviço, naquela localidade, faça com que haja uma situação *fática e precária* de um monopólio.

Não obstante, também é possível (2) uma diminuta alteração no contexto fático do primeiro exemplo, que resulte em um contraste arquitetônico de uma proposta hermenêutica. Imagine-se que na situação (1), apesar de persistir como inexistente qualquer óbice regulatório ao ingresso de novos agentes econômicos, não há imóveis disponíveis para locação ou construção de uma nova

775 FARACO, Alexandre Ditzel. *Livre Concorrência (art. 170) e Repressão ao Abuso do Poder Econômico (art. 174, parágrafo 4º) Como fundamentos do Direito da Concorrência*. In: NUSDEO, Fábio (Coordenador). *O Direito Econômico na Constituição de 1988*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 160, narra que a livre concorrência serve como “elemento limitador da ampla liberdade de iniciativa”. Só se pode concordar com o autor no contexto de delimitação do abuso do poder econômico, mas não fora deste contexto.

776 Narrando ser a livre concorrência apenas um dos corolários da mais ampla liberdade econômica (*rectius*, iniciativa), vide MOSCO, Luigi. *La Concorrenza Sleale*. Napoles: Casa Editrice Dottores Eugenio Jovene, 1956, p. 4.

777 “A competição desleal tem de ser entre concorrentes. Somente concorrem as empresas ou pessoas que disputam o mesmo” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVII. 4ª Edição, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 269.

778 Postulando a liberdade de concorrência como a fluidez de oferta e de demanda no mercado gerando a possibilidade, para a clientela, de eleger um fornecedor ou outro sem grandes obstáculos artificiais, vide RONZANO, Alain. *Le rôle de la clientèle em droit de la concurrence*. In: CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000, p. 39.

hospedagem no mesmo vilarejo. Desta forma, existe uma barreira à entrada de índole econômica, mas não advinda do império da Lei, que dissuada um novo entrante a realizar investimentos arriscados para um futuro incerto de lucratividade. Novamente haverá livre iniciativa, mas não efetiva concorrência.

Outro exemplo (3), denota o possível distanciamento entre a livre iniciativa e a livre concorrência. Imagine-se o ambiente corrente da indústria farmacêutica. Ainda que se trate de um setor extensivo e intensamente regulado (pela Agência de Vigilância Sanitária, entre outras autarquias e órgãos), não se ignora a existência de alguma manifestação – ainda que mais restrita – da livre iniciativa para que novos agentes econômicos ingressem neste mercado, ou que os já partícipes deste mercado ampliem sua atuação (a exemplo de indústria especializada em cancro que resolva também produzir antirretrovirais). A prévia existência de uma série de opções terapêuticas – e de sujeitos de direito que ofertem produtos idênticos ou similares –, para o tratamento de AIDS não aloca um óbice para que um sujeito de direito invente uma tecnologia que *cure* a moléstia. Logo, há possibilidades (livre iniciativa) para expansão do segmento farmacêutico para que se passe a ofertar a solução definitiva ao portador do vírus, ainda que nenhuma oferta efetiva (monopólio ou concorrência) haja. Neste Norte, visualiza-se uma hipótese de livre iniciativa – não há restrições na Ordenação para frear um avanço tecnológico desta estirpe – sem qualquer concorrência (a tecnologia não existe ou não há interessados em comercializá-la).

Não obstante as hipóteses narradas, (4) é possível que após algum hiato temporal, perante um segmento específico a *livre iniciativa* cesse, mas a *livre concorrência* persista. Imagine-se um segmento em que haja um excesso de oferta a partir do qual o Poder Público constituído resolva criar alguma barreira à entrada para novos agentes econômicos (*verbi gratia*, o caso das autorizações quantitativamente limitadas para novos taxistas). Entre os sujeitos de direito que já participam do mercado específico certamente há *livre concorrência*⁷⁷⁹, mas se nenhum deles quiser sair de tal nicho, não há que se narrar *livre iniciativa* para outros sujeitos de direito.

⁷⁷⁹ Dentro do contexto da rivalidade, algo parecido pode ocorrer. Contemple-se a hipótese de a legislação eleitoral ser cambiada para limitar o número de partidos políticos que existem no Brasil a partir da edificação de uma cláusula de barreira para um mínimo de representatividade entre os votos exercidos pela cidadania. Tal poderia, ao longo do tempo, levar à polarização e à concentração de poder político em poucos partidos, resultando em uma *livre competição* das preferências ideológicas,

Afora as hipotéticas circunstâncias narradas da maior ou menor presença simultânea de tais expressões da liberdade capitalista, é importante frisar que a Ordenação inadmite restrições ilimitadas⁷⁸⁰ a qualquer uma de tais manifestações. Isto significa dizer que algum tipo de entrave pactuado⁷⁸¹ entre agentes econômicos pode o ser constitucional, mas que há limites e delimites para tanto. *Exempli gratia*, (5) o Código Civil enuncia uma hipótese de restrição *a priori* à concorrência no caso do trespasse (art. 1.147 da Lei 10.406/2002), razão pela qual a legalidade constitucional de tal previsão é *presumida*.

Não obstante, ainda que díspar da hipótese do trespasse, a jurisprudência e a doutrina (6) paulatinamente construíram critérios para dar guarida de legalidade e legitimidade aos pactos privados de não concorrência, desde que adstritos temporalmente, espacialmente e, por óbvio, contextualmente. Uma causa legítima para tais acordos seria a manutenção da assimetria informacional entre agentes concorrentes, diante da inconstância natural de vínculos corporativos endógenos. Assim, em face da vigência de uma cláusula de não concorrência superposta com deveres de sigilo, um ex-empregador que confiou seus segredos de negócio – tutelados pela vedação à concorrência ilegal ou abusiva – a um profissional que decide resilir o seu vínculo empregatício, pode se sentir mais à vontade de partilhar, novamente, tal acesso ao *know-how* com novos funcionários. Tal apenas ocorrerá se puder confiar que tal não será um expediente de transmissão *longa manus* de dados sensíveis aos seus concor-

mas não em uma *livre iniciativa* para a fundação de novos partidos sem maiores entraves. Suscitando que o limite a livre concorrência é a ética comercial, vide GUSMÃO, Mônica. *Livre Concorrência*. In: Org. CURY, Ieda Tatiana. *Lições de Direito de Propriedade Intelectual e Concorrencial*. Rio de Janeiro: Ed. Multifoco, 2016, p. 360.

780 Tal não é diferente, por exemplo, na Itália: ITÁLIA. Codice Civile. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 - Acessado no sítio <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>, no dia 02.02.2021, às 12:11. “Art. 2596. *Limiti contrattuali della concorrenza. Il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto. Esso è valido se circoscritto ad una determinata zona o ad una determinata attività, e non può eccedere la durata di cinque anni. Se la durata del patto non è determinata o è stabilita per un periodo superiore a cinque anni, il patto è valido per la durata di un quinquennio*”. Traduzido livremente: “Art. 2596. Limites contratuais da competição. O acordo que limita a competição deve ser comprovado por escrito. É válido se limitado a uma área ou atividade específica, e não pode exceder a duração de cinco anos. Se a duração do contrato não for determinada ou for estabelecida por um período superior a cinco anos, o contrato é válido por um período de cinco anos”.

781 Sobre as necessidades de restrições temporais, espaciais e objetivas em tais pactos, vide GHIROTTI, Enrico. *Il Patto di Non Concorrenza nei Contratti Commerciali*. Milão: Giuffrè Editore, 2008, p. 95.

rentes, exatamente pela incidência do direito obrigacional. Isto não significa dizer que o conteúdo de tais restrições à liberdade alheia seja imune de um controle de legalidade ou legitimidade⁷⁸².

Aliás, muitas vezes a imposição *não remunerada* de pactos de não concorrência – em especial em meandros de contratos de adesão – também é igualmente questionada⁷⁸³, já que a abdicação de um direito subjetivo *público e privado* desta ordem pode gerar efeitos danosos ao sujeito manietado, bem como a outros núcleos de interesses. Por exemplo, se, em uma determinada região do país há pouca atividade empresarial e após o término de um vínculo empregatício, o sujeito hipossuficiente estiver impossibilitado de laborar em um concorrente, necessariamente precisará se mudar de rincão ou procurar um novo ofício. Logo, esta cláusula de vedação ao reingresso no mercado de trabalho de um concorrente gerará custos substanciais de deslocamento e impacto em sua rotina e qualidade de vida. De outro lado, em mercados nos quais há uma carência de profissionais (e.g. engenheiros com especialização em energia nuclear), eventual exercício do direito potestativo de rescisão por parte do empregador, cominada com eventual fator de eficácia de uma cláusula de vedação ao reingresso naquele específico mercado de trabalho, pode cercear o destinatário do produto ou serviço da suficiência ou da qualidade do fornecimento.

Em outras palavras, tais formas de cláusula são *a priori lícitas*, mas devem atrair especial atenção do intérprete pela altíssima possibilidade de gerar externalidades negativas⁷⁸⁴.

782 SILVEIRA, Newton. *Limites Convencionais à Concorrência*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 43, julho-setembro de 1981, p. 58, dialogando com a doutrina de Tullio Ascarelli, o professor patricio destaca sobre a validade de pactos gratuitos de não concorrência com ex-empregados poder ser resultado de abuso do poder econômico.

783 BRAGA, Rodrigo Bernardes. *O Segredo de Negócio no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 101, julho-agosto de 2009, p. 40, o autor defende que a lícitude da cláusula de não-concorrência ao ex-empregado, mas mediante compensação financeira proporcional ao prazo da obrigação negativa. Em sentido símile se posiciona DI BLASI, Clésio Gabriel. *A Propriedade Industrial*. Os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Gen Forense, 2010, p. 290.

784 *Mutatis mutandi*, não é à toa que a doutrina elenca enxergar a livre concorrência como forma de “evolução da economia”, já que a livre-iniciativa (inclusive na edição de cláusulas anticoncorrenciais), poderia “descambar” para o abuso do poder econômico. Vide MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Ordem Econômica Constitucional*. Origem – Evolução – Principiologia. In. NUSDEO, Fábio (Coordenador). *O Direito Econômico na Constituição de 1988*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 40.

Entretanto, igual tolerância não seria compatível com a ordem constitucional se as restrições fossem para além do feixe concorrencial⁷⁸⁵, englobando a *livre iniciativa* em si. Desta forma, se um ourives ('a') é contratado por uma famosa joalheria ('b'), para desenvolver sua nova coleção e inclui um pacto remunerado de não concorrência, cujo fator de eficácia transborda por um triênio após o término do contrato – nenhuma cláusula que impedisse 'a' de laborar como cozinheiro de um bistrô seria admissível. Tal significa dizer que a *livre iniciativa* é ainda mais central ao Estado Democrático de Direito no Brasil do que a própria – e valiosíssima, insista-se – *livre concorrência*. Uma restrição que extrapole o meandro concorrencial importa em cercear projetos de vida e dos *valores sociais do trabalho*⁷⁸⁶ (art. 1º, IV, da CRFB). A imposição obrigacional da inércia absoluta do agente econômico pode ser vista como uma afronta à ordem pública e à própria dignidade da pessoa humana que deseje a *labuta*, particularmente quando sua ação não repercutirá negativamente na esfera jurídica do ex-parceiro comercial. Não é à toa, deste modo, que pactos de *concorrência interdita* possam ser legítimos, mas a assertiva não seria verdadeira para pactos de *iniciativa interdita*, já que são extremamente desproporcionais⁷⁸⁷.

A partir do momento em que a teoria da vedação ao abuso do direito foi consolidada, superando a vetusta ótica dos atos emulativos, não apenas a conduta de causar danos a terceiros sem qualquer tipo de vantagem direta é cerceada, mas tampouco um dano desproporcional ou injusto seria admissível para eventual ganho diminuto. Interdições à livre iniciativa, particularmente quando distantes da concorrência real ou, pelo menos, potencial, tendem a ser frontalmente inconstitucionais.

785 Defendendo o mesmo ponto de vista, mas sob a regência da legalidade constitucional italiana, vide GHIROTTI, Enrico. *Il Patto di Non Concorrenza nei Contratti Commerciali*. Milão: Giuffrè Editore, 2008, p. 97.

786 “a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública; (...) É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho, do trabalho livre – como observa Miguel Reale Junior – em uma sociedade livre e pluralista” GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 206 A 208.

787 Sem a possibilidade de provocar prejuízo ao ex-empregador – se o profissional resolver laborar em outro setor – a doutrina lusitana bem defende que tal tipo de cláusula não é compatível com a legalidade MARTINS, João Zenha. *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 616

8.2 Concorrência Desleal Comum

Atos de concorrência desleal tendem a contar com algum tipo de dissimulação. O contrafator raramente é ostensivo no seu ato de *usurpação*, de *associação*⁷⁸⁸, de *violação reputacional*, de *desorganização empresarial alheia*, de *apropriação de bens imateriais insuscetíveis de concorrência interdita* ou de qualquer *outra forma de abuso do direito de concorrer*, já que tal facilitaria o controle jurisdicional através de um pleito compensatório, de cessação ou de natureza inibitória. *Mutatis mutandi*, tal seria tão inusitado quanto um ladrão avisar à polícia que acabara de subtrair coisa alheia móvel, ou cantarolar em voz alta em via pública que aquela bolsa (alheia) acabara de ser capturada mediante alguma forma de fraude.

Portanto, é relativamente ordinário que, simultaneamente ao ato de *apropriação* da credibilidade ou do bem imaterial alheio, insira-se algum fator de diferenciação *não substancial* ou *não distintivo*. Por exemplo, (a) quando um ator econômico deseja copiar um *trade dress* de seu concorrente, dificilmente reproduzirá todos os signos com uma minúcia de detalhes. Provavelmente *usurpará* a escolha da maioria das cores⁷⁸⁹, imitará o arranjo gráfico da localização do signo alheio para, com alguma proximidade, situar a sua própria marca⁷⁹⁰, mas inserirá algum elemento de contraste (um laço de fita, um outro adorno qualquer inexistente no conjunto-imagem reproduzido) como mero detalhe (não distintivo) para poder argumentar a presença de *diferenças*. Por sinal, (b) quando o ato do abuso da liberdade de concorrer é exercido atra-

788 CABRAL, Filipe Fonteles & MAZZOLA, Marcelo Leite da Silva. *O Teste 360º de Confusão de Marcas*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 132, setembro-outubro de 2014, p. 16, os autores defendem que a tutela contra atos de associação no âmbito da concorrência interdita visa precatar uma equivocada "conexão mental", uma vinculação ilícita que implica no "aproveitamento do prestígio alheio como mola propulsora da venda".

789 Isto não significa dizer que o excesso de tutela (restringir acesso a cores básicas de entes não reputados pela sua distintividade) seja a solução, já que existe um número finito de cores predominantes e é necessário garantir acesso a tal código visual a diversos outros agentes econômicos no mercado. Neste sentido, vide CASTRO, Beatriz Vergaça. *Sinais Distintivos não tradicionais: o caso Louboutin*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, número 148, Mar/Jun, 2017, p. 41.

790 D'HANENS, Laetitia Maria Alice Pablo. *Aplicabilidade da Teoria do "Todo Indivisível" no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 110, janeiro-fevereiro de 2011, p. 45, a teoria do "todo indivisível" permite o convívio de titulares de signos com parcial colidência se o titular do signo júnior englobar acréscimo "operante", "se possuir tônica distintiva e transformadora".

vés de técnicas de acesso ilegítimo aos segredos alheios⁷⁹¹, é improvável que o *accipiens* não produza também tecnologias próprias e paralelas ao conteúdo secreto absorvido. Muitas vezes será a soma das informações que lhe propiciará uma vantagem competitiva, usando como insumo a *technè* de base do usurpado. De outro lado, a própria na reprodução do segredo alheio acaba por ser uma estratégia empresarial arriscada, já que o bem ou o serviço podem não gozar da mesma boa reputação do inovador e, apesar de conter *qualidade* intrínseca idêntica, ser causa não fundamental para a escolha do consumidor. Sabe-se que as marcas, por exemplo, exercem enorme poder magnético sobre a eleição do destinatário. Logo, para além do acesso informacional ilegítimo, é provável que outras opções e inovações sejam simultaneamente adotadas pelo criminoso. Por fim (c), nos ilícitos *tópicos* que versam sobre questões reputacionais (ataques ao *status* da vítima), a exemplo da publicidade comparativa com predominante conteúdo difamatório, é verossímil que além de atentar contra a honra objetiva alheia o beneficiário da peça publicitária pratique a auto-adulação, aquilo que a doutrina estadunidense⁷⁹² denomina de *puffing*. Logo, é provável que, ao invés de fazer uma campanha apenas delineando os defeitos e falhas do produto do concorrente, na mesma obra audiovisual inclua informações suas sobre uma alegada superioridade⁷⁹³.

Não obstante, a concorrência desleal *ordinária* costuma ser pontual, um fenômeno de ocorrência unívoca, até mesmo pelo fato de que a *reincidência* pode majorar as chances da eficácia de uma sanção punitiva. Se o concorrente que pratica o abuso da liberdade de concorrer acaba por reiterar o ato ilícito contra uma mesma vítima, dificilmente o concomitante ato de escamoteamento

791 SILVEIRA, João Marcos. *A Proteção Jurídica dos Segredos Industriais e de Negócio*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 53, julho-agosto de 2001, p. 25: o autor, com razão, destaca a efemeridade dos segredos de negócio, ainda que tutelados pela concorrência desleal. Em sentido semelhante segue o estudo de ASSAFIM, João Marcelo de Lima. *A Transferência de tecnologia no Brasil*. Aspectos Contratuais e Concorrenciais da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 205.

792 Esta expressão não é imune de críticas, tal como bem lembrou o culto Professor Associado Antonio Carlos Morato. De outro lado, a expressão norte-americana acaba por ser muito genérica, enquanto a nomenclatura “yankee” muito específica. Optou-se neste livro, mesmo, por *estadunidense*.

793 Com uma crítica precisa sobre os limites à liberdade concorrencial (e os caminhos para vivenciá-la), vide COLLIN, Robert. *L'application de l'article 85 #3 du traité de Rome aux contrats de propriété industrielle*. (Org.) CHAVANNE, Albert. *La 6e Rencontre de Propriété Industrielle*. L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur les droits de propriété industrielle. Lyon: Libraires Techniques, 1977, p. 182.

será eficaz, ou o ofendido deixará de exercer pretensão pois o terá percebido⁷⁹⁴. Não há como antecipar toda espécie de conduta – pois quase todas são particularmente criativas – que pode resultar em um ato de concorrência desleal, razão pela qual seja pela cláusula geral de vedação ao abuso do direito, ou pela previsão genérica do art. 209 da Lei 9.279/96, é sancionável pela Ordenação.

Destarte, não é necessária a reiteração da conduta abusiva para que se constate o ato de concorrência desleal. Pelo contrário, um único ato, uma singela oportunidade, um singelo deslize bastará para atrair a incidência da sanção contra um ato de concorrência desleal. Aliás, até mesmo um único ato desta sorte poderá ser *fatal* à vítima.

8.3 A Concorrência Desleal Parasitária

Um equívoco comum por parte de uma parcela da jurisprudência – e da doutrina – é de realizar uma leitura sobre o ato de *copiar* como algo determinante aos atos de concorrência abusiva, bem como para a *qualificação* parasitária. Em verdade, contudo, o ato de cópia será no máximo acidental e coincidente de um *desviar* competitivo, pois pode ser até mesmo (i) fruto do cumprimento de um dever legal ou (ii) um resultado legítimo da liberdade de iniciativa⁷⁹⁵. *Verbi gratia*, (i) durante a vigência de uma patente para produtos farmacêuticos de uso humano, para uso veterinário, ou agroquímicos, os terceiros que não eram titulares da exclusividade podem buscar um registro sanitário junto às autarquias e órgãos públicos competentes, sem qualquer receio de uma imputação legítima de contrafação⁷⁹⁶ por tal ato. Extinto o direito de exclusividade, todos aqueles

794 Escrevendo no contexto do Direito de Autor COSTA, José Augusto Fontoura. Doch das Messer Sieht Man Nicht: reflexões sobre o plágio e outras desonestidades. In: Coordenadores SIMÃO, José Fernando & BELTRÃO, Silvio Romero. *Direito Civil*. Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2015, p. 341, suscita com precisão que as cópias ilícitas passam muitas vezes despercebidas para o autor. O mesmo ocorre no ambiente da concorrência desleal.

795 FORGIONI, Paula Andrea. *Interpretação dos Negócios Empresariais e a Constituição Federal*. In: NUSDEO, Fábio (Coordenador). *A Ordem Econômica Constitucional*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 134, destaca que o direito prescrito nos artigos. 1, IV, e 170, IV, da CRFB, garante aos agentes econômicos o ingresso na “arena de disputas”. Em regra, aliás, para se introduzir em um mercado é mais comum que o jovem entrante se pautе pelas práxis já vigentes, logo, imitando alguém.

796 CPI/1996: “Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I - produto objeto de

que formularam e lograram êxito no pleito registral para a comercialização de um produto *genérico* deverão reproduzir, *ipsis literis*, o conteúdo tecnológico pertinente ao teor tecnológico do bem de referência cuja exclusividade temporária findou. A depender do tipo de registro pleiteado, não há maiores espaços para a autonomia privada dispor livremente sobre variações no princípio ativo, em qualquer forma de excipiente, ou mesmo em distorções entre as formas combinatórias perante o que fora registrado. Cumpre-se a legalidade constitucional desde que se copie o inovador. Situação jurídica símile ocorre no dever de *copiar* um determinado paradigma *ornamental* quando houve uma opção de política pública que *padronizou* uma determinada forma de apresentação (a exemplo da tomada de três pinos⁷⁹⁷). Ainda que novos agentes econômicos desejem empregar uma metodologia nova (uma tomada de nove pinos) ou vetusta em seus produtos (a exemplo do retorno da saudosa tomada de dois pinos), tal poderá não ser lícito.

patente; II - processo ou produto obtido diretamente por processo patentado. § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo. § 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente. Art. 43. O disposto no artigo anterior não se aplica: I - aos atos praticados por terceiros não autorizados, em caráter privado e sem finalidade comercial, desde que não acarretem prejuízo ao interesse econômico do titular da patente; II - aos atos praticados por terceiros não autorizados, com finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas; III - à preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado, bem como ao medicamento assim preparado; IV - a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento; V - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, sem finalidade econômica, o produto patentado como fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos; e VI - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patentado que haja sido introduzido lícitamente no comércio pelo detentor da patente ou por detentor de licença, desde que o produto patentado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa. VII - aos atos praticados por terceiros não autorizados, relacionados à invenção protegida por patente, destinados exclusivamente à produção de informações, dados e resultados de testes, visando à obtenção do registro de comercialização, no Brasil ou em outro país, para a exploração e comercialização do produto objeto da patente, após a expiração dos prazos estipulados no art. 40”.

797 Lei 12.119/2009: “Art. 1º. O art. 2º. da Lei no 11.337, de 26 de julho de 2006, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 2º. Os aparelhos elétricos e eletrônicos, com carcaça metálica comercializados no País, enquadrados na classe I, em conformidade com as normas técnicas brasileiras pertinentes, deverão dispor de condutor terra de proteção e do respectivo plugue, também definido em conformidade com as normas técnicas brasileiras. Parágrafo único. O disposto neste artigo entra em vigor a partir de 1º. de janeiro de 2010”.

As circunstâncias típicas à hipótese (ii) são, contudo, mais complexas. Pense-se em um agente econômico recentemente fundado que deseja ingressar no tradicional mercado dos extratos de tomate em vasilhames de metal em forma cilíndrica. Ainda que eleja como marca um signo absolutamente díspar daqueles já constantes no mercado setorial, dificilmente terá facilidades de chamar a atenção do potencial adquirente se não reproduzir alguns dos caracteres dos conjuntos-imagem dos concorrentes. Trata-se de um ramo em que a presença da fruta de origem no involucrio e a utilização das cores da bandeira da Itália (Pomo d'Oro) são um estereótipo *quase necessário*. Legitimar que todos os demais agentes econômicos daquele mercado pudessem fazer uso de um paradigma não-proprietário, mas excluir os novos entrantes poderia importar em uma significativa barreira à entrada.

Em situação símile, mas partícipe de outro mercado, imagine-se que as sociedades empresárias na linhagem de vestuário de alta costura, sem gozar de qualquer direito de exclusividade sobre o uso de golas rolês em camisas de seda, a ornamentação de laços de fita próximas ao colarinho, ou a utilização de uma barra de cores (próxima a região da cintura) em um bolero com contraste à coloração predominante no agasalho; pudessem obstar que demais atores *incógnitos* fizessem uso da mesma tendência. *Mutatis mutandi*, há um direito ao exercício de condutas que engendrem o *pertencimento* em um determinado conjunto empresarial, tal como – no ambiente típico da rivalidade – Édouard Manet não poderia cercear Claude Monet, Pierre-Auguste Renoir, Camille Pissarro, Edgar Degas, Paul Cézanne, Alfred Sisley ou Paul Gauguin de sincronicamente seguirem os padrões impressionistas. Fato é que a utilização de padrões (premissas) idênticos não impedirá o discernimento dos bens ou serviços, já que as combinações possíveis são quase infinitas.

Desta sorte, um agente econômico poderá exercer sua liberdade de iniciativa para *não* competir em *inovação*, mas praticar algo já conhecido e tradicional. *Exempli gratia*, um *restauranteur* entusiasta da comida ibérica poderá romper com o *estado da arte* da concorrência e preferir uma releitura dos fartíssimos clássicos bacalhau à lagareira com batatas ao murro, bochechas de porco preto servidas com arroz, ou alheiras, proporcionando ao consumidor a essência de tais comidas na forma de espumas e papinhas entregues em porções de tamanho infantil. De outro lado, se o empreendedor entender que a última opção empresarial seria sua utopia, mas acreditar que tal não seria a primeira faculdade de um consumidor ao buscar os alimentos lusos, poderá seguir pela mesma trilha de todos os

demais estabelecimentos alimentícios portugueses da mesma região. Ainda que decida fornecer *couvert* com azeitonas, pão de levedura, empadas de sardinhas, os corriqueiros pratos salgados (como o caldo verde) e na sobremesa quase todas as opções à base de doces de ovos, de castanhas ou amêndoas, tais cópias não serão objeto de um *abuso* da liberdade concorrencial. Cuida-se de *scènes à faire* tal como uma lágrima em um sepultamento, uma imitação de voz no cantar do fado, o diálogo entre tragédia e comédia em uma obra de dramaturgia, ou a utilização de anunciantes na porta do estabelecimento empresarial convidando os transeuntes a conhecerem os preços promocionais dos produtos ofertados.

Qualquer tentativa de cercear um novo agente econômico de gozar das mesmas liberdades – inclusive a liberdade de ser e encenar clichês – que os demais partícipes do mercado exercem é que poderá ser um ato de concorrência desleal, independentemente de o autor da pretensão gozar de uma titularidade de um direito de exclusiva pertinente. Em síntese, o ato de cópia por si só não é indício necessário de concorrência desleal ou de sua vertente parasitária, devendo ser objeto de alguma tolerância e respeito por parte do intérprete e dos atores de um mercado⁷⁹⁸.

8.3.1 O Parasitismo Concorrencial

O parasitismo é para o ato de concorrencial desleal o que o conceito de jurisprudência⁷⁹⁹ representa para o *caso* líder; os primeiros só serão classificados, interpretados e concretizados como tais após algum tipo de *reiteração*. Não pode ser denominado de parasita⁸⁰⁰ aquele que episodicamente⁸⁰¹ tenha realizado um ato de abuso concorrencial. Em um outro contexto, não seria

798 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 423.

799 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 94.

800 Em uma brilhante síntese literária, vide DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikháilovitch. *O Ladrão Honesto e Outros Contos*. Traduzido por Cecília Rosas. São Paulo: Ed. Hedra, 2013 p. 36: “Ah, pensei, o homem se impôs sobre mim: agora tenho de dar de comer e de beber a ele, e ainda deixar passar a noite aqui – já sou pobre, e aparece um parasita para viver às minhas custas”.

801 “(...) concorrência parasitária pressupõe que a atividade comercial do imitador o leve a trilhar um caminho contínuo e sistemático, essencial e constante (mesmo não sendo integral) de terceiro, ou seja, a imitar tudo ou quase tudo aquilo que o concorrente faz, na adoção mais ou menos imediata de qualquer sua iniciativa” SOARES, José Carlos Tinoco. “*Concorrência Desleal*” vs. “*Trade Dress*” e/ou “*Conjunto Imagem*”. São Paulo: Ed. Tinoco Soares, 2004, p. 174.

cognominado de *serial killer* (i) o homicida de uma única oportunidade; (ii) aquele que tendo ceifado uma vida alheia por um acidente de trânsito, décadas depois acaba por gerar a morte de outrem em uma alteração de bar; ou (iii) o soldado que (como a personagem da obra audiovisual ‘Rambo’) no meio da batalha campal entre dois países, executando a ordem dada pelo seu superior hierárquico extirpara a vida de quatro outros praças que representavam o Estado *adversário*. Tanto a concorrência desleal (e a sua vertente parasitária) quanto a noção de guerra dependem do *contexto* relacional.

Fato é que a reprimenda ao *parasita* não pode ser de idêntica intensidade⁸⁰² ao sujeito que uma única vez foi condenado pela prática de um ato de concorrência desleal, já que o primeiro exibe um comportamento *mercadologicamente* perigoso⁸⁰³. Não há diferença qualitativa significativa entre os atos coordenados de *parasitismo* e o fenômeno típico do direito penal denominado de *concurso material*⁸⁰⁴. Por tal razão, parte da doutrina elege como *elementos* do conceito da concorrência desleal parasitária a *sistematicidade*⁸⁰⁵, a *continuidade*⁸⁰⁶ e a *globalidade*⁸⁰⁷.

O parasitismo somado à situação de concorrência se expressa através de duas modalidades distintas: (a) a forma *ostensiva*; e (b) e o *proceder com alguma descrição*. Na primeira *fattispecie* (a), o concorrente parasita elege si-

802 ANDRADE, André Gustavo Corrêa e. *Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 85, novembro-dezembro de 2006, p. 64: o autor narra sobre a importância de sanções diferenciadas a partir de condutas com gravidade mais acentuada, suscitando o conceito de isonomia. Transpondo tal raciocínio para o ambiente da concorrência desleal é possível ventilar a causa pela qual a sanção às hipóteses de reiteração de conduta (parasitismo) deva ser mais severa do que no ilícito pontual (concorrência desleal comum).

803 “O reincidente é punido com maior rigor porque revela periculosidade, ou maior inclinação ao crime (...) O reincidente mostra-se infenso à obediência que deve às normas penais. A prática de novo crime revela indisfarçável periculosidade e consitui (sic) um dos sintomas mais certos do estado perigoso” MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. Volume III, São Paulo: Ed. Saraiva, 1956, p. 91.

804 “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas em que haja incorrido (...) Se os crimes são idênticos, o concurso material se diz homogêneo” FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. A nova parte geral. 9ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985, p. 365.

805 DELMANTO, Celso, Crimes de Concorrência Desleal. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 258.

806 SCIRÉ, Francesco. *Concorrenza Sleale e Sfruttamento Del Lavoro Altrui*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 41.

807 AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo Económico e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 47. PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Concorrência Desleal por Meio da Publicidade*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001, p. 149.

multâneas características da vítima para reproduzir em seus *produtos, serviços* ou no próprio *estabelecimento comercial*. Ou seja, trata-se de um caso em que haverá uma artificial *similaridade substancial* entre o ofensor e a vítima, aproximando-se do conceito de *usurpação* da distintividade alheia. Contudo, é preciso frisar que nem todo ato de reprodução das características alheias importará em abuso já que podem cuidar de ornamentos, distintividades, teor utilitário ou até estético que estivesse sujeito à tutela interdita e passaram a ingressar em domínio público. Em tais casos, se um agente econômico pacientemente aguarda a extinção dos direitos de propriedade alheios, mesmo que os aplique integral e completamente, desde que não tente obnubilar o *originador* (fornecedor concorrente com si mesmo) não haverá *deslealdade* a ser apurada. Em um exemplo concreto, se um concorrente não-inovador aguarda que os desenhos industriais do inovador sejam extintos para ofertar os mesmos ornamentos (a exemplo das conhecidas cápsulas de café), fazendo uso de sua marca própria e não se outorgando como *criador* de tais *designs*, não haverá parasitismo concorrencial, mas mera liberdade de iniciativa.

Logo, há de se excluir a qualificação do livre uso de bens que se encontram em domínio público de uso comum (art. 99, I do CC) com ato de parasitismo concorrencial com quem já fora, um dia, titular de tais criações. Hermenêutica diversa criaria um direito perpétuo e exclusivo, à revelia das determinações constitucionais quanto à necessária *temporariedade*, por exemplo, das patentes de invenção. Isto significaria fulminar a tese de incentivo aos direitos de exclusividade como propiciadores de um desenvolvimento *dinâmico* para o restante da sociedade.

Como regra geral, destarte, a concorrência desleal parasitária, destarte, não terá fatos geradores que seriam insuscetíveis de serem concorrência desleal *ordinária* por si só, visto que se há oitenta atos de reprodução de bens em domínio público (infração de grau zero ou '0'), ou que sejam padrões mercantis, a reiteração de tais procedimentos continuará sendo lícita ('80' x '0' = '0'). Há, entretanto, exceções. Imagine-se que um agente econômico ao invés de abrir processos seletivos para empregados *prefira* fazer propostas para profissionais já treinados (o que pode ser um processo custoso e longo para o empregador) do concorrente. Dificilmente uma única proposta que resulte a resilição empregatícia por parte do laborador alheio, será concorrência desleal. Porém, a reiteração desta conduta em um curto espaço de tempo poderá ser desleal e parasitário, além de gerar a desorganização substancial da vítima – especial-

mente se o quociente de profissionais ‘seduzidos’ representar um percentual significativo do seu total de empregados.

Destarte, é fundamental que o Juízo comutativo em uma demanda de contrafação fincada em violações a *trade dress*, modelos de utilidade, patentes de invenção, marcas cujos registros foram extintos, desenhos industriais, cultivares, ou qualquer outro direito de propriedade intelectual expirado se acautele em diagnosticar o que é *reprodução* lícita ou o que é *usurpação* ilegítima. Raras são as vezes em que tal diferenciação poderá ser feita pela mera leitura de uma petição inicial extremamente bem redigida e parcial.

8.3.2 O Parasitismo Concorrencial como uma Série Coordenada de Atos

O tipo de bem imaterial que será suscetível de reprodução *reiterada*⁸⁰⁸ a ponto de ser suficiente à formação do ato complexo da (x) concorrência + (y) desleal + (z) parasitário (logo, em uma só expressão ‘x+y+l+z’ = Concorrência Desleal Parasitária), (1) não deverá ser objeto (presente ou passado) de um direito de exclusiva autônomo, já que, em tal caso, a concretização dos preceitos da teoria da concorrência interdita será suficiente; (2) não deverá integrar o patrimônio comum⁸⁰⁹ de toda a sociedade, já que não é possível *a priori* obstar um titular de exercer suas faculdades jurídicas; (3) não poderá consistir em um paradigma mandatário ou costumeiro do nicho mercantil, já que inexistente deslealdade de alguém que proceda de forma ordeira e *calculável*; (4) deverá ser objeto de um *contributo mínimo* por parte da vítima face ao estado da arte; que, por sua vez, (5) não constitua em bem de natureza *necessária* ao ambiente mercantil, ou seja, que possa ser qualificado como frívolo, ainda que relativamente belo e atrativo. O item (4) é particularmente relevante, já que ninguém

808 A doutrina italiana exclui de tal *fattispecie* a ocorrência episódica da deslealdade concorrencial. Ela deve ser objeto de repetição de condutas: GRAUSO, Maria P. *La Concorrenza Sleale. Profili di tutela giurisdizionale e presso le Authority*. Milão: Giuffrè Editore, 2007, p. 80.

809 “Assim, fixada a premissa de que o prefixo TEXA, que compõe a marca do primeiro agravado, não é senão a abreviatura do Estado do Texas, Estados Unidos da América, faz-se correta a conclusão de que, já em sua origem, a forma contraída utilizada não possui suficiente distintividade; o que, via de consequência, impede a sua apropriação por um único titular, porquanto haveria sim, por esse, um aproveitamento parasitário, um oportunismo capitalista” BRASIL, TRF-2, 2ª Turma Especializada, Des. André Fontes, AC 2009.02.01.002451-6, DJ 26.02.2010.

pode ser protegido com uma *exclusividade de fato* por fazer uso de algo banal (ainda que não o fosse comumente aplicado no setor), tal como o ato de colar adesivos de seu estabelecimento comercial alimentício no bagageiro de sua moto para entregas em domicílio. Com isto não se quer defender que apenas bens que seriam autonomamente tuteláveis por direitos de exclusiva, mas que o titular não buscou tal arquitetura jurídica, são suscetíveis de proteção. O que se consigna, por argumentação, é que não é qualquer criação ou aplicação de algo conhecido que pode vir a ser tutelado contra um suposto ato de abuso do direito de concorrer. Deve haver alguma qualidade *intrínseca* (no linguajar atécnico, ‘criatividade’, ‘singularidade’) no bem imaterial.

Exemplificativamente, se um novo agente econômico que queira atuar (i) no ramo do vestuário opte (ii) por destacar um réptil⁸¹⁰ como seu signo figurativo (a exemplo de um enorme teiú), alocando-o (iii) do lado esquerdo do peito, (iv) comercializando camisas polo com dois botões com as características anteriores, (v) com uma variedade gigantesca de cores, emulando (vi) um ar francófono em sua marca nominativa (a exemplo de “Le Ceste”) apesar de ser de origem brasileira, a soma destes vários indícios – muitos deles *desnecessários* (e.g. (ii), (iii) e (vi)) – poderá constituir uma prova de um ato de concorrência desleal parasitária – partindo-se da premissa de que não há pertinentes direitos de exclusividade por parte de uma vítima. Para ser preciso, tal é um tipo de concorrência parasitária menos usual (a) já que o é exercido de forma ostensiva e sincrônica, facilitando a percepção da vítima imediata (sujeito de direito concorrente) ainda que dificulte o discernimento da vítima mediata (consumidor). O conceito típico da propriedade intelectual que mais se aproxime de tais condutas seria a de *confusão* entre ofensor e vítima.

Entretanto, se não houve pronta reação da vítima e terceiros (sujeitos de direito distintos que participam do mesmo mercado) passarem a adotar paradigmas símiles (e.g.: um eleveu como elemento figurativo um dragão de Komodo, o outro um jacaré-de-papo-amarelo, um terceiro um camaleão) para todos os demais itens (i) a (iv), é possível que tal situação cristalice uma situação jurídica subjetiva passiva de *exceção*, a exemplo da *surrectio*. Banalizando-se os elementos reproduzidos como padrões daquele específico mercado, aquilo que originalmente poderia ser visto consensualmente como uma série

810 Parte-se da premissa de que o pano não é feito com qualquer tipo de material extraído de répteis, de modo que o signo figurativo fosse interpretado como *arbitrário*, logo, um signo forte.

de atos coordenados aptos a constituição da concorrência desleal parasitária poderá gerar a perda completa da pretensão da vítima imediata.

A segunda modalidade da concorrência desleal parasitária (b) é exatamente aquela mais difícil de ser deflagrada e provada, já que exige minúcia, discrição, sutileza⁸¹¹, planejamento e alguma diacronia por parte do infrator. Ao contrário do usurpador (a) que quer gerar uma *confusão* mnemónica na vítima mediata-consumidor, o exercício de *sombra* por parte do utente da segunda modalidade (b) alude ao público interlocutor uma sensação de que este *lembra* a vítima imediata, ainda que com ela não exatamente se *pareça*. Há elementos de reminiscência, a utilização de um ou outro elemento imediatamente detectável de identidade ou aproximação ao ofendido, mas no todo podem se fazer presentes mais *diferenças* do que *semelhanças*. Se o *ente parasita* for realmente cauteloso, tal como um discreto godero, evitará ser detectado ou causar um intenso dano injusto ao ente *copiado*, pois, tal como um carrapato, a morte do corpo ofendido lhe cessará a fonte de *alimento* (*in casu*, de cliente-la). Um *parasita* talentoso e estratégico em seu ardil dependerá da relativa saúde do *hospedeiro*, não podendo afrontar o último ululantemente. Desta forma, ao contrário da hipótese (a), a curto prazo será improvável uma oportunidade de *confusão* (como é o caso da imitação servil) entre ofensor e vítima, mas provavelmente haverá uma *fattispecie* de possibilidade de *associação*⁸¹².

As reproduções parciais, ainda que mínimas, na hipótese (b) ocorrerão ao longo do tempo, espaçadas, nem sempre havendo a imediata escolha de uma imitação da estratégia eleita pelo inovador-vítima pelo reprodutor-ofensor. Muitas vezes só é possível formar os fatos geradores (sempre no plural) do parasitismo discreto após alguns anos⁸¹³; havendo mais uma distinção para com a modalidade

811 CAMELIER DA SILVA, Alberto Luiz. *Concorrência Desleal: Atos de Confusão*, São Paulo: Ed. Saraiva 2013, p. 85. DUVAL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1976, p. 314.

812 O Tribunal da Cidadania corretamente vem distinguindo a conduta confusória da meramente passível de associação. *Verbi gratia*: “No caso em comento, a afinidade existente entre o produto comercializado pelas recorrentes - pastilhas comestíveis - e aquele fabricado pela recorrida - biscoitos recheados - resulta na impossibilidade de registro do mesmo signo, sob pena de se causar dúvida no mercado consumidor. O risco, na hipótese, não é de confusão de produtos, já que ninguém compraria biscoitos pensando tratar-se de balas. O risco refere-se, em verdade, à associação das marcas” BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, REsp 1340933, DJ 15.03.2015.

813 Novamente a alusão à biologia se revela útil: um carrapato cuida de um aracnídeo que pode medir alguns poucos milímetros. Em seu primeiro contato com o hospedeiro, especialmente se o mesmo for felpudo, é possível que nem a vítima direta perceba estar sendo maculado por um chupa-sangue, inclusive

(a). No último caso, em geral, a soma dos atos ilícitos apenas *qualifica* o ato de concorrência desleal – que seria incidente de maneira *ordinária* – como *parasitário*. Contudo, nesta segunda modalidade (b), é bem provável que os atos isolados fossem insuscetíveis de serem sancionados como concorrência desleal comum; mas a soma deles que gere *associação* ilegítima entre perpetrador e vítima, resultará no ato de concorrência desleal parasitária ($'x+y2+z' = \text{ilícito}$). Uma segunda distinção entre os fatos geradores (a) e (b), é que, enquanto o primeiro poderá ser *ictu oculi* percebido, no segundo é provável que apenas uma farta documentação probatória somada ao labor pericial consiga ser suficiente à satisfação do ônus probatório do autor da pretensão inibitória e compensatória.

Circunstância mais sofisticada e complexa trata sobre a retidão qualificatória de uma série de atos do mesmo ofensor como *parasitários*, se o último copiar um elemento de cada concorrente diferente para formar sua *distintividade*. Ou seja, em uma variação das hipóteses (a) e (b) supra, cada vítima é *usurpada* uma única vez, mas simultaneamente o agente ofensor ataca o patrimônio de vários sujeitos de direito. Assim, se o agente econômico ofensor “J” (i) imita o ornamento das embalagens do concorrente “K”, (ii) reproduz todos os preços do concorrente “L” com um desconto fixo de 5%, (iii) usurpa a distintividade dos arranjos de flores com acabamentos rosados do estabelecimento virtual do concorrente “H”, (iv) acede a informações confidenciais do concorrente “G” por vias ilegítimas, e (v) utiliza as expressões de publicidade ou marketing do concorrente “F”⁸¹⁴. É indene que “K”, “L”, “H”, “G” e “F” podem ajuizar ações individuais exercendo pretensão compensatória e inibitória contra “J” por um ato de concorrência desleal; parece simples, ainda, concluir ser possível um litisconsórcio ativo facultativo de todos as vítimas do dano injusto com relação ao pleito de *concorrência desleal parasitária*; mas não é claro se seria possível que um único deles possa arguir a *fattispecie* complexa da concorrência desleal parasitária *individualmente*.

pelo diminuto tamanho do ofensor. Contudo, ao longo do tempo, o animal começa a exibir um corpo hipertrofiado pelo consumo do plasma alheio. Desta forma, mediatamente, o parasita passa a ser cada vez mais visível e menos sujeito à camuflagem. O mesmo ocorre no ambiente empresarial-concorrencial com um agente malicioso que inaugura suas atividades microempresariais, mas, após uma série de indetectáveis condutas sequenciais de concorrência desleal começa a galgar clientela, migra seu regime tributário para uma macroempresa, e passa a ter suas condutas perscrutadas pelo restante do mercado.

814 Tal é o exemplo indicado pelo culto professor BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria e prática da concorrência desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva 1989, p. 52.

Nesta última hipótese a resposta seria negativa, já que nenhum dos concorrentes gozaria de legitimidade ativa extraordinária para pleitear direito que ultrapassa a esfera jurídica própria. Não obstante, se a justaposição dos caracteres alheios constituir uma distintividade autônoma ao suposto agente ofensor que perpassasse aos requisitos peculiares ao denominado *contributo mínimo*, possivelmente tal conduta *sistemática, reiterada, e aparentemente* ofensiva possa não ser desleal. A ordenação não poderia ser utilizada para cercear *combinações criativas, originais, distintivas, utilitárias novas* mesmo que toda a genialidade estivesse circunscrita na combinação dos *ingredientes*, mas não na elaboração *ex nihilo* dos insumos *por si só*.

Contudo, tendo em vista que os atos de concorrência desleal são *pluriofensivos* (já que atinge a esfera jurídica do Estado, dos concorrentes e principalmente dos consumidores); levando-se em conta o fato de que a concorrência desleal parasitária catapulta os efeitos danosos do ato que é *ilícito* por si só; diante de um caso no qual a combinação de elementos alheios não demandou ou atingiu um *contributo mínimo* por parte do agente econômico reprodutor; cuida-se de hipótese ideal para que o *parquet* exerça sua função de *ombudsman*. Neste contexto, cabe ao legitimado extraordinário precaver o ofensor de permanecer violando a esfera jurídica concorrencial alheia, ainda que seja minucioso e discreto para evitar a reiteração do ato ilegítimo *contra a mesma vítima*.

8.4 O Denominado Aproveitamento Parasitário Sem Concorrência

Toda a severidade e atenção que a Ordenação nacional tem contra atos de concorrência desleal ordinários ou qualificado pelo *parasitismo*, não se revela pertinente em hipóteses *empresariais* que estejam fora do ambiente *concorrencial*⁸¹⁵ direto ou potencial. Em outros países como França⁸¹⁶, Itália e Estados Unidos da América (sob a rubrica do *misappropriation*), de outro lado, há um instituto autônomo para atos de *apropriação e adaptação* de bens imateriais alheios que

815 Em termos símiles, mas cotejando o ambiente publicitário, vide: MARTINS, Larissa Ferreira. *Até onde Comparar? Princípios e limitações da publicidade comparativa no atual cenário brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 161, Jul/Ago, 2019, p. 42.

816 NÉRRISON, Svlvie. França. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 214.

extrapolem do ambiente competitivo⁸¹⁷, cuja tradução pode ser realizada como *aproveitamento parasitário sem concorrência*.

Em síntese, naqueles países, tal instituto tem como embasamento teórico duas teorias peculiares: (a) a teoria do *esforço*; e (b) a teoria dos *investimentos*⁸¹⁸. Sinteticamente, a tutela contra o aproveitamento parasitário sem concorrência serviria para evitar que sujeitos de direito que não tivessem empenhado tempo, labor⁸¹⁹, ou capitais próprios em pesquisa e desenvolvimento de bens intelectuais deveriam ser manietados de enriquecer às custas alheias. Ou seja, mesmo que um agente econômico inovador (“Y”) não atue nos mercados “A”, “B” ou “C”, outro sujeito de direito (“Z”) que atue em um destes mercados deveria buscar o primeiro para obter uma licença permissiva do uso do bem imaterial⁸²⁰. Em outras palavras, tais óticas teóricas acabam expandindo a tutela de um bem imaterial insuscetível de direito de propriedade ou de lealdade da disputa de clientela, para campos que transbordem a lógica concorrencial.

Para tanto, usa-se um discurso⁸²¹ de vedação ao *enriquecimento sem causa* como complementar à tutela da concorrência desleal, em contexto nos quais não há legítima competição entre os atores (a suposta vítima do parasitismo e

817 CARVALHO, Luiz A. de. *Do Aproveitamento Parasitário da Fama de Signo Distintivo Alheio no Exame dos Pedidos de Registro de Marcas no Brasil*. São Paulo: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 10, janeiro-fevereiro de 1994, p. 46-47, o autor corretamente distingue a concorrência parasitária do aproveitamento parasitário, porém defende que a lógica de repressão à concorrência desleal no Brasil deveria vedar ambas as condutas. Não se consegue concordar com o último raciocínio.

818 Em sentido mais próximo a defesa feita neste capítulo, vide: “*In determining whether protection may be granted under tort law, in addition or in the absence of protection under intellectual property law, the Supreme Court has determined that the predominant starting point in case law is the freedom of trade. As a result, benefiting from another’s labour is allowed even if it disadvantages that person in doing so.*” Tradução livre: “Ao determinar se a proteção pode ser concedida sob a lei de responsabilidade civil, adicionalmente ou na ausência de proteção sob a lei de propriedade intelectual, a Suprema Corte determinou que o ponto de partida predominante na jurisprudência é a liberdade de comércio. Como resultado, beneficiar-se do trabalho de outra pessoa é permitido, mesmo que incomode essa pessoa ao fazê-lo” DE VREY, Rogier. *Netherlands*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 412.

819 SCIRÉ, Francesco. *Concorrenza Sleale e Sfruttamento Del Lavoro Altrui*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 98.

820 SCHECHTER, Roger E. *Unfair Trade Practices & Intellectual Property*. 2ª Edição, United States of America: Black Letter Series 2002, p. 123.

821 SOUZA, Ricardo Borges Oliveira de. *Aspectos Atuais e Relevantes do Parasitismo na Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 109, novembro-dezembro de 2010, p. 29: opinando pela aplicação da teoria da vedação ao enriquecimento sem causa para justificar o chamado aproveitamento parasitário sem concorrência.

o alegado ofensor). De outro lado, também há na doutrina estrangeira quem se manifeste contra o perigo da hipertrofia excludente de direitos de propriedade intelectual, já que tal pode representar um óbice à livre iniciativa⁸²². Neste sentido, o presente subcapítulo será dirigido a (i) discordar da existência de um fundamento constitucional, legal ou puramente valorativo para a interdição *ultra especialidade* no direito brasileiro; (ii) explanar a insubsistência da teoria da vedação ao enriquecimento sem causa para tais *fattispecie*; e (iii) discorrer sobre os perigos de uma alteração legislativa para modificar o caractere liberal corrente em tais contextos empresariais não concorrenciais.

8.4.1 Precedentes e outros Julgados sobre Aproveitamento Parasitário sem Concorrência

Apesar de o Brasil constitucionalmente consagrar um capitalismo que reúne, simultaneamente, características liberais e sociais, conforme explanado no subcapítulo 8.1, há maior tolerância às restrições privadas ao ambiente concorrencial do que ao ambiente da livre iniciativa. Contudo, isso não significa dizer, no tocante ao ambiente do aproveitamento parasitário sem concorrência, que inexistem julgados esparsos que tenham acolhido tal teoria – particularmente quando o objeto litigioso tratava de signos distintivos. Por exemplo, (a) o TRF-2 em decisão não unânime já cerceou sujeito de direito privado de obter o registro de signo coincidente a de renomada região francesa, em que pese nenhum tipo de desvio de clientela fosse sequer alegado⁸²³; (b) o mesmo Tribunal, sublinhando não se tratar de marca de alto-renome, já

822 “Todavia, por esta via, a concorrência desleal poderá transfigurar-se num regime de práticas comerciais desleais em qualquer setor de atividade económica, servindo potencialmente a monopolização da concorrência e, com isso, o seu eclipse. O alargamento em demasia do conceito de ato de concorrência acarreta a diluição do princípio da especialidade, com prejuízo para a liberdade de empresa e de iniciativa económica, convertendo em regra a exceção prevista para as marcas de prestígio” PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direito Comercial das Empresas: apontamentos Teóricos – Práticos*. 2ª Edição, Curitiba: Ed. Juruá, 2015, p. 87.

823 “A idéia singela do Direito de Marcas é exatamente a certificação de origem ao consumidor, não se justificando o uso indiscriminado de designações conhecidas, em especial, notórias, como a região de Bordeaux, ainda que para designação de produtos ou serviços diversos, vez que aí evidente a intenção de aproveitamento do sucesso alheio (uma espécie de carona), ou seja, um aproveitamento parasitário, onde mesmo sem caracterizar uma concorrência (pois são produtos ou serviços diversos no caso), procura-se extrair vantagem de marca alheia” BRASIL, TRF-2, 2ª Turma Especializada, Des. Guilherme Diefenthaler, AC 0024177-75-1996.4.02.0000, DJ 21.09.2005.

acolheu pedido de titular de signo conhecido no âmbito de gomas de mascar no sentido de vedar a apropriação de signo homônimo para o ambiente de produtos de higiene⁸²⁴, bem como de cercear a tentativa de registro de signo famoso para medicamentos de uso humano mas não operante no setor de bebidas alcóolicas⁸²⁵; e (c) a Corte Estadual Paulista já acolheu pleito de titular de registro de signos no ambiente de doces e sorvetes precatar uma campanha de lingerie de fazer menção a gostos e cheiros dos produtos açucarados alheios⁸²⁶.

Contudo, quando lides símiles⁸²⁷ foram dirimidas no ambiente do Superior Tribunal de Justiça, quatro importantes precedentes discrepam das

824 I - A marca em questão – “BUBBALOO” – possui registro em nome das apeladas na classe 33 (“doces, pós para fabricação de doces, açúcar e adoçante em geral”) e o registro que se pretende anular, em nome da apelante, foi efetuado na classe 03 (“produtos de limpeza e higiene doméstica, humana e veterinária, bem como o (sic) produtos de perfumaria, de toucador e cosméticos”). Assim, ainda que as referidas empresas dediquem-se a segmentos distintos do mercado, não se aplica, no caso, o princípio da especialidade para possibilitar a coexistência das marcas, ante a notoriedade da marca “BUBBALOO”, da parte autora, ainda que não se considere marca de alto renome, mas merecendo esta proteção diferenciada das marcas comuns e, em tal sentido, configura-se o aproveitamento parasitário, como um exercício irregular do direito que pode ocasionar dano à reputação da marca afamada e um enriquecimento sem causa por parte da empresa-ré” BRASIL, TRF-2, 1ª Turma Especializada, Des. Fed. Guilherme Calmon, AC 200002010025797, DJ 30.07.2007.

825 “Ação de nulidade da marca “VINHAGRA” de titularidade da empresa ré, em face da anterioridade impeditiva, por registro de marca “VIAGRA”, pela autora. - Irrelevante o fato de se tratar de segmentos mercadológicos distintos (um como bebida e o outro como remédio), posto que há identidade quanto ao possível resultado decorrente da utilização de produtos afins, um tratando da disfunção erétil e o outro dado como estimulante sexual (em face da catuaba), destinando-se a consumidores semelhantes” BRASIL, TRF-2, 1ª Turma Especializada, JFC Márcia Helena Pereira Nunes, AC 2006.51.01.500519-7, DJ 26.08.2009.

826 “(...) a ré não só utilizou a imagem dos picolés da autora, como também das outras tantas famosas, tais como Bubbalo, Halls e Trident. A intenção, ainda, se mostra bem clara no slogan da campanha publicitária da ré: “As balas, confeitos e outras doces delícias aterrizarão de vez no universo da moda, em cores, cheiros e estampas. E se tiver uma pitada de bom humor... melhor ainda, não? Apresentamos a nova HOPE CANDY, uma coleção de divertidas calcinhas com cores e aromas. São seis diferentes “sabores” chocolate, menta, cereja, abacaxi, coco e tutti-frutti apresentados em uma embalagem pra lá de especial!” Brincadeira ou não, a ré não pode se valer da imagem da marca da autora, sem a devida autorização (...) Por outro lado, não foi verificada a prática da concorrência desleal, pois claramente não houvera o intuito de a ré levar os consumidores em erro e causar confusão das empresas ou mesmo de usurpar da marca da autora.” BRASIL, TJSP, 1ª Câmara Privada de Direito Privado, Des. Paulo Eduardo Razuk, AC 03488518520098260000, J. 29.11.2011.

827 Para efeitos deste subcapítulo, foram excluídos os casos em que apesar da expressão *aproveitamento parasitário* ser mencionada nos votos, tratava-se (a) em verdade, de feitos em que o suposto parasitismo era em verdade concorrencial (BRASIL, STJ, 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, REsp 119.0341, DJ 28.02.2014 – ambiente concorrencial de lojas de vendas de roupas e diversos outros utensílios; STJ, 4ª Turma, Min. Marco Aurélio Buzzi, REsp 123.7752, DJ 27.05.2015 – ambiente concorrencial de veículos automotores; STJ, 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1.306.335, DJ 16.05.2017 – ambiente concorrencial de transportadora e de locadora de veículos; STJ, 4ª Turma, Min. Luis

conclusões *expansivas* de uma tutela fora do ambiente *concorrencial*. *Verbi gratia*, em julgados de ambas as Turmas de Direito Privado do Tribunal da Cidadania (d) não se acolheu pedido de titular de registro de marca famosa (notoriamente conhecida no setor de internet – “Yahoo”), porém não de alto-renome, a cercear uso de signo homônimo no ambiente de balas e doces⁸²⁸; bem como (e) não se deu provimento ao recurso especial de famosa titular empresarial de marca de champanhe que tentava inibir um titular de uma discoteca de fazer uso de marca homônima⁸²⁹; além de que (f) em lide movida por titular de registro de marca para cosméticos, na qual alegou contrafação de terceiro pelo registro de nome de domínio homônimo (‘paixão’) para rede social-virtual de índole amorosa, o Órgão Fracionário, por unanimidade, suscitou que, pela incidência do princípio da especialidade e a inexistência de uma marca de alto renome, não haveria como acolher a tese do aproveitamento parasitário⁸³⁰. Por sua vez, quando dirimiu (g) contenda pertinente a duas

Felipe Salomão, EREsp 168843, DJ 23.10.2018 – ambiente de telefones celulares e eletroeletrônicos; STJ, 3ª Turma, Min. Fátima Nancy Andrighi, REsp 1.804.035, DJ 28.06.2019 – ambiente competitivo no setor de intermediação de passagens aéreas e hospedagem; STJ, 3ª Turma, Min. Fátima Nancy Andrighi, REsp 1799164, DJ 01.08.2018 – estabelecimentos para gênero alimentício e lanchonete; e STJ, 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1.336.164, DJ 19.12.2019 – produtos de limpeza), ou (b) quando não se adentrou ao mérito recursal, negando-se conhecimento ao recurso (STJ, 3ª Turma, Min. Massami Uyeda, AgRg no REsp 1163909, DJ 15.10.2012)

828 “Diante dessa dificuldade, passou-se a falar em aproveitamento parasitário, tendo por base a noção de enriquecimento sem causa, prevista no art. 884 do CC/02, que impõe o dever de restituir aquilo que foi “indevidamente auferido”, sem qualquer vinculação com a existência de danos emergentes ou lucros cessantes. Nesse contexto, a caracterização do aproveitamento parasitário pressupõe, necessariamente, a violação da marca. (...) Tanto é assim que, entre os requisitos para registro de uma marca, está a sua novidade relativa (e não absoluta), adjetivação que restringe a noção de novidade à marca que não esteja no domínio comum ou que não tenha sido previamente apropriada por terceiro dentro dos limites de sua especialidade (...) a caracterização do aproveitamento parasitário também fica adstrita ao princípio da especialidade, de modo que só haverá violação se ambas as partes atuarem no mesmo segmento de mercado, ou se a marca for de alto renome” BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Fátima Nancy Andrighi, REsp 1.232.658, DJ 25.10.2012.

829 “No caso dos autos, o uso das duas marcas não é capaz de gerar confusão aos consumidores, assim considerando o homem médio, mormente em razão da clara distinção entre as atividades realizadas por cada uma delas. Não há risco, de fato, de que o consumidor possa ser levado a pensar que a danceteria seria de propriedade (ou franqueada) da MOET CHÂNDON francesa, proprietária do famoso champanhe. 4. Não se tratando a recorrente de marca de alto renome, mas de marca notoriamente conhecida e, portanto, protegida apenas no seu mesmo ramo de atividade, não há como alterar as conclusões constantes do acórdão recorrido” BRASIL, STJ, 4ª Turma, Min. Lázaro Guimarães, REsp 1209919/SC, DJ 19.03.2018.

830 BRASIL, STJ, 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1466212, DJ 03.03.2017.

sociedades empresárias que participariam do amplo setor de *alimentos*⁸³¹, entendeu inexistir concorrência específica entre ambas já que uma integrava o ambiente de venda de *carnes* e a outra parte apenas vendia *chocolates e doces*. Em outras palavras, o princípio da especialidade e a atuação em Estados diferentes da federação (São Paulo e Santa Catarina) seriam suficientes para pacificar a contenda, seja pela ausência de concorrência e pela inexistência de aproveitamento parasitário.

No primeiro julgado (d), a relatora consignou que a própria utilização da teoria da vedação ao enriquecimento sem causa deveria passar, primeiro, pela aferição de violação à concorrência interdita. Como não se estava dentro do ambiente da especialidade da marca registrada, simplesmente não se acolheu a argumentação do recorrente. Deste modo, a argumentação vitoriosa no precedente da 3ª Turma do STJ delineou que a argumentação sobre a vedação ao enriquecimento sem causa fora utilizada pela impossibilidade de se aplicar os critérios reparatórios do art. 208 e 210 do CPI/96, em circunstâncias em que os agentes econômicos (1) não serem concorrentes, e pelo fato de que o (2) autor do pedido não gozava de uma marca de alto renome. Em outras palavras, o voto vencedor delineou que o empréstimo da teoria acerca da incidência do art. 884 do Código Civil servia apenas para realizar uma fuga da prova de danos emergentes e dos lucros cessantes⁸³². Curiosamente, o voto vencido, que entendera pela possibilidade de tutela *extra classe* do signo distintivo da recorrente, não o fez pela acolhida da tese da vedação ao aproveitamento parasitário sem concorrência, mas sim pelo fato de crer (3) que se tratava de marca de alto renome (logo, de um direito de exclusividade excepcional); e (4) como o acesso à internet e o consumo de gomas de mascar era comumente realizado pelo público jovem, isto poderia gerar confusão no mesmo destinatário⁸³³. Ou

831 BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Fátima Nancy Andrigli, REsp 1673450, DJ 26.09.2017.

832 Tal não importa em afirmar inexistir na doutrina nacional quem defenda exatamente o contrário: GOYANES, Marcelo Martins de Andrade. *A Caracterização do Dever de Indenizar por Violação à Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 67, novembro-dezembro de 2003, p. 63-65. O Autor defende a incidência do instituto da vedação ao enriquecimento sem causa - sem distinguir o fato gerador da concorrência desleal da interdita -, mesmo nas hipóteses de cabimento da responsabilidade civil, e independentemente do empobrecimento da vítima. O autor, ainda, defende a presunção de danos com base na redação da Lei 9.279/96.

833 “Não é bem assim, contudo, pois os segmentos, aparentemente distintos, possuem forte liame no público destinatário – sendo sabido o intenso acesso jovem à Internet, bem conhecedor, portanto,

seja, a discrepância entre voto prevalente e dos votos vencidos restou cerrado na existência de violação ao registro de marca⁸³⁴.

Em síntese, o posicionamento do Tribunal responsável pela uniformização da *ratio decidendi* em feitos nos quais se disputa a hermenêutica sobre a legislação federal é seguro *contra* pedidos de aplicação de vedação à cópia de signos distintivos que não estejam na mesma especialidade, ou que não se trata de marca de alto renome. De outra feita, boa parte dos julgados em que a expressão *aproveitamento parasitário* surge como *obiter dictum* tratam de contendas *intra-concorrenciais*, podendo no máximo ser pertinente para o fenômeno da concorrência desleal parasitária ou da contrafação de direitos de exclusividade. Neste sentido, em que pese não ter havido a apreciação de outras formas de *aproveitamento parasitário* não-concorrenciais, afora as já mencionadas disputas de signos distintivos (e.g.: uso de segredos, questões reputacionais, ou publicitárias fora do eixo de disputa de clientela), é possível afirmar que se prestigia a liberdade de iniciativa como fenômeno capitalista e socialmente benquisto.

Entende-se, desta forma, que razão assiste às normas obtidas nos referidos julgados do Superior Tribunal de Justiça já que (i) cerceiam ataques de abuso da liberdade concorrencial de um lado quando os aspectos incontroversos dos autos delinearam, mas (ii) não hipertrofiaram intervenções ou tentativas de manietação da livre iniciativa fora do eixo concorrencial, de outro lado.

8.4.2 A Ultraespecialidade como Exceção

dos produtos YAHOO!, e bem sabido, ainda, que acentuado o consumo do produto da Recorrida, os “chicletes” ou gomas de mascar, pelo mesmo segmento jovem usuário da internet. 9.- Como se vê, bem caracterizado o denominado aproveitamento parasitário da Marca de Alto Renome, patente, ademais, no fato da memorização instantânea do nome do produto (as gomas de mascar) devido à disseminação do conhecimento do nome YAHOO! vinda da internet, para o mesmo público consumidor” Voto vencido do Ministro Sidnei Beneti no STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrigli, REsp 1.232.658, DJ 25.10.2012.

834 “(...) peço licença à eminente Ministra Relatora para acompanhar a divergência, porque a argumentação desenvolvida pelo Sr. Ministro Sidnei Beneti me impressionou, no sentido de que já havia uma caracterização do fato na perícia, que reconhecia a marca como de alto renome, e todos os desdobramentos de seu argumento” Voto vencido do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrigli, REsp 1.232.658, DJ 25.10.2012.

Os direitos patrimoniais de propriedade intelectual são delimitados no tempo, no espaço, e qualitativamente protegidos “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (assim narra o sufixo do art. 5º, XXIX, da CRFB). A razão de tais limites (exógenos) e delimites (endógenos) serve como forma a contrabalancear o desenvolvimento *dinâmico* através de entraves *estáticos*, à exemplo da escassez e do controle das faculdades sobre determinada criação durante um tempo determinado *ex ante*.

Deste modo, além do domínio público da parcela patrimonial dos bens imateriais ser sujeito a termo (fato futuro e certo), e não à mera condição resolutiva (fato futuro e incerto), até mesmo na vigência de tais direitos de exclusividade, há muitas causas de inoponibilidade que protegem terceiros contra eventual anseio possessório do titular. Por exemplo: (a) no ambiente do direito de autor, a Lei 9.610/98, ressalva liberdades gratuitas sobre a utilização não autorizada de obra alheia em contexto de ensino; (b) no contexto das patentes, a Lei 9.279/96, não permite um pleito de abstenção contra aquele que realiza testes com a tecnologia patenteada para fins de estudo e pesquisa; (c) no nicho das variedades vegetais, a Lei 9.456/97, obsta que o titular das cultivares cerceie o pequeno agricultor de multiplicar sementes para doação e troca entre os seus pares.

Se, até mesmo no nicho econômico para o qual o direito de exclusividade foi constituído, há restrições às faculdades proprietárias, a liberdade dos não-proprietários fora de tal âmbito é quantitativa e qualitativamente mais extensa. Desta forma, (a) um crítico literário tem maior autonomia de redigir um editorial crítico sobre um produto audiovisual que estreou na tela dos cinemas daquela semana do que teria um proprietário de um complexo de cinemateca de exhibir, sem a prévia e expressa autorização dos titulares dos direitos autorais, aquela *obra* criticada. O mesmo poderia ser dito de uma aula de química-farmacêutica no colegial que fizesse experimentos sem o consentimento do titular usando a tecnologia (b), ou em uma aula campal de agronomia o docente que empregasse, sem a ciência do proprietário, técnicas da cultivar (c) protegida.

Em nenhum dos casos narrados acima haverá *disputa* de clientela entre indústria cinematográfica e crítico cultural; entre indústria de medicamentos e a formação técnica de jovens adolescentes; e, por fim, entre indústria de insumos alimentícios de a educação universitária. Em comum, os três exemplos anteriores denotam que a *área de especialidade* dos titulares de bens imateriais não coincide com a seara da *especialização* dos terceiros não-titulares. Não há concorrência real, potencial ou mesmo imaginária.

Sob o ponto de vista do titular, acaso a legislação proibisse qualquer tipo de acesso ao bem imaterial sem a prévia e expressa anuência do titular, mesmo em ambientes nos quais não haveria qualquer benefício ou interesse direto para si, tratar-se-ia de uma *tutela desproporcional e desnecessária*. *Mutatis mutandi*, seria como se um proprietário de uma fazenda pudesse cercar um avião de sobrevoar a onze quilômetros de altura tal bem de raiz, já que seu direito de exclusiva incidiria *a caelo ad infernum*. Veja-se que é um pensamento bastante razoável em um contexto feudal para o beneficiário da corveia, mas jamais seria compatível com uma economia capitalista de mercado e para um Estado Democrático de Direito que deve sopesar outros núcleos de interesses.

Em outras formas de criações imateriais, no contexto dos signos distintivos, a mesma regra de observância a terceiros incide, a exemplo do princípio da especialidade das marcas, dos nomes de empresa, dos nomes de domínio etc. Por tais arquétipos, se um agente econômico ('G') adquire um registro proprietário de uma marca na classe de eletroeletrônicos pessoais (e.g. barbeadores de luxo), *a priori* não circunscreve que alguém ('D'), sem qualquer vínculo societário com o primeiro, pleiteie exclusividade homônima e com identidade figurativa para a venda de instrumentos musicais. A mera coincidência de signos não é sinal de confusão ou mesmo de associação. Tratando a liberdade (de iniciativa) como regra e as exclusividades como peculiares restrições, a Lei 9.279/96 trata a tutela da ultraespecialidade como algo excepcionalíssimo⁸³⁵, e como o próprio texto denota *especial*.

Se todos os signos tivessem uma *tutela* ordinária de ultraespecialidade, tal significaria dizer que (i) um número finito e diminuto de marcas nominativas advindas de termos já existentes (marcas arbitrárias, evocativas e descritivas) seria tutelável, de modo a excluir aqueles empreendedores que desejassem ingressar em um mercado como sua própria marca; (ii) tal poderia hipertrofiar o valor intrínseco dos signos, causando custosas barreiras à entrada⁸³⁶; e (iii) muitos agentes econômicos não próximos serviriam de empecilho uns

835 CPI/1996: "Art. 125. À marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade".

836 Analisando o impacto econômico das marcas e dos custos de publicidade como barreiras à entrada, vide GLAIS, Michel. *L'analyse économique de la clientèle*. In. CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000, p. 21.

aos outros (imagine-se que a fábrica de biscoitos de polvilho “Globo” pudesse circunscrever o império de mídia homônimo de se identificar por tal marca).

De outro lado, exclusividades *transbordantes*, mas que só fossem objeto de utilização em um nicho específico, impossibilitariam o cumprimento de genuína função social e um fluxo comercial da economia de mercado, tal como (a) um latifúndio cujo proprietário só dá destinação a cinco ou a dez por cento do total da extensão de sua exclusividade; ou (b) que países pudessem impedir o fluxo de navios para além da plataforma continental e até o alto-mar, apesar de só darem destinação àquilo que ocorre na zona contígua. Em um ambiente de artificial *escassez* de titularidades, tamanha concentração de poder jurídico e econômico pode ser fatal a quem arrecada tributos, àqueles que desejam empreender e para uma compreensão de que seres não apenas *existem*: eles coexistem.

Entretanto, situações de alegado *parasitismo reputacional* tem motivado estudiosos a proporem a *ultraespecialidade* como premissa maior e ordinária no ambiente de tutela dos bens imateriais. Por exemplo, no Projeto de Lei do Senado Federal 487 de 2013 (de autoria do Senador Renan Calheiros do PMDB) que visa a reforma do Código Comercial⁸³⁷, dois dispositivos tornariam *ilegais* o denominado *aproveitamento parasitário* sem concorrência⁸³⁸. A lógica havida na proposta é a de que a tutela de investimentos pudesse prevalecer em face de outros marcos fundantes da ordenação jurídica, tal como a *livre iniciativa* (para quem não disputa clientela com outrem), a *função social*

837 Lei 566/1850. Por sinal, há dispositivo curioso em vigor no Código Comercial que trata de atos de concorrência desleal (que cuida da “sedução de marinheiro): “Art. 500. O capitão que seduzir ou desencaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação será punido com a multa de cem mil réis por cada indivíduo que desencaminhar, e obrigado a entregar o marinheiro seduzido, existindo a bordo do seu navio; e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estadias da demora”.

838 BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei do Senado 487/2013: “Art. 153. Concorrência ou conduta parasitária é o aproveitamento, sem a devida autorização, do potencial de resultados econômicos de marca, nome empresarial ou outros sinais distintivos alheios, de apelo publicitário notoriamente associado a outra empresa ou, por qualquer meio, de investimentos realizados por outrem na exploração de sua atividade econômica. Art. 154. São exemplos de parasitismo: I – a equiparação do produto ou serviço ao de outro empresário, concorrente ou não, feita com o propósito de difundir informação, insuscetível de comprovação objetiva, sobre as qualidades dos que oferece ao mercado; e II – a utilização de qualquer elemento de estabelecimento empresarial de outro empresário, concorrente ou não, especialmente os intangíveis, que possibilite a vantagem indevida de não ter que realizar determinado investimento na própria empresa”.

das titularidades (já que o óbice extraclasse não seria necessariamente compensado com uma atuação em diversas classes por parte do proprietário), e a vedação ao *paternalismo*.

Em outras palavras, a prevalecer tal Projeto de Lei, os signos distintivos em geral se tornariam *marcas de alto-renome* e a causa de tutela da propriedade intelectual se desviaria do sufixo do art. 5º, XXIX, da CRFB, já que uma *obrigação de meio* (investimento/esforço/publicidade/fama setorial) acabaria por superar a importância das *obrigações de resultado* (atuação efetiva e em conformidade à legalidade constitucional em toda a extensão na qual se recebe tutela). De uma forma peculiar, tal hipertrofia de tutela acaba por confundir a larga amplitude do direito empresarial, com um recorte muito específico deste que é a seara da concorrência no ambiente privado.

Para além do equívoco de premissas quanto à causa de tutela, em uma análise pragmática, verifica-se que a política pública que fundamenta o temor ao *parasitismo* extra-concorrencial pode causar mais danos do que benefícios. Por exemplo, no Brasil, a marca *continental* tem seu mais antigo registro em vigor (26.05.1936⁸³⁹) para (i) produtos de tabaco em favor da companhia Souza Cruz (registro 2523272). Se tal Projeto de Lei estivesse em vigor desde o momento em que pleiteou tal registro, a companhia de cigarros poderia ter cerceado a obtenção de tal titularidade homônima (ii) em favor de companhia (Continental Reifen Deutschland) produtora de pneumáticos (registro 3352064 de 19.04.1938); (iii) de sociedade empresária (Ambev S.A.) produtora de bebidas e xaropes (registro 3164810 de 11.07.1955); e (iv) de companhia (Ford Motor Company) produtora de veículos automotores e peças de reposição (registro 3220133 de 17.01.1956). Tendo em vista que a marca de seu cigarro angaria certa fama setorial, seu direito de exclusividade precataria setores econômicos não concorrentes de terem a atuação fazendo uso de signo coincidente.

Teria tal titular vitorioso (em termos cronológicos) ao sistema atributivo que ignora os segmentos concorrenciais realizado mais riquezas se atores não concorrentes estivessem manietados de usar sua liberdade de iniciativa? Estaria o titular primogênito protegido contra alegações acerca da caducidade de seu signo de (vigência vertical e horizontal) pela mera demonstração de uso na classe de drogas lícitas? Não se consegue concordar com tais assertiva. De outro lado, o próprio trâmite de projeto legislativo com uma proposta mar-

839 Dados extraídos no site da autarquia federal INPI, acessado em 12.07.2020, às 16:54.

cadamente feudal serve a um propósito elementar – que é o de recordar que na ordenação nacional vigente não há lei que impeça a liberdade de iniciativa extra-concorrencial de fazer uso e de transformar o contexto de um bem intelectual, ainda que este tenha sido concebido por outrem.

Para além da liberdade de iniciativa em si e da ausência de concorrência (e logo da irrelevância do *vocativo* deslealdade), a causa da ausência de uma interdição *sem fronteiras* da utilização do bem intelectual de origem alheia é a que o direito não protege as *meras ideias*⁸⁴⁰, *planos*, ou *tipos abstratos*. Por mais que uma criação intelectual seja a concretude expressiva, estética, utilitária, ornamental ou distintiva em um setor no qual seu titular efetivamente atua, tal não vai além de um teor abstrato para ambientes nos quais inexistiria um exercício econômico do titular. Ou seja, em essência, a lógica de tornar ilegal o denominado *parasitismo* não competitivo é a de coibir a virtude da proatividade includente e a de premiar a inércia da hipertrofia excludente.

Assim, quem não cria um bem imaterial *ex nihilo*, mas se inspira em agente econômico não titular de uma marca de alto renome, ou com base em uma técnica protegida por segredo de negócio fora de seu mister profissional para realizar uma transformação criativa, não comete ato ilícito. Boa parte das criações intelectuais tuteláveis pelo direito de propriedade intelectual advieram de um processo de inspiração, cópia e transformação de um segmento para outro (a exemplo de uma medicação veterinária servir de base de pesquisas para medicamentos para seres humanos; ou determinada prática plástica em pinturas artísticas servir de inspiração para técnicas industriais de pig-

840 CPI/1996: “Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: I - descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; II - concepções puramente abstratas; III - esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética; V - programas de computador em si; VI - apresentação de informações; VII - regras de jogo; VIII - técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para aplicação no corpo humano ou animal; e IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais”. Por sua vez, na LDA/1998: “Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras”.

mentação). A proposta de interdições supracompetitivas acaba por proteger *meras ideias* (pois tal é a natureza de um bem imaterial fora de seu âmbito de uso) em detrimento das *vicissitudes criativas* sobre tais insumos em outros setores da atuação econômica. Há, com isto, uma restrição severa à circulação de informações, às práticas culturais e à própria lógica benéfica do desenvolvimento dinâmico pela possibilidade de obsolescências recíprocas de agentes econômicos uns para com os outros.

Desta forma, seja (1) pelos valores capitalistas em prol da liberdade de iniciativa;⁸⁴¹ (2) pela necessidade do sinalagma entre tutela e função social para os demais núcleos de interesses partícipes de uma relação jurídica que tenha como objeto um bem de produção; (3) pela limitação combinatória existente entre um signo e uma língua, gerando escassez para a criação de marcas que sejam absolutamente inéditas; (4) pela inexistência de concorrência direta ou potencial a ser tutelada pelo valor da *lealdade* em exclusivas transcendentais; ou (5) pela edificação de precedentes firmes do Superior Tribunal de Justiça que delimitam a tutela dos bens imateriais para os contextos competitivos, ou para excepcionais hipóteses de transbordamento reputacional; não há compatibilidade entre tal ponto do Projeto de Lei do Senado Federal e a Constituição Federal em vigor.

8.5 Inaplicabilidade da Teoria da Vedação ao Enriquecimento sem Causa

Cientes de que (a) inexistente Lei que proíba a utilização de bens imateriais criados por outrem fora do ambiente competitivo; e (b) os precedentes do STJ são firmes no sentido de que a área de atuação delimita direitos de propriedade intelectual, com exceção às marcas de alto renome; alguns agentes econômicos e autores fazem alusão à fonte obrigacional da vedação ao enrique-

841 Pelo texto dos autores, apenas a legalidade estrita na Constituição Capitalista-Social de 1988 poderia legitimar uma interdição à liberdade de empreender: ANDRADE, José Maria Arruda de & PINTO, Alexandre Evaristo. *Da Livre-Iniciativa na Constituição Federal de 1988*. In: NUSDEO, Fábio (Coordenador). *A Ordem Econômica Constitucional*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 108. Logo, não havendo Lei que impeça a inspiração fora da tutela concorrencial e sua, sucessiva, reprodução, o aproveitamento – parasitário ou pontual – de conceitos alheios seria legítimo.

cimento sem causa⁸⁴² como arquitetura jurídica hábil ao óbice ao chamado *parasitismo não concorrencial*. Para tanto, aludem que terceiros colheriam os frutos de seu labor intelectual⁸⁴³. Entretanto, tampouco parece coerente com as bases teóricas de tal fonte das obrigações seu empréstimo argumentativo sem o preenchimento dos requisitos⁸⁴⁴ de incidência⁸⁴⁵.

Em primeiro lugar, a ótica de *causa*⁸⁴⁶ no enriquecimento dos agentes econômicos não é unívoca, a depender o segmento relacional típico ao direito privado, pelas mesmas razões pelas quais a *boa-fé* pode ser um mesmo significante, de distintos significados a depender (i) do ambiente do *primeiro*, do *segundo* ou

842 “A causa, aqui, aparece-nos como justificação da atribuição patrimonial que foi obtida. Vai à origem, para procurar o fundamento daquela atribuição. Mas não se discute o valor dos atos que precedem o enriquecimento. Pode não haver até no ato nenhum a examinar. Assim, se foram depositados num terreno marginal pela corrente, materiais arrancados de prédios alheios pode (sic) pôr-se esta problemática, e não há sequer ação humana. O que se pergunta é se aquele empobrecimento/enriquecimento, que não é por hipótese atingido por outros institutos jurídicos, se deve ter por justificado ou se pelo contrário merece reação”. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria geral, Relações e situações jurídicas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª. Edição, 2010. p. 133.

843 “A modalidade mais clara de enriquecimento é aquela originada de uma transferência patrimonial, como no caso de pagamento indevido, ou quando o proprietário recebe a coisa com benfeitorias realizadas pelo possuidor. Contudo, há também o enriquecimento gerado pela exploração de bens, trabalho ou direitos alheios” KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*. In TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Obrigações – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005. p. 381.

844 “São pressupostos da ação que visa afastar o enriquecimento sem causa, pela doutrina tradicional: a) O enriquecimento do *accipiens*, b) o empobrecimento do *solvens*; c) a relação de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) a inexistência de causa jurídica prevista por convenção das partes ou pela lei e) a inexistência de ação específica”. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Ed. Método, 5ª. Edição, 2010. p. 58.

845 SILVA, Rodrigo da Guia. *Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes*. Rio de Janeiro: Civilistika, ano 5, número 2, 2016, p. 7, disponível em <https://civilistika.emnuvens.com.br/redc/article/view/627/470>, acessado em 02.02.2021, às 21:19, suscita que tanto a vedação ao enriquecimento sem causa quanto o lucro na intervenção visariam a “restauração do equilíbrio patrimonial anterior a ocorrência do fato originador”. Com razão o autor. Contudo, entende-se pela inaplicabilidade de tanto um quanto o outro instituto nas hipóteses de alegado aproveitamento parasitário sem concorrência, exatamente pelo fato de que não há direito da ‘vítima’ a interditar um mercado em que não atua, bem como há causa jurídica para que eventuais interessados se inspirem nos outros para, em contextos distintos da confundibilidade ou da associação exercer sua livre iniciativa.

846 “A noção de causa deve ser entendida como um título jurídico idôneo a justificar o enriquecimento. Na ausência deste título, originária ou superveniente, com presença dos outros requisitos, haverá obrigação de restituir”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil – Teoria geral das Obrigações*. São Paulo: Ed. Forense, 23ª. Edição, 2010. p. 278.

do *terceiro* setor; bem como (ii) se os sujeitos de direito coexistem em um plexo *consumerista, civil ou comercial*; e se (iii) há uma relação jurídica anterior e vigente no que tangem as partes. Um sujeito de direito que resolve circunscrever suas atividades no ramo de brinquedos infantis, por mais renomado que se torne, não tem legitimação jurídica hábil a inibir que terceiros explorem *conceitos criativos* símiles no comércio de gado nelore⁸⁴⁷. A própria atuação do segundo agente econômico envolve uma série de riscos ínsitos ao capitalismo que podem gerar *prejuízos* ou *lucros*. Teses sobre *parasitismo não concorrencial* e seu pseudo-diálogo para com a vedação ao enriquecimento sem causa só brotam diante do sucesso alheio, como se o inerte só pudesse partilhar as benesses, mas não sofrer com os ônus de um outro segmento comercial.

Em segundo lugar, apesar de inexistir uma responsabilidade civil que incida sobre atos empresariais não-concorrenciais desta sorte, segundo uma parcela da doutrina, tampouco se poderia falar de vedação ao enriquecimento sem causa na ausência de um efetivo *empobrecimento* do *solvens*⁸⁴⁸. A despeito da outra parcela teórica⁸⁴⁹ ser entusiasta da superação de tal requisito, além de não se endossar tal recorte expansivo ao instituto do art. 884⁸⁵⁰ e seguintes do Código Civil, não parece haver em tais hipóteses sequer uma lógica de *dano*. Alguém que não explora um setor econômico não tem sua esfera patrimonial afetada – positiva ou negativamente – pelo atuar de outrem. Sequer seria o caso de ventilar *lucros cessantes*, já que não se trata de lucratividade que deixou de ser percebida diante da *probabilidade objetiva* de sua aferição. Quem elege a inércia extra especialidade como mister simplesmente não tem quaisquer possibilidades de ser credor de um aviamento. Logo, ainda que se possa ventilar no enriquecimento do *accipiens* – do sujeito que se inspirou em

847 Suscitando a inaplicabilidade da teoria da vedação ao enriquecimento sem causa como forma de burlar a especialidade do sistema dos signos distintivos, vide MOSCO, Luigi. *La Concorrenza Sleale*. Naples: Casa Editrice Dottores Eugenio Jovene, 1956, p. 185-186.

848 ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. Volume 1. 10ª Edição, Coimbra: Almedina, 2000, p. 492, tratando do uso não autorizado de propriedade intelectual alheia o autor português faz uso da expressão às custas de outrem, como mais própria para caracterizar o requisito, independentemente da lógica matemática do *empobrecimento*. A ideia, entretanto, permanece a mesma.

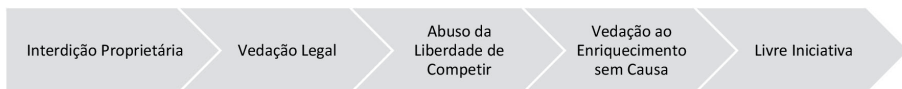
849 KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Enriquecimento sem causa e pagamento indevido*. In TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Obrigações – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005. p. 385.

850 CC/2002: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

outrem de outro ramo, ou do mesmo ramo, mas fora da geografia (ex.: agente econômico na Tailândia e outro que só atua no Suriname) –, certamente não haveria correlação direta e imediata com o *empobrecimento* do originador do bem imaterial. Simplesmente não há dano, inexistente responsabilidade civil (nem a de pressuposição), afastando a incidência do instituto da vedação ao enriquecimento sem causa.

Não obstante, em terceiro lugar, é preciso frisar que há uma *causa* legítima a justificar o enriquecimento do terceiro não concorrente, ainda que não tenha sido o originador da *ideia* ou do *bem imaterial* proveniente de um outro ramo: a livre iniciativa do sistema capitalista. É exatamente para incentivar a atividade empresarial que não se precata a oportunidade de se realizar lucros – por mais vultosos que possam ser e mesmo que não tenham sido destinados ao originador intelectual em seu próprio ramo –, sendo a causa de tutela a *assunção de risco* e a inexistência de uma *deslealdade*, já que sequer houve concorrência. Aquele que exerce sua livre iniciativa, emprega, organiza, transforma, adimple tributos e paga salários tem neste atuar uma legitimação causal ao seu enriquecimento.

Por fim, em quarto e derradeiro lugar, há um fundo de paternalismo na tese de aplicação subsidiária da teoria da vedação ao enriquecimento sem causa em ambientes empresariais. Explica-se: (1) o agente econômico pode pleitear direitos de exclusividade para um seguimento (ex.: patentes, desenhos industriais, marcas) ou para vários (típico do ambiente distintivo); (2) há hipóteses que, mesmo na ausência de um direito subjetivo de propriedade, a própria Lei proíbe determinados atos, tornando tal potência competitiva em concorrência ilegal; e (3) afora tais circunstâncias, em casos nos quais tais bens intelectuais não são tuteláveis via concorrência interdita ou ilegal, ainda seria possível se falar em vedação à concorrência desleal. Longe de tais hipóteses, a incidência é a do domínio público, da liberdade de iniciativa e do oportunismo capitalista lícito. A argumentação da vedação ao aproveitamento parasitário sem concorrência, pela conexão do instituto civil da vedação ao enriquecimento sem causa, é a criação de uma artificial (4) barreira à liberdade dos demais núcleos de interesses (Estado, Consumidores/Sociedade, Meio Ambiente, Outros Criadores).



Não há compatibilidade de tal proposta, excludente da liberdade de iniciativa, quando desproporcionalmente se propõe tamanha ablação à autonomia empresarial extra concorrencial. Tal como no próprio andar competitivo é preciso recordar ao leitor que há forma *justas* de se causar dano, mas que no caso do discurso da vedação ao enriquecimento sem causa fora do eixo da concorrência, da confusão ou da associação, em verdade se trata de danos hipotéticos.

8.6 Conclusão

Os atos de concorrência desleal são situados em relações empresariais nas quais há disputa de clientela efetiva, ou ao menos potencial. Neste contexto, é mais comum que o concorrente desleal atue cirúrgica e pontualmente em desfavor de outrem, sendo tal conduta suficiente para uma severa reprimenda na seara cível.

Entretanto, a situação jurídica da concorrência desleal parasitária exige necessariamente a *reiteração* do agir ilícito, em uma situação símile ao *curso de condutas danosas* típicas ao direito penal. Em tais circunstâncias é necessária uma sanção mais severa contra o infrator, já que o bem jurídico da lealdade concorrencial será afetado em um número exponencial de vezes, bem como submeterá os demais núcleos de interesses (Estado, consumidores, meio-ambiente) à externalidades negativas severas.

No ambiente do ofensor reiterado de agires competitivos abusivos, nota-se dois tipos de arquiteturas comuns: (a) a ostensiva, que é mais simples de ser notada e, apesar de causar danos reiterados, é mais fácil de ser sancionada por condenações inibitórias e compensatórias contra os atos confusórios; e (b) a camuflada, perceptível apenas a médio e a longo prazo, mas que acaba por erodir a diferenciação entre os agentes econômicos inovadores e aqueles que atuam como uma *sombra* de sucção energética do aviamento. Independentemente de qual o proceder do ofensor, é necessário maior atenção com a *fattispecie* (b) que pode causar a associação indevida e iludir consumidores efetivos ou potenciais.

Entretanto, não há que se falar em uma hipertrofia das sanções aos abusos do direito de competir *pontual* (concorrência desleal ordinária) ou *cíclica* (concorrência desleal parasitária) fora dos eixos de disputa de clientela. Não há lei no Brasil que precathe o uso de signo – ainda que famoso – sem alto renome fora do eixo de atividade do originador, funcionando tal conclusão independentemente da variação do bem intelectual. Os eixos de atuação econômica delimitam a *causa* de tutela da propriedade intelectual, em especial naquilo que (i) foge aos limites do título proprietário; (ii) não se encontra proibido por Lei; e (iii) não se delinea no campo do *abuso de competição*. O aproveitamento parasitário sem concorrência é um mito que não encontra guarida jurídica no Brasil, podendo ser encarado como vertente anticapitalista, excludente, inibidora da livre iniciativa, e paternalista.

Sem prejuízo de tais conclusões, o fato de não ser possível cuidar da incidência da teoria da concorrência desleal para ambientes de *amadorismo*, do *personalismo* e da *infungibilidade* objetiva, não afasta dos liames de rivalidade a pertinência da teoria da vedação ao enriquecimento sem causa. É exatamente em tais feixes relacionais que a teoria positivada no art. 884 do CC/2002 encontra sua guarida, ainda que o mesmo não possa ser dito das relações tipicamente empresariais sem feixe concorrencial.

Qualquer proposta teórica que encare a liberdade de iniciativa como *fat-tispecie* de quinta geração (antecipado pelo direito subjetivo de propriedade, seguido por concorrência ilegal, que tenha como sucedânea a concorrência desleal e como soldado de reserva a vedação ao enriquecimento sem causa ou o aproveitamento parasitário sem concorrência), simplesmente ignora a alocação topográfica de tal tipo entre os princípios fundacionais da República (art. 1º, IV, da CRFB).

(9) A Responsabilidade Civil no Ambiente da Concorrência Desleal

9.1 Introdução; 9.2 O Dano e o Papel da Culpa no *Quantum Debeatur*; 9.2.1 Danos patrimoniais; 9.2.2 Danos extrapatrimoniais; 9.2.3 Danos e Reiteração de Conduta pelo Ofensor; 9.3 A Valia da Tutela Inibitória e a Reparação *in Natura*; 9.4 Conclusão.

9.1 Introdução

A concorrência desleal não se manifesta, ao menos imperativamente, como (i) uma consequência da violação aos direitos de propriedade da vítima⁸⁵¹ (direitos de oponibilidade *erga omnes* incidentes sobre bens individualmente pertinentes), (ii) desrespeito à universalidade do estabelecimento (direito de oponibilidade real sobre o conjunto dos bens: perfil objetivo da empresa)⁸⁵², ou, ainda, (iii) infração aos valores da personalidade da pessoa jurídica⁸⁵³. Trata-se, antes de tudo, de um exercício ilegítimo do ofensor que transgredir a “expectativa razoável de um padrão de competição”⁸⁵⁴, traduzido

851 Já que em tal caso, como explanado no capítulo sobre a trilogia das formas de se perpetrar a concorrência ilícita, tratar-se-ia de vilipêndio à concorrência interdita.

852 CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré de. Responsabilidade Civil Concorrencial. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

853 Em sentido contrário, vide ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 3ª Edição, Milão: Editore Dott A. Giuffrè, 1960, p. 205. Na toada do que ora se defende, vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVII. 4ª Edição, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 271 e MOSCO, Luigi. *La Concorrenza Sleale*. Napoles: Casa Editrice Dottores Eugenio Jovene, 1956, p. 93 e 94. O autor italiano, inclusive, faz severas críticas a Kohler que, na Alemanha, defende entendimento próximo ao de Ascarelli sobre o assunto. BARRETO FILHO, Oscar. A Contribuição e Tullio Ascarelli à Teoria Jurídica da Concorrência Empresarial. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 38, abril-junho de 1980, p. 23, destaca a influência dos pensamentos de Ramella, Di Franco, Ghiron e Valeri no pensamento de Tullio Ascarelli sobre a tutela da concorrência desleal ter como mote a personalidade do empresário ou da sociedade empresária.

854 BARBOSA, Denis Borges. *A concorrência desleal, e sua vertente parasitaria*. Rio de Janeiro: site pessoal do autor http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/concorrenca_desleal.pdf, acessado no dia 19.09.2020, às 18:48.

no *abuso do direito*⁸⁵⁵ (público e privado) quanto à liberdade de competir, cuja práxis – em contraste com o mercado relevante específico – se revela inapropriada. Com isto, não se está a afirmar a impossibilidade de um concurso de ilícitos em que o concorrente, concomitantemente, ataca a titularidade de direito real alheia (ou de qualquer outro direito subjetivo⁸⁵⁶) e vilipendia aspecto reputacional autônomo (*status*) não contemplado por concorrência interdita. Entretanto, o primeiro tipo de ilícito (fato gerador) não se confunde com o segundo, bem como não unifica as diversas qualidades da tutela (a primeira mais intensa e com fatos geradores simples e a segunda mais branda, com hipóteses de incidência complexa). Ou seja, não se está a afirmar que direitos subjetivos de índole possessória (meros pedidos de registro de marca, signos distintivos não sujeitos ao sistema atributivo de direito, segredos, boa reputação etc.) sejam invulneráveis aos atos de concorrência desleal, ou que não possa haver a coincidência incidental entre tutela possessória e a conformidade de competições leais.

Factualmente, a concorrência desleal surge quando o ato abrasivo, calculável, regular e normalmente destrutivo é exasperado, desviado, distorcido com a potencialidade concreta de causar danos injustos⁸⁵⁷ através de *atalhos* econômicos censuráveis. Por ser peculiar ao abuso do direito⁸⁵⁸ (art. 187 do Código Civil de 2002), trata-se de fato típico que atrai a responsabilidade ob-

855 Neste sentido, vide PÉREZ, Eva Domínguez. *Competencia Desleal a Través de Actos de Imitación Sistemática*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003, p. 35.

856 Sobre o fato de que a tutela contra atos de concorrência desleal não diz respeito a direitos subjetivos da vítima, mas sim um dever de se abster a extrapolar os danos regulares da concorrência leal, vide ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 232.

857 Criticando a nomenclatura de origem italiana e, tendo em vista que o sistema brasileiro é de tipicidade aberta à reparação civil, propondo outra dicotomia (não a do dano justo/injusto), mas a do dano pertinente/impertinente, vide CATALAN, Marcos Jorge. *A Morte da Culpa na Responsabilidade Contratual*. 2ª Edição, Indaiatuba: Ed. Foco, 2019, p. 38. De outro lado, dentro do que se defende neste texto, no sentido de que apenas o dano injusto advindo de um ato de concorrência é suficiente a atrair a tutela contra atos de concorrência desleal, vide PÉREZ, Eva Domínguez. *Competencia Desleal a Través de Actos de Imitación Sistemática*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003, p. 148. Narrando a concorrência leal como geradora de dano justo (ou seja, insuscetível de responsabilidade civil), vide GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 34.

858 É merecedor de citação curioso julgado que entende a concorrência desleal como conduta típica ao abuso do direito, mas, ainda assim, entende pela pertinência da responsabilidade civil subjetiva: BRASIL, TJRJ, 16ª Câmara Cível, Des. Lindolpho Morais Pinho, AC 0039529-12.2010.8.19.0021, DJ 08.06.2018.

jetiva ao ofensor⁸⁵⁹ - de modo que as intenções do último não são essenciais a caracterização de sua incidência⁸⁶⁰. É importante distinguir que, aqui, não se está a tratar, contudo, das hipóteses de incidências criminais das condutas de concorrência ilícita (seja esta pela modalidade ilegal, a interdita ou a desleal), para as quais o dolo é elemento do tipo. Aliás, um segundo fundamento – talvez menos convincente do que o primeiro, é verdade – da tutela à lealdade concorrencial (cível) confirma a irrelevância do aspecto *culposo*⁸⁶¹, ao menos, para a incidência da responsabilidade civil nestes casos no Brasil⁸⁶²: o ato de concorrer gera riscos paradigmáticos tanto aos competidores em si (perfil endógeno ou recorte micro), quanto aos demais núcleos de interesses próximos que podem (e geralmente ocorre de) ser atingidos pela deslealdade (perfil exó-

859 Sobre a cláusula de imputabilidade objetiva de responsabilidade baseada no art. 187 do CC/2002, vide USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade Civil por Ato Lícito*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 93; ainda LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010, p. 165. BRAGA, Cristiano Prestes & BARCELLOS, Milton Lucidio Leão. *A Perícia Técnica para Apuração das Perdas e Danos no Curso do Processo de Conhecimento em Ações Ressarcitórias por Violações da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 132, setembro-outubro de 2014, p. 23: os autores defendem responsabilidade independentemente de culpa com base na LPI. Os autores também defendem a produção de prova contábil ainda na fase de conhecimento das ações de contrafação.

860 Descrevendo o fenômeno do plágio no ambiente do direito de autor, e a desnecessidade do intuito de prejudicar como requisito constitutivo vide CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Violações de direito autoral: plágio, “autoplágio” e contrafação*. Coordenadores MATTES, Anita & PONTES, Leonardo Machado & COSTA NETTO, José Carlos & EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle & CARASSO, Larissa Andréa. *Direito Autoral Atual*. São Paulo: Elsevier, 2015 p. 211.

861 Em sentido parcialmente contrário, atestando a necessidade de dolo no ilícito penal e da necessidade de culpa no ilícito civil, vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVII. 4ª Edição, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 302.

862 O mesmo não se pode afirmar da legalidade estrita na Itália: ITÁLIA. Codice Civile. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 - Acessado no sítio <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>, no dia 02.02.2021, às 12:11. “Art. 2599. *Sanzioni. La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti*. Art. 2600. *Risarcimento del danno. Se gli atti di concorrenza, sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni. In tale ipotesi può essere ordinata la pubblicazione della sentenza. Accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume*”. Traduzido livremente para: “Art. 2599. Sanções. A sentença que apura atos de concorrência desleal inibe sua continuação e dá as medidas cabíveis para a sua eliminação. Art. 2600. Indenização por danos. Se os atos de concorrência desleal forem cometidos com dolo ou negligência, o autor é obrigado a pagar uma indenização. Nesse caso, a publicação da sentença pode ser ordenada. Uma vez verificados os atos de competição, a culpa é presumida”.

geno ótica macro)⁸⁶³. É preciso frisar, contudo, que os riscos ínsitos aos atos concorrenciais – por pior que eles possam ser – tendem a ser menos graves do que aqueles oriundos de um monopólio, ou mesmo de um oligopólio que *simula* a concorrência. Afinal, em um monopólio, a única autonomia alheia seria *se* contratar, mas jamais *com quem* contratar.

Por exemplo, (a) no intuito de superar o concorrente *leal* pelo fator preço, o concorrente *desleal* passa a erodir filtros qualitativos – mínimos – de seus produtos e serviços, o que ludibria a isonomia nos custos fixos, igualitários aos membros daquele mercado, mas que também majoram os riscos de um acidente de consumo ou de danos ambientais. Trata-se de *fattispecie* que pode ser bem precatada por uma atuação proativa de quem fiscaliza a manutenção de padrões técnicos, como é o caso do Instituto Nacional de Meteorologia, Qualidade e Tecnologia (autarquia federal); (b) no esteio de minimizar as disparidades distintivas entre agente econômico dominante e o sujeito de direito incógnito, o ofensor (o último deles) passa a *sombrear* o líder de mercado, banalizando a confusão (ataque direto) ou mesmo a associação (ataque indireto) indevida por parte dos destinatários; ou (c) no estratagema de manter a equiparação em matéria de preço, mas superar no perfil qualitativo os produtos e serviços do concorrente (sem alteração em matéria de eficiência de custos), o agente econômico ofensor introduz estratagema inovador, criativo, astucioso, porém ilegal, de sonegação tributária.

Neste sentido, o Código Civil vigente, em seu título IX, consigna fontes normativas pertinentes que tratam da hipótese da responsabilidade objetiva seja pelo fator (i) risco criado⁸⁶⁴ (a concorrência emula riscos de destruição criativa por superação), (ii) intrínseco à atividade empresarial⁸⁶⁵ (repartição

863 Não se ignora que o Superior Tribunal de Justiça tem encaminhado os seus julgados para entender pela responsabilidade objetiva de quem viola direito de exclusividade (como direito de autor), a exemplo do julgado BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 1.785.771/RS, DJ 26.08.2020. Ainda que não se concorde com tal premissa, é interessante notar que o Tribunal da Cidadania vem aproximando as estruturas de tutela contra atos de concorrência desleal e aqueles ilícitos peculiares a direitos de exclusividade de natureza patrimonial. Tal conclusão será objeto de outras considerações ao longo deste capítulo.

864 CC/2002: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

865 CC/2002: “Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”

entre os ônus e bônus – pertinente ao risco proveito), (iii) das escolhas empregatícias formuladas⁸⁶⁶ (como o sujeito de direito que é beneficiado por ato de proposto que causa dano injusto ao empregador – concorrente do segundo)⁸⁶⁷, ou (iv) réu-Estado (ou pelos prestadores de serviço público nesta qualidade), quando houver ação direta – pense-se nos casos em que sujeito de direito controlado por pessoa jurídica de direito público exerce atos competitivos – ou por contribuição à concorrência desleal⁸⁶⁸ (muitas vezes por via omissiva diante de deveres específicos que ordenavam sua atuação). Por sinal, a Lei 9.279/96 – especial ao Código Civil em matéria de direitos de exclusividade, mas deferente ao último em matéria de responsabilidade patrimonial –, é omissa com relação à necessidade de demonstração de culpa⁸⁶⁹ do ofensor nas hipóteses de concorrência desleal.

Desta forma, seja pelo fato de que a concorrência desleal advém de atos abusivos à liberdade competitiva, ou pela incidência do regime de responsabilidade civil geral, no ambiente cível não há que se demandar à vítima a demonstração da culpa⁸⁷⁰ do ofensor (seja no ambiente ético ou quanto à culpa

866 Enunciado de número 451 do Conselho da Justiça Federal, oriundo da Vª Jornada de Direito Civil: “A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida”.

867 CC/2002: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: (...) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” e “Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

868 Sobre a responsabilidade civil do Estado pelo risco administrativo (na forma do art. 37, §6º, da CRFB) vide TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. Volume. 2. 14ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019, p. 557. Sobre o recorte publicista da responsabilidade objetiva da Fazenda Pública, vide MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª Edição atualizada por Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 567 e SCATOLINO, Gustavo. TRINDADE, João. *Manual de Direito Administrativo*. 3ª Edição, Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 825.

869 Sobre a necessidade de demonstração da culpa do ofensor, em França, para fins de incidência da tutela contra a concorrência desleal, vide USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade Civil por Ato Lícito*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 2.

870 Em sentido contrário, vide precedente do Tribunal da Cidadania, mas sob feito julgado sob a égide do Código da Propriedade Industrial de 1971 e do Código Civil de 1916: BRASIL, STJ, 4ª Turma, Min. Barros Monteiro, REsp 78714/SP, DJ 08.09.1997. Na doutrina, vide CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. *Responsabilidade Civil-Concorrencial*. Introdução ao Direito Concorrencial Privado. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 22. Em França a responsabilidade civil por atos de concorrência desleal depende da prova de ‘culpa’ (*faute* – aqui não se está a afirmar que o complexo conceito de *faute* seja limitado ao sentido pátrio de culpa, mas que o contempla de forma mais abrangente):

normativa) para fazer jus à eventual reparação no tocante ao *an debeatur*, ou mesmo quanto ao pleito inibitório. Sob o ponto de vista dos destinatários das políticas públicas que incidem sobre a regulação dos mercados, tal arquitetura jurídica, que facilita o acesso à tutela de direito material ao concorrente leal, é pragmaticamente útil à coibição de quem apela a meios ilegítimos para se angariar clientela.

Outros aspectos pertinentes ao ambiente da responsabilidade civil do ofensor, entretanto, devem ser objeto de escrutínio cauteloso por parte do intérprete para evitar *flexibilizações* indevidas que majorem, ilegitimamente, os riscos de quem concorre dura, insistente, abrasiva, mas lealmente. Excessivas erosões aos filtros qualitativos da responsabilidade civil em um contexto de lides interempresariais atentam contra a segurança jurídica⁸⁷¹ – que é tão fundamental aos diversos mercados bem como aos seus destinatários. Em um cenário mais grave, a ‘superação’ das premissas necessárias à sanção de condutas – por mais perigosas que possam parecer – pode levar ao óbice da própria livre iniciativa, que antecede e impulsiona o direito de concorrer.

9.2 O Dano e o Papel da Culpa no *Quantum Debeatur*

Superada qualquer necessidade de demonstração do elemento culpa por parte de quem é imputado como ofensor, não se admite, entretanto, uma flexibilização dos demais requisitos da responsabilidade civil, aplicada ao abuso do direito de competir, para efeitos de uma pretensão reparatória. Para ser mais preciso, não se pode abdicar da demonstração do *dano* em si por parte de quem deseja obter uma decisão de mérito condenatória. Sabe-se que, no direito brasileiro, há hipóteses em que é possível ventilar o dever de reparação pelo aviltamento ao bem jurídico tutelado, enquanto infração ao direito objetivo ou subjetivo em si (a exemplo dos crimes formais); mas que, *a priori*, para além do ato ilícito, se faz necessário que tal práxis tenha gerado *danos con-*

NÉRRISON, Sylvie. *Austria*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 214. Por sua vez, na Itália, os danos podem ser auferidos por prova circunstancial, mas ainda assim precisam ser demonstrados: AUTERI, Paolo. *Italy*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 337.

871 *Mutatis mutandi*, vide SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 77.

cretos (aproximando-se da noção de *prejuízos*, ou de tipicidade conglobante). Este é, aliás, o comando do art. 186 do Código Civil de 2002, que estabelece como requisitos cumulativos ao dever de reparar (i) a *infração* (violar direito, ou seja, consideração de tutela do interesse juridicamente protegido em abstrato) e (ii) o conhecido valor positivado do *non altere laedere* (causar dano a outrem, logo, incidência de proteção ao interesse jurídico em concreto).

Isto não importa em afirmar que, se o cumprimento espontâneo do direito objetivo (aura abstrata) fosse raro, inexistiriam danos sociais significativos sobre a erosão ao Estado de Direito. A judicialização pela pretensão resistida (solidariedade mecânica) deveria ser excepcional face ao espontâneo cumprimento (solidariedade orgânica) da ordem jurídica, até mesmo quando sua completa observância possa ser – imediatamente – inconveniente ao sujeito de direito⁸⁷². Fato é que, com a dinamicidade das relações jurídicas e sociais, o sujeito sobre o qual hoje incide a obrigação ou o dever jurídico (situações jurídicas subjetivas passivas), amanhã desejará, na qualidade de credor, a mesma consideração e respeito por parte de quem lhe é obrigado.

De outro lado, a legitimidade ativa ordinária para a tutela, a guarda e o estrito cumprimento do direito objetivo, sem consequências diretas e imediatas ao postulante, cabe ao Ministério Público e à Defensoria Pública através de seus órgãos, e não, *a priori*, para qualquer outro sujeito de direito. Pela lógica ordinária do dever de reparar cabível aos entes privados, portanto, será necessária a demonstração da *infração* ao sistema jurídico somado ao *prejuízo* sofrido pelo autor da demanda. Nem toda infração ao direito causa imperativo prejuízo (lesão concreta e específica à determinada esfera da situação jurídica subjetiva), bem como eventual erosão do requisito do dano, importa em uma flexibilização excessiva das balizas democráticas sobre as quais se erige a responsabilidade civil⁸⁷³ para fins reparatórios.

872 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 21.

873 “Muitos dos problemas surgidos na acolhida dos chamados novos danos deriva, de fato, de certa tendência jurisprudencial a presumir a ressarcibilidade do dano a partir da antijuridicidade da conduta, confundindo-se, em nítido caráter punitivo, a reprovabilidade do comportamento com a proteção do bem ofendido. O merecimento de tutela do interesse e, portanto, o dano ressarcível representa um elemento indispensável da responsabilidade civil, e não um mero pressuposto que pode ter tido como presente diante do simples prejuízo ou dissabor alegadamente experimentado pelo autor da ação judicial” SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 178.

9.2.1 Danos patrimoniais

Por exemplo, (i) é possível que um ofensor tenha se utilizado de meios ilegítimos para a obtenção de segredo de negócio⁸⁷⁴ alheio e, sem revelá-lo publicamente, se dá conta que não superaria as barreiras à entrada (ex.: registros sanitários) para a produção do produto do concorrente, e simplesmente abdica de concorrer; ou (ii) um agente econômico júnior tenta imitar o conjunto imagem distintivo do concorrente sênior, mas, simplesmente, o público alvo não lhe empresta qualquer credibilidade e não hesita em manter seus vínculos, exclusivamente, com a vítima. Em ambas as hipóteses supra é certo que houve o vilipêndio ao ambiente *abstrato* dos interesses da vítima, mas não é cristalina a existência de danos patrimoniais concretos para fins reparatórios. O que reforça a importância de um cuidado específico ao Órgão responsável a dirimir este tipo de contenda é que há formas legítimas, leis e adequadas de (i) se descobrir um segredo do concorrente (a exemplo da denominada engenharia reversa); bem como (ii) se empregar conjunto-imagem símile à suposta vítima (vide hipóteses de mercados padronizados, ou de elementos banais e quase descritivos para ‘distinguir’, ou melhor, estampar um bem ou um estabelecimento). Isto significa dizer que nem sempre o ato de cópia (possível decorrência da livre iniciativa), ou de cognição, não quista pelo titular, deslegitimará atos que realmente são – no máximo – *danos justos*⁸⁷⁵.

Ou seja, para além da demonstração de uma conduta que possa ser *genericamente* perceptível como um dano, faz-se necessário a superação do ônus probatório com relação à injustiça de tal ato pelo suposto ofensor, demonstrando-se que, perante aquele nicho específico de mercado, o ato imputado de lesivo de fato destoa do que seria regular na abrasividade cotidiana⁸⁷⁶.

874 De outro lado FEKETE, Elisabeth Edith Glorita Kasznar. *Reparação do Dano Moral Causado por Condutas Lesivas a Direitos de Propriedade Industrial: Tipologia, Fundamentos Jurídicos e Evolução*. São Paulo: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 35, julho-agosto de 1998, p. 13: defende a reparabilidade do dano moral causado pela violação de segredo de empresa, tendo em vista ser tutelada a privacidade, verdadeiro valor da personalidade. Neste ponto não se discorda da reparabilidade, mas da automática presunção de danos.

875 Há na doutrina francesa, inclusive, aqueles que suscitam que o princípio da livre concorrência gera a consequência de um novo “princípio”: qual seja a da legalidade dos danos concorrenciais. Vide RONZANO, Alain. *Le rôle de la clientèle em droit de la concurrence*. In. CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence. Approche juridique du marché*. Paris: Litec, 2000, p. 39.

876 Distinguindo a consequência da tutela inibitória em que basta a possibilidade de danos, para a tutela compensatória em que o ônus da prova dos danos é demandado ao autor, vide: “*Actual confusion is*

Dentro de tal recorte, ao contrário de alguns acórdãos recentes do Superior Tribunal de Justiça que adotaram uma série de presunções de dano em favor da vítima, não se concebe como para além (i) da responsabilidade objetiva possa se prescindir (ii) da demonstração do prejuízo⁸⁷⁷ para efeitos da reparação civil⁸⁷⁸. É possível, desta forma, perceber que a norma atingida por tais julgados simplesmente embaralha, aleatoriamente, noções sobre a tutela abstrata de interesses (ilicitude objetiva⁸⁷⁹) com a proteção concreta das esferas jurídicas (situações jurídicas subjetivas). Diante de um cenário em que a luta pela clientela se dá entre partes hipersuficientes, tal como já criticado no capítulo anterior que cuidou de demonstrar a incompatibilidade do denominado aproveitamento parasitário sem concorrência, trata-se de medida

merely one factor in the likelihood of confusion calculus. Accordingly, at least in theory, likelihood of confusion can be found even in the absence of any evidence of actual confusion. A showing of actual confusion is only required if the mark owner is seeking damages for past infringement. See, e.g., Web Printing Controls Co. v. Oxy-Dry Corp., 906 F.2d 1202 (7th Cir. 1990)” Tradução livre: “A efetiva confusão é apenas um fator no cálculo do risco de confusão. Assim, ao menos em teoria, existe risco de confusão mesmo na ausência de quaisquer indícios de efetiva confusão. Uma demonstração de confusão de fato só é necessária se o proprietário da marca está buscando indenização por violação sofrida. Vide, como exemplo, Web Printing Controls Co. v. Oxy-Dry Corp., 906 F.2d 1202 (7th Cir. 1990)” JANIS, Mark D. *Trademark and Unfair Competition*. 2ª Edição, Albuquerque: West Academic, 2017, p. 239.

877 Neste sentido, em interessante caso no qual uma sociedade empresária do ambiente de vestuário fora processada pelo uso não autorizado de famosa marca do setor de tabaco (ou seja, não se tratava de concorrência desleal, mas, no máximo de aproveitamento parasitário sem concorrência), assim ventitou acórdão unânime: “Vale notar que a hipótese é nitidamente distinta daquelas outras em que há utilização de marca, pertencente a terceiro, para distinguir produtos por ambos vendidos. A ré, ora recorrente, não produz cigarros. Usou a marca em roupas, bonés e bolsas. Não há como supor, nem isso foi afirmado, que, em virtude disso, tivesse a autora deixado de vender a mercadoria a cuja produção se dedica. Note-se que a ré fabrica réplica de uniformes de esportistas e a questionada marca figurou nos produtos porque compõe aqueles. Sentença e acórdão para condenar ao ressarcimento, prescindiram por completo de que houvesse um dano. Ao assim fazer, violaram o artigo 159 do Código Civil” BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Eduardo Ribeiro, REsp 115088, DJ 07.08.2000. Igualmente pertinente foram os votos vista: “Contudo, o só uso da expressão “Marlboro”, divulgando a marca, prejuízo não pode causar (...) Sim, não há autorização, mas para esse efeito o pedido foi da cessação do uso” Min. Waldemar Zveiter; e “impõe-se necessariamente a prova do prejuízo, ou seja, a existência da contrafação neste caso não gera automaticamente a existência do dano a ressarcir” Min. Carlos Alberto Menezes direito.

878 Sobre um recorte tradicional da reparabilidade civil fincada no elemento dano, vide a crítica de MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade Contratual e Extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2016, p. 90.

879 CATALAN, Marcos Jorge. *A Morte da Culpa na Responsabilidade Contratual*. 2ª Edição, Indaiatuba: Ed. Foco, p. 42, defende que a expressão antijuridicidade seria mais técnica ao conceito de ilícito, mas admite o último se tal não demandar a prova de culpa para a incidência da *fattispecie*.

inconstitucional (por vilipêndio ao art. 1º, IV, e art. 170 e incisos da CRFB) de paternalismo jurídico. Não se vê a causa pela qual um titular de direito de propriedade intelectual mereceria tutela mais intensa e extensa do que outras formas de titularidade que no ambiente patrimonial não contam com a presunção de danos como solução da contenda.

Em sentido contrário ao que ora se defende, mas em conformidade com uma leitura pretoriana dominante no Superior Tribunal de Justiça, ventile-se uma curiosa fundamentação havida na decisão em recurso especial no sentido de que como o art. 209, da Lei 9.279/96 não teria condicionado a demonstração de efetivo *prejuízo* para a incidência da responsabilidade civil, o mesmo seria presumido⁸⁸⁰. Há aqui uma distinção necessária entre a situação da *responsabilidade sem culpa* para a suposta *responsabilidade sem dano*⁸⁸¹. Conforme explanado anteriormente, de fato o Código da Propriedade Industrial não enuncia diretamente se a responsabilidade do concorrente *desleal* seria subjetiva ou objetiva, extraíndo-se tal conclusão pela última *fattispecie* a partir de uma leitura sistêmica quanto à teoria do risco e pela arquitetura do abuso do direito. Tal conclusão é igualmente reafirmada pela tendência de prestígio à objetivação⁸⁸² da responsabilidade civil em boa parte das relações jurídicas no Direito brasileiro⁸⁸³.

De outro lado, entretanto, não se consegue endossar a premissa segundo a qual uma exceção (ou inversão) às cargas ordinárias da prova⁸⁸⁴ (ônus cabível a quem constrói uma narrativa, na forma do CPC/2015⁸⁸⁵) adviria do sim-

880 BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrigli, REsp 978.200/PR, DJ 02.12.2009. Em amparo ao entendimento pretoriano sobre a desnecessidade de se provar prova de dano no ambiente da responsabilidade civil típica aos atos de concorrência desleal, vide CAMELIER DA SILVA, Alberto Luiz. *Concorrência Desleal: Atos de Confusão*, São Paulo: Ed. Saraiva 2013, p. 67.

881 Defendendo tal possibilidade sob o prisma da responsabilidade preventiva, vide LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010, p. 139.

882 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 54: a autora destaca que tal movimento também é consequência do advento do Estado Social.

883 Há farta bibliografia em tal sentido, mas ver, por todos, VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade Civil Preventiva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

884 SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 224.

885 Código de Processo Civil de 2015: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito”.

ples silêncio do texto legal⁸⁸⁶, *ope legis*. Pelo contrário, presunções e ficções⁸⁸⁷ são técnicas jurídicas que demandam claríssima imposição normativa para permitir a cognição *ex ante* e não gerarem maiores inseguranças jurídicas – para além da própria complexidade do sistema legal brasileiro – das vicissitudes mercantis que afetam os agentes econômicos na disputa pela clientela. O silêncio da Lei da Propriedade Industrial neste tópico não é eloquente a suprimir causalidade ou imputabilidade. Em verdade, não se cuida de fonte normativa primorosa pela sua técnica jurídica (a exemplo da confusão realizada entre prescrição e decadência⁸⁸⁸), pela sua completude (vide a omissão sobre o prazo decadencial para impugnar indeferimentos de concessão ou registro⁸⁸⁹), ou pela sua razoabilidade na composição dos múltiplos interesses que gravitam ao redor dos bens imateriais de produção (vide a questionável política sobre a exaustão nacional de direitos de propriedade intelectual⁸⁹⁰). Outrossim, supostos vácuos descritivos na Lei 9.279/96, não são suficientes a

886 VIEIRA, Mellina Mamede. *Imposto e Renda e Indenização por violação da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, número 124, Mai/Jun, 2013, p. 64, categoricamente afirma que no silêncio da legislação na matéria, presumir-se-ia o dano diante de eventual violação. Não é esta a visão proposta neste texto.

887 “Na verdade, é apenas uma forma de fugir aos problemas. Mesmo que se permita ao legislador, quando muito, proceder desse modo, nunca a ciência do direito se pode tranquilizar com isso. A ficção, em virtude do efeito sugestivo da formulação, comporta o perigo de que passe despercebida a diferença existente de facto entre F^2 e F^1 e se estenda por isso a equiparação para além da medida do razoável, do materialmente defensável (¹⁶). As pessoas nem sempre se dão conta de que a remissão também na veste de uma ficção só deve ser entendida «segundo o sentido da lei» (...) A ficção significa portanto de facto aqui um encobrimento da verdade; o seu emprego rebaixa a fundamentação da sentença para uma pseudo-fundamentação. Devia por isso ser evitada” LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Traduzido por José de Sousa Brito e José António Veloso. 2ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1982, p. 243-248. Ainda, a “ficção doutrinal não é senão uma forma infantil e imaginosa, tecnicamente imperfeita, de construção jurídica” FERRARA, Francesco. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Traduzido por Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002, p. 73.

888 CPI/1996: “Art. 174. Prescreve [sic] em 5 (cinco) anos a ação para declarar a nulidade do registro, contados da data da sua concessão”.

889 Razão pela qual os interessados (depositantes que não foram exitosos em seus pedidos) invocam o – também atécnico – vetusto diploma do Decreto 20.910/1932.

890 CPI/1996: “Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial; § 4º No caso de importação para exploração de patente e no caso da importação prevista no parágrafo anterior, será igualmente admitida a importação por terceiros de produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto, desde que tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou com o seu consentimento”.

justificar tal açodada conclusão de superação da prova do dano para fins de reparação: afinal nada há a ser recomposto se não houve genuína, concreta e específica lesividade.

Para além do esteio argumentativo contra o texto da Lei (afinal o mencionado dispositivo do CPI/96, consigna a expressão “prejuízo”⁸⁹¹), o criticado⁸⁹² precedente se ancorou em julgado pretérito⁸⁹³ que tratava de ilícito contra titularidade de marca renomada para produtos de luxo (bolsas). Como os críticos de um sistema de precedentes costumam asseverar, o *stare decisis* (e sua aplicação por analogia) não importa na manietação do *distinguishing*⁸⁹⁴, até para respeitar a lógica da isonomia material na jurisdição e para evitar a mumificação social do porvir em virtude de caracteres específicos para com uma realidade ultrapassada. A subsunção inadequada de um precedente pelos fatos contrastantes, divergentes e peculiares de outro que lhe antecedeu, realmente não gerou bom resultado normativo, além de ser um possível veículo de preguiça⁸⁹⁵ à fundamentação *a fortiori*.

Portanto, há dois pontos distintos a serem considerados na análise crítica feita por órgão colegiado do Tribunal Superior, já que (i) ao tratar de concorrência interdita desta sorte (registro da marca de grife de origem francesa),

891 Logo, fincado nas *consequências* e não comportando um conceito de dano mais amplo que contemplaria, ainda, a lesão ao interesse em si. Sobre a diferença entre os conceitos de ‘dano-prejuízo’ e ‘dano-interesse’ vide STEINER, Renata Carlos. *Reparação de Danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: 2018, p. 67.

892 Em posição oposta ao que é defendido neste texto, bem como aplaudindo o julgado citado, vide No mesmo sentido, vide FORGIONI, Paula Andrea & CAMILO JÚNIOR, Ruy. *Marca, Concorrência e Jurisdição*. Org. BIANCHI, José Flávio & PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça & ALVIM, Teresa Arruda. *Jurisdição e Direito Privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 547.

893 BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 466.761/RJ, DJ 04.08.2003.

894 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 87.

895 “Outros são mais céticos quanto às virtudes dos argumentos analógicos e acreditam que estes sejam usados de maneira excessiva. Richard Posner comentou que a razão por que os advogados consideram “irresistíveis” os argumentos analógicos é que estes habilitam aqueles “a chegar a conclusões sem ter que ler muito além do que está nos livros de direito”, e declarou que a confiança dos juízes em tais argumentos reflete igualmente uma relutância em olhar para fora de seus gabinetes”. “Não é de surpreender”, diz ele, “que o ‘verdadeiro’ raciocínio por analogia - indo de um caso antigo a um novo com base em alguma impressão de ‘semelhança’ - já foi fonte de tantas doutrinas judiciais perniciosas” WEINREB, Lloyd L. *A Razão Jurídica*. Traduzido por Bruno Costa Simões e Revisto por Marcelo Brandão Cipolla e Percival Panzoldo de Carvalho. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008, p. XIX.

houve um ato administrativo praticado por autarquia federal, sujeito à sindicabilidade administrativa e à publicidade; e (ii) tratando-se de signos para distinguir produtos de consumo conspícuo⁸⁹⁶, sua escassez erigia o verdadeiro cerne de valor relativo que acabara sendo afetado pela falsificação. Ou seja, a higidez do título proprietário e a imperatividade de se conhecer o direito real alheio fartamente publicizado pelo INPI, poderiam – apenas em tese – justificar algum tipo de presunção (sempre relativa), desde que um mínimo de indícios de prejuízos – junto à infração ao comando legal – fossem demonstrados. De fato, até mesmo na concorrência interdita é dever do intérprete não confundir a *presunção* de higidez do título com o que é ainda mais delicado, a *presunção* de que seu dono ‘fala a verdade’ na narrativa imputada ao suposto ofensor. O renomado julgado do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência no caso *shop tour*⁸⁹⁷, bem denotou o cuidado específico que o Poder Judiciário deveria emprestar à hipótese de concorrência interdita na qual o título proprietário não foi antecedido de um minucioso exame de mérito. Ou seja, muitas vezes o ato de concorrência desleal não foi praticado pelo Réu, mas está a ser exercido pelo sujeito que se arroga proprietário que faz uso abusivo do direito de petição. Há muitos ‘lobos’ que bem interpretam o papel de ‘cordeiros’ pleiteando socorro judicial: basta uma minuciosa instrução probatória para que o aparelho auditivo distinga os *uivos* dos *balidos*.

Contudo, na hipótese da tutela da lealdade concorrencial, boa parte dos direitos subjetivos da vítima coincidirão, no máximo, com a posse de bens imateriais insuscetíveis de controle pelo sistema atributivo de direito e até com a controvérsia sobre a própria existência legítima dos últimos. Aliás, no caso da concorrência desleal, outras três premissas são particularmente distintas

896 Neste sentido, sobre o cuidado necessário de não se fazer uso de precedente sobre violação a marcas de luxo registradas com outros tipos de feito, merece destaque voto vencido da Min. Isabel Gallotti no precedente do BRASIL, STJ, 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1327773, DJ 15.02.2018.

897 “O Judiciário, também, reconheceu direito à indenização, pelo fato de um programa específico ter ficado fora do ar, durante a tramitação do processo. Reconheceu-se assim, que a liberdade do sujeito processual específico é relativa e que o ajuizamento daquela ação trouxe consequências desfavoráveis a uma das partes, que necessitavam reparação (...) Ocorre que, ao avaliar e mensurar tais efeitos deletérios, decorrentes do abuso do direito de petição, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou, como era de se esperar, os Direitos de Primeira Geração, das partes envolvidas. Não obstante este aspecto, a concorrência como Direito Difuso, como Direito de Terceira Geração foi e continua sendo aviltado, pelos referidos processos, tendo reflexos sobre toda a sociedade” BRASIL, CADE, Relator Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, Processo Administrativo 08012.004283/2000-40, julgado em 15.12.2010.

da concorrência interdita (direito de marcas patentes, ou cláusula contratual de não-concorrência, por exemplo), já que (1) *a priori* o ato de concorrer não só é permitido, mas é estimulado pela ordem econômica (art. 1º, IV e 170 e incisos da CRFB); (2) é natural de tal política pública constitucional-capitalista, é ordinário que mesmo na concorrência leal danos *justos* (a exemplo da posição preferencial da liberdade de expressão em face da privacidade ou da propriedade alheias) sejam praticados e, por fim, que, inclusive, (3) há setores econômicos mais abrasivos aos seus participantes do que outros. Nenhuma das situações narradas seria, porém, facilmente tolerada nas hipóteses de interdição competitiva.

Por isso, em especial diante de mercados pulverizados (ou seja, no qual figuram uma série de outros sujeitos de direito que não se confundem com a suposta vítima e o suposto ofensor), pode não haver um liame direto entre o dano sofrido e o ato inquinado de desleal. *Verbi gratia*, (a) 'x' imputa a 'y' uma conduta de deslealdade competitiva, de fato se nota uma publicidade agressiva do último para com o primeiro, mas 'x' não tem sua clientela reduzida: pelo contrário, no período de veiculação da publicidade comparativa abusiva houve um aumento de demanda para com 'x'; (b) 'x' prova que 'y' fez uso de conteúdo publicitário que destacava supostos vícios do primeiro na qualidade de seus produtos/serviços, o Juízo constata que 'x' na data do ajuizamento da lide realmente conta com uma reputação negativa, mas ao final da instrução probatória averigua que a má-reputação do demandante foi 'conquistada' com bastante antecedência, em virtude de anos e anos de tratamentos vexatórios à sua própria clientela e pelo empenho de seus produtos de *quinta categoria* (*recitius*, exceção da verdade pelo suposto ofensor); (c) 'x' imputa a 'y' uma conduta de deslealdade competitiva, de fato consegue demonstrar uma queda da busca de sua original clientela, mas que – em verdade – ocorreu por méritos de outros agentes econômicos que não participam da lide ('z', 'w' e 'u'), integrantes daquele mercado, que passaram a comercializar bens idênticos ou similares com uma tecnologia melhor, ou mais barata; e (d) no status fático antes narrado entre 'x' e 'y', o primeiro impugna apenas um produto do último (refrigerante a base de cola), mas ambos concorrem em diversas outras faixas (sucos, chás, refrigerantes de guaraná etc.) de mercado. De fato, ao longo do tempo, 'y' começa a adquirir a predileção da clientela originária de 'x' para produtos outros do que aquele objeto de uma lide, no que se denota uma situação de desvio legítimo de clientela (por vicissitude espontânea nos padrões de consumo – vide

a demanda por rapé há dois séculos atrás e aquele existente hoje, por exemplo). Em outras palavras, não se ignora ser menos difícil demonstrar um suposto dano e sua origem em mercados duopolizados, bem como não se pode olvidar que consumidores são *sujeitos* livres a modificação de suas preferências, e não *objetos* inanimados a disposição de quem foi anterior no tempo.

Tais dificuldades⁸⁹⁸ não são, porém, insanáveis, já que há meios de prova que podem facilitar a vítima na demonstração de algo próximo à denominada *teoria da diferença*⁸⁹⁹. *Verbi gratia*, institutos que fazem uso de uma metodologia séria e sindicável sobre preferências do consumidor, ou que tenham aparatos tecnológicos fidedignos à mensuração de audiência, podem servir de ‘termômetro’ sobre eventuais desvios de clientela. Por exemplo, imagine-se que um canal de televisão faça uso de ardis ilegítimos (e que não sejam obstados por concorrência interdita ou ilegal) para se apropriar da predileção da clientela do canal concorrente: diante de um número relativamente estável de telespectadores – e de algum terceiro imparcial que meça a média semanal ou mensal de audiência –, é possível verificar se o ato inquinado de dano injusto de fato gerou o prejuízo descrito.

Logo, além de não ser impossível ou economicamente inviável a produção probatória do dano para fim de reparação, em todas as hipóteses narradas há o risco de que, a partir de uma presunção de danos gere-se, em verdade, (a) um enriquecimento desproporcional ou ilícito do autor da pretensão; (b) entabulamento do demandado como *bode expiatório* (garantia dos lucros) do demandante, quando a mais valia deve advir do público-alvo e não de quem com ele disputa sua preferência; ou em (c) completa ignorância do nexo causal⁹⁰⁰

898 Para lidar com a dificuldade na demonstração dos danos na concorrência desleal, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVII. 4ª Edição, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 340, propõe a utilização de perícia.

899 Sobre a origem de tal teoria em Friedrich Mommsen e de sua adesão, ainda que por fundamentos distintos, por Caspar Rudolf von Ihering, vide STEINER, Renata Carlos. *Reparação de Danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: 2018, p. 43.

900 CC/2002: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Um julgado interessante da Corte estadual fluminense auxilia na compreensão do que é ora narrado: “A captação de clientela decorrente da insatisfação do usuário com os serviços oferecidos pela antiga prestadora, a esta não confere o direito de ser indenizada pelos danos materiais acarretados, na ausência de nexo causal entre o assédio ao cliente e a rescisão dos contratos existentes” BRASIL, TJRJ, 8ª Câmara Cível, Des. Adriano Celso Guimarães, AC 0053591-64.2003.8.19.0001 DJ 12.07.2006. Até mesmo em países asiáticos que tomam o dano como presumido não flexibilizam o

e na apropriação pela rubrica da concorrência desleal de *quantum debeatur* objeto de desvio legítimo pela abrasiva, dura, agressiva, mas leal concorrência. Repita-se: sendo a concorrência lícita e estabelecida constitucionalmente como marco (posição) preferencial; tendo em vista que os danos competitivos legítimos são normais (e mesmo comuns) e insuscetíveis de pretensão, presunções de dano poderão resultar em uma limitação competitiva absolutamente incompatível com a ordem econômica. Destarte, ao se presumir o dever de reparar pela simples infração ao direito⁹⁰¹ positivo em si, acaba-se equivalendo as tutelas compensatórias da concorrência interdita para com à concorrência desleal, além de se criar um *pot-pourri* acerca da tutela cominatória.

Mais uma vez, é necessário retornar à distinção entre tutela abstrata (ilicitude) e o dano presentes no texto do Código Civil (art. 186, antes citado). Sob o ponto de vista da responsabilidade civil, a ilicitude objetiva funciona como uma espécie de ‘escudo protetor’ de uma série de atos, assim compreendidos pelo legislador, que geram um *perigo desnecessário* à esfera jurídica alheia. Atuando-se dentro da legalidade constitucional, tal risco é evitado e não se atrai a incidência da ilicitude ‘abstrata’: previne-se ou precata-se danos de alta probabilidade⁹⁰². Entretanto, é possível que a atuação do concorrente supere a *linha protetora* da ilicitude objetiva, mas que, mesmo assim, tal não ‘perfure’ a armadura de ‘combate’ competitivo da suposta vítima. Por sinal, é sempre importante frisar que as *dermes* de quem participa de relações concorrenciais realmente não podem ser ‘finas’, frágeis ou melindrosas.

Ou seja, uma vez formado o juízo de certeza quanto a infração ao Direito, *i.e.* do abuso do direito de competir, não há qualquer receio em se estabelecer

requisito do ônus da prova da suposta vítima quanto ao nexo causal: HEATH, Christopher. *Japan*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 337.

901 Sobre a necessidade de uma análise técnica e contemporânea da responsabilidade civil não superpor os requisitos da ilicitude objetiva e dos danos, vide VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade Civil Preventiva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 210.

902 “Às vezes a lei não exige a produção de facto dum acontecimento, mas contenta-se com a *probabilidade* dum certo processo que é de esperar sob certos pressupostos: assim no lucro cessante, na consideração de causas «hipotéticas» do dano, na omissão, como também na questão da imputabilidade do processo causal real («adequação»)” LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Traduzido por José de Sousa Brito e José António Veloso. 2ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1982, p. 254. A doutrina argentina usa a expressão “risco significativo”: CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las & PALAZZI, Pablo & HERRERO, Andrés Sánchez & SEREBRINSKY, Diego H. *Derecho de la Competencia Desleal*. Buenos Aires: Heliasta, 2014, p. 429.

preceito cominatório⁹⁰³ com a incidência de métodos coercitivos para a concreta obrigação de não-fazer⁹⁰⁴. Aqui, portanto, preceitua-se por uma leitura da responsabilidade civil de maneira mais ampla do que aquela escorada no fato-danoso. Pode-se ventilar, assim, em uma responsabilidade civil preventiva⁹⁰⁵, ou ao menos fincada em uma lógica de uma Jurisdição que vise evitar⁹⁰⁶ os danos prováveis, que dialogue com uma pretensão fincada em prestigiar a própria noção do Estado Democrático de Direito. Neste norte, tendo em vista que a tutela dos consumidores – também vítimas do ato de deslealdade competitiva – foi erigida à direito fundamental (art. 5º, XXXII, da CRFB), não faria sentido que sua esfera jurídica fosse, primeiro, violada para, só então, se falar em responsabilidade do ofensor. Prevenindo-se a própria incidência do dano concreto (*ex ante*) – especialmente aquele que afeta direitos fundamentais – acaba-se por ressignificar⁹⁰⁷ o historicamente repressor (*ex post*) sistema da responsabilidade civil.

Em outras palavras, provada a ilicitude objetiva, é mais do que legítimo o pedido para que o concorrente desleal seja obrigado a manter a distância segura e garantida pela tutela abstrata dos demais núcleos de interesses afetados pelo liame competitivo. Entretanto, não se pode confundir a tutela inibitória (devida pela constatação da infração aos valores da lealdade competitiva)

903 Sobre a tutela inibitória como solução pertinente às consequências do abuso do direito, restando a tutela compensatória adstrita a demonstração concreta do prejuízo, vide CARVALHO, Orlando Alves Pereira de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª Edição, Coimbra Editora: Coimbra, 2012, p. 126.

904 SANTOS, Celso Araújo. *Crítérios para Fixação da Indenização em casos de Uso Indevido de Marca*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 104, janeiro-fevereiro de 2010, p. 49, cuidando de concorrência interdita no ambiente dos signos distintivos, narra a heterogeneidade dos julgados na exigência da prova do dano para efeitos reparatórios e conclui com precisão ao asseverar que a tutela inibitória é a arquitetura mais importante da proteção aos direitos de propriedade intelectual.

905 VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade Civil Preventiva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 180; e LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010, p. 79.

906 Sobre a relevância de uma lógica sancionatória preventiva, vide SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade Patrimonial no novo Sistema Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

907 VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade Civil Preventiva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 190 e seguintes.

com a tutela compensatória, já que na última o dano⁹⁰⁸ deverá ser provado⁹⁰⁹, enquanto na primeira o elevado risco de ocorrência já habilitaria a tutela preventiva. Neste sentido a ordem Constitucional estabelece como autônomas as pretensões pela *lesão* e pela ‘mera’ *ameaça* ao direito do postulante (art. 5º, XXXV, da CRFB).

Portanto, em tais casos, cabe àquele que dirime a contenda sancionar o concorrente desleal (mas que não teve sua conduta provada como efetivamente danosa ao autor) em formas coercitivas, das quais exsurgem as astreintes como seu exemplo por excelência, mas com a segurança jurídica do *ex nunc*. Uma segunda forma de prestígio à tutela inibitória é peculiar à tutela específica do ato desleal que tiver como esteio um ataque reputacional não concretizado por razões que escaparam ao ofensor. Publicações em periódicos sobre a sentença condenatória ou contra-publicidades (*mea culpa*) custeadas pelo ofensor, podem, inclusive, gerar uma sanção mais eficaz do que a reparação *in pecunia*⁹¹⁰.

Se, por exemplo, o Juízo estiver convencido pelos elementos de prova a ele ofertados, *ab initio*, de que o ato do suposto ofensor realmente é desleal, a tutela inibitória de urgência servirá de dissuasão à contínua aproximação ilegítima da posição mercantil do réu àquela de quem vilipendia a esfera jurídica alheia. Portanto, pode-se ventilar que um processo civil que se volta aos re-

908 Tal dano poderá ser a perda da clientela. Contudo, na França o Poder Judiciário não leva tal fator como determinante às condenações pecuniárias em virtude de atos de concorrência desleal, sendo que muitas vezes tal dado sequer consta da fundamentação das sentenças que acolhem as causas de pedir pertinentes. Vide a bela pesquisa de ALEXANDRE-CASELLI, Claudine & BEDIDI-OUDAH, Zahia & DASTUGUE, Isabelle. GLAIS, Michel. *La concurrence déloyale et. Léffacement de la clientèle*. Compte rendu d’une analyse jurisprudentielle. In: CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000, p. 121.

909 Solução símile é encontrada pela doutrina estadunidense: “While a claim for injunctive relief only requires a plaintiff to show that the defendants’s (sic) statement had a tendency to deceive, a claim for money damages requires a plaintiff to prove that the defendant’s statement actually deceived consumers” Tradução livre: “Enquanto um pedido de tutela cautelar exige apenas que o autor mostre que a declaração do réu tende a enganar, um pedido de indenização exige que o autor prove que a declaração do réu realmente enganou os consumidores” CORGILL, Dennis. *United States of America*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 652.

910 Sobre a viabilidade de tal solução no direito austríaco, vide WIEBE, Andreas & HEIDINGER, Roman. *Austria*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013, p. 132. Defendendo tal solução como uma das imposições da sentença condenatória PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVII. 4ª Edição, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 341.

sultados⁹¹¹ precisa assegurar a tutela efetiva daquele que é munido de um bom direito, o mais rápido que o devido processo legal substantivo o permitir. De outro lado, se tal não for *ictu oculi* demonstrável, mas ainda assim for real, a instrução probatória auxiliará na revelação de quem goza do melhor direito e, ao final, respeitou-se à livre concorrência e imputou-se ao ofensor uma vicissitude em sua conduta⁹¹² doravante.

Desta forma, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça bem distinguiu as situações de concorrência interdita (com o registro ou concessão de direitos pelo INPI) das de concorrência desleal, evitando a presunção de *possibilidades confusórias* na última *fattispecie* e edificando a maior necessidade de prova do dano – inclusive através de laudos periciais⁹¹³. Repita-se, a regularidade da instrução probatória não é só um corolário do devido processo legal substantivo, mas uma ode não paternalista ao capitalismo de mercado. Factualmente, não é possível equivaler a responsabilidade aquiliana da concorrência desleal com a situação de uma cláusula penal ínsita aos negócios jurídicos: pois (1) na primeira relação jurídica, ao contrário da segunda, o dano é requisito inafastável da reparação⁹¹⁴; e (2) na cláusula penal a *culpa* do ofensor é requisito próprio, enquanto tal é despciando ao abuso do direito de competir.

9.2.2 Danos extrapatrimoniais

Situação ainda mais ‘trágica’ do que a presunção de danos patrimoniais é aquela que pelo isolado ilícito objetivo *presume* danos extrapatrimoniais. Diferentemente dos contextos consumeristas, laborais e até cíveis em que a pessoa humana – particularmente os vulneráveis e os vulnerados – acaba sendo destinatária das condutas mais vis, egoístas, abusivas e arbitrárias possíveis, o liame empresarial-concorrencial tem como premissa maior relações entre pessoas jurídicas suficientemente *protegidas* pelo próprio poder econômico e jurídico.

911 SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade Patrimonial no novo Sistema Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 125.

912 Tal será objeto de análise menos perfunctória no próximo subcapítulo.

913 BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Marco Aurélio Bellizze, REsp 1353451/MG, DJ 19.09.2017.

914 CC/2002: “Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Aqui não se desconhece que o Código Civil bem protege as pessoas jurídicas⁹¹⁵, inclusive, *mutatis mutandi*, no tocante aos valores da personalidade. O que se está a afirmar é que a distância⁹¹⁶ entre a ilicitude objetiva e os danos concretos-específicos na tutela dos valores da personalidade da pessoa jurídica é maior do que aquela ínsita à pessoa humana. Sujeitos de direito criados pela autonomia privada (patrimonial) humana não sofrem necessariamente de vilipêndio à personalidade⁹¹⁷ pelo fato de que um concorrente seu procedeu de modo temerário contra si, sob as lentes daquilo que se entende regular no mercado relevante⁹¹⁸.

Por exemplo, imagine-se que (i) o concorrente desleal fez uso de estratégias ilegítimos para desvendar um segredo comercial ou industrial alheio, mas manteve tal conteúdo cognitivo limitado ao seu núcleo empresarial; (ii) o concorrente desleal iniciou uma prática de vendas a preços predatórios (o que

915 CC/2002: “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

916 Em interessante feito que resultou na condenação multimilionária em danos morais por prática de concorrência desleal (violação de conjunto-imagem), entende-se como técnica a posição dos votos vencidos: “Por isso, mesmo que se reconheça a existência de concorrência desleal na modalidade de concorrência parasitária, eventual dano moral haveria de ser demonstrado pelas apelantes e não consta que elas tiveram algum abalo em seus nomes perante o mercado” BRASIL, TJSP, 3ª Câmara Cível, voto vencido Des. Beretta da Silveira, AC 00431694820108260564, J. 01.09.2020. No mesmo feito, no voto parcialmente vencido de outro órgão julgador assim se destacou: “Em relação aos danos materiais, não se tem um norte seguro para o seu reconhecimento. Impossível a apuração daquilo que as recorrentes deixaram de lucrar pela presença do produto das recorridas com as características acima descritas. Não basta a pretensão de apuração do valor dos danos morais em sede de liquidação; necessário que, no mínimo, se aponte um indicativo real de dano e a maneira da sua apuração. Cuida-se de dano hipotético e, portanto, não indenizável. Os lucros cessantes, na forma do disposto no artigo 402 do Código Civil, estão condicionados a uma probabilidade objetiva de ganhos por efeito direto e imediato do ato ilícito, exigindo-se muito mais do que uma simples possibilidade de apuração (quanto a sua existência ou não) em fase de liquidação de sentença. Quanto aos danos morais, como bem apontado pelo 3º Juiz, o E. Desembargador Beretta da Silveira, com base em precedente deste Tribunal, não houve a violação de marca alheia no caso dos autos, de modo que a lesão moral, com a devida vênia, não decorre *in re ipsa*. E a comercialização do fármaco pelas recorridas nas referidas condições, não abalou o conceito e o bom nome das apelantes no mercado. Nada é devido a título de danos morais” BRASIL, TJSP, 3ª Câmara Cível, voto vencido Des. Donegá Morandini, AC 00431694820108260564, J. 01.09.2020.

917 “Entendo que, entre concorrentes, os danos tendam a ser apenas de natureza patrimonial” CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. *Responsabilidade Civil-Concorrencial*. Introdução ao Direito Concorrencial Privado. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 20.

918 Em sentido contrário vide FABBRI JÚNIOR, Hélio. *Responsabilidade Civil*: dano moral oriundo das relações concorrenciais. São Paulo: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 12, julho-outubro de 1994, p. 119 - criticando a exigência de prova do dano moral para sua reparabilidade em uma relação concorrenciais, e, portanto, opinando pelo critério do *in re ipsa*.

pode gerar um dano maior que ao concorrente específico, tangenciando toda a concorrência e atraindo o regime próprio de que trata a Lei 12.529/2011) seus produtos de má-qualidade; ou (iii) o ofensor fez menções desabonadoras a signo distintivo (e.g. “fresquinho”) que se trata de um mero pedido de registro de marca da vítima (e.g. ‘Parmalat’). No primeiro caso, eventual dano foi puramente patrimonial⁹¹⁹ e a tutela inibitória pode ser um veículo eficiente de se resguardar a esfera jurídica do autor da demanda; na segunda hipótese, as lesões podem até atingir o concorrente leal (ou diversos deles), mas em nada atacam a sua honra objetiva⁹²⁰; e, por fim, na terceira hipótese, o fato de a titularidade (posse⁹²¹) da marca cujo registro pende possivelmente ter sido ‘arranhada’ não é suficiente, isoladamente, a causar *danos morais*. Veja-se que, na hipótese derradeira, não se atacou o signo ou a reputação da pessoa jurídica (sujeito) titular do signo distintivo, uma exclusividade em potência, mas apenas o signo distintivo (objeto) por si só. No último caso, por sinal, a prevalecer raciocínio oposto, quanto mais signos para serviços e produtos fossem utilizados pelo titular, maior seria a tutela contra a personalidade da pessoa jurídica, o que, definitivamente, não resiste a uma reflexão crítica.

Não há maior elasticidade de tutela contra o dano extrapatrimonial para quem dispõe de um patrimônio (material ou imaterial) mais amplo. Neste último ponto (iii), entretanto, merece esclarecimento a distinção pela qual o titular de mero pedido de registro de marca pode ser tutelado pelo regime contra um ato de suposta concorrência desleal e o titular de pedido pendente de concessão da patente não recebe tal tutela. Em primeiro lugar, insta destacar que apesar (a) do titular de um pedido de marca ser merecedor de tutela tal como (b) um mero utente de uma marca de fato (sem qualquer pleito de exclusividade pendente); há sim uma diferença qualitativa entre ambos. No primeiro caso (a) o sujeito de direito é um possuidor de signo que se encon-

919 Defendendo que a essência da tutela contra atos de concorrência desleal visa a proteção do patrimônio, vide MOSCO, Luigi. *La Concorrenza Sleale*. Napoles: Casa Editrice Dottores Eugenio Jovene, 1956, p. 95.

920 “A ofensa moral, portanto, deve ser dirigida à pessoa jurídica, à sua honra objetiva, já que a lesão à atividade empresarial, no âmbito do direito concorrencial, enseja indenização por danos materiais. Assim, para que se configure o dano imaterial, deve haver prova nos autos do abalo à imagem e ao prestígio sofrido pela sociedade perante seus clientes e fornecedores” BRASIL, TJRJ, 2ª Câmara Cível, Des. Luis Roldão de Freitas Gomes Filho, AC 0327067-78.2008.8.19.0001, DJ 13.04.2018.

921 Sobre a tradição do Direito Comercial de tutelar o possuidor não proprietário, vide ESTRÊLA, Hernani. *Da Comercialização do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, Volume 185, Ano 56, Fascículos 675 e 676, Set/Out, 1959, p. 35.

tra na situação jurídica subjetiva ativa da legítima expectativa de direito em transformar sua posse, ao termo do processo administrativo junto ao INPI, em propriedade. Portanto, o direito positivo reafirma a proteção à sua posse⁹²² publicizada via sistema atributivo, o que valoriza a situação jurídica do possuidor, além de maximizar as chances de economicidade do pedido de registro. Com relação ao segundo caso (b), o sujeito de direito é um possuidor de signo, sem legítimas expectativas de aceder à propriedade do mesmo, em que pese ser munido de situação jurídicas subjetivas passivas, em lei, que se enquadram como verdadeiras *exceções*⁹²³. Em outras palavras, para além dos direitos positivos que advêm de sua posse, goza hipóteses fáticas defensivas contra uma possível constituição proprietária alheia que adviesse restringir sua titularidade patrimonial não-exclusiva. Por fim, se na hipótese (a) a posse (pleito de registro – protegida por concorrência desleal) passa ser qualificada pelo reconhecimento e transformação em propriedade (registro consolidado – *rectius*, concorrência interdita), a vigência do direito de exclusividade se dará *a fortiori* da data da decisão administrativa pelo INPI. Com relação aos pedidos de patente, de outro lado, de fato a tutela, via abuso da liberdade de competir ao titular do mero pedido, potencializaria uma proteção ilegítima do alegado possuidor. Em primeiro lugar, a grande maioria dos pedidos de patente acabam sendo indeferidos pelo INPI⁹²⁴, de modo que, ao se tutelar o titular com a exclusão do terceiro, é provável que se esteja a ilidir uma con-

922 CPI/1996: “Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de: I - ceder seu registro ou pedido de registro; II - licenciar seu uso; III - zelar pela sua integridade material ou reputação”.

923 CPI/1996: “Art. 124. Não são registráveis como marca: XXIII - sinal que imite ou reproduza, no todo ou em parte, marca que o requerente evidentemente não poderia desconhecer em razão de sua atividade, cujo titular seja sediado ou domiciliado em território nacional ou em país com o qual o Brasil mantenha acordo ou que assegure reciprocidade de tratamento, se a marca se destinar a distinguir produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia” “Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148. § 1º Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro”.

924 Segundo a análise crítica minuciosa de GRAU-KUNTZ, Karin. *Sobre o valor econômico dos pedidos de patente*. Munique: IP Jurisdiction, Dez, 2018, disponível no site <https://ip-iurisdiction.org/sobre-o-valor-economico-dos-pedidos-de-patente/>, acessado em 22.08.2020, às 20:17, mais de oitenta por cento dos pedidos de patente acabam sendo indeferidos.

corrência danosa, porém leal. Não obstante, como a legislação de regência já outorga um forte desestímulo econômico ao terceiro⁹²⁵, durante o trâmite do pedido de patente, o equilíbrio de interesses entre o arrogado inovador e o terceiro é atingido sem a necessidade de atrair a incidência da *subsidiária* teoria da concorrência desleal. Ao final do trâmite do processo administrativo, se (1) o inovador obtiver o direito à concorrência interdita, o pleito compensatório e inibitório retroagirá à data da cognição (específica ou ficcional) sobre seu pedido; e, de outro lado; se (2) o que é mais provável estatisticamente, o inovador não obtiver a concorrência interdita – e a autoridade compreender que seu teor participa do domínio público –, o ato concorrencial do terceiro foi absolutamente leal.

Ademais, um derradeiro comentário merece ser feito sobre tais distinções de tutela para situações aparentemente símiles, que ultrapassa a retroatividade da proteção da concorrência interdita e que não se confunde com a probabilidade de exclusivas: enquanto a eventual reprodução do signo possuído por outrem tem uma possibilidade maior de gerar confusão e associação, a mera reprodução de tecnologia idêntica ou símile não providencia o mesmo embaraço à escolha do interlocutor. O teor utilitário pode ser mercenciado sobre formas de ‘identificação’ absolutamente díspares (ex.: fabricante de referência vs. fabricante genérico), mas o discernimento do consumidor corre o risco de ser genuinamente obnubilado se a sincronia de utências for havida em signos não-registrados.

Raciocínio diverso significaria em automatizar a incidência *especial e qualitativamente significativa* dos danos extrapatrimoniais como correlata incidental de qualquer lesão patrimonial, como o comezinho desrespeito a cláusula contratual⁹²⁶. Factualmente, a violação concreta e específica a bem

925 CPI/1996: “Art. 44. Ao titular da patente é assegurado o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente. § 1º Se o infrator obteve, por qualquer meio, conhecimento do conteúdo do pedido depositado, anteriormente à publicação, contar-se-á o período da exploração indevida para efeito da indenização a partir da data de início da exploração. § 2º Quando o objeto do pedido de patente se referir a material biológico, depositado na forma do parágrafo único do art. 24, o direito à indenização será somente conferido quando o material biológico se tiver tornado acessível ao público. § 3º O direito de obter indenização por exploração indevida, inclusive com relação ao período anterior à concessão da patente, está limitado ao conteúdo do seu objeto, na forma do art. 41”.

926 Na esteira do entendimento predominante no Tribunal da Cidadania a este respeito, vide exemplificativamente: “O mero descumprimento contratual, embora possa ensejar reparação por

jurídico de natureza patrimonial tem como consequência lógica a repercussão econômica negativa. Tal não significa dizer que a lesão a bem patrimonial seja incompatível com consequências existenciais danosas (a exemplo da destruição de bem de estimação presenteado por pai falecido da vítima às vésperas de sua morte), mas que constitui uma exceção à regra geral segundo a qual o bem jurídico afetado (patrimonial ou existencial), em geral, qualifica o tipo de dano efetivamente sofrido.

O uso não autorizado, a crítica ríspida e abusiva do bem intelectual alheio em muitos casos efetivamente causa efetivo dano patrimonial e não é necessário se recorrer a subterfúgios atécnicos para expandir a reparabilidade de eventual prejuízo sofrido. O que se nota, contudo, é que apesar dos julgados supra criticados presumirem prejuízos e até danos extrapatrimoniais, ignorando-se o ônus da prova que recairia sobre a vítima, é que o *quantum debeatur* arbitrado acaba sendo relativamente leve ao ofensor⁹²⁷. Ou seja, pela própria fragilidade argumentativa da presunção de danos sem fundamentação dogmática, quem dirime a contenda acaba ficando receoso de fixar danos extrapatrimoniais presumidos em montante elevado. Na esteira de maximizar a efetividade da tutela da suposta vítima, a extrema modicidade⁹²⁸ – fixada por tal corrente pretoriana – do valor a ser restaurado à título de danos extrapatrimoniais, acaba por promover exatamente os valores opostos que imbuiriam seu desidério.

Aqui se encontra mais uma distinção importante entre as relações de rivalidade (personalíssimas, sobre objeto infungível, fiduciárias etc.) e de concorrência (despersonalizadas, sobre objeto fungível, típicas à infidelidade da clientela). Se uma agremiação desportiva (associação) abusar de sua liberdade de expressão ao se referir ao rival, é mesmo provável que um dano extrapatrimonial, ou institucional, seja percebido. De outro lado, imitações sistêmicas,

danos materiais, não acarreta por si só, danos morais” BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 1837434/SP, DJ 05.12.2019.

927 No caso do mencionado BRASIL, STJ, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 466.761/RJ, DJ 04.08.2003, arbitrou-se o total de R\$ 50.000,00 em danos morais para a vítima, obrigação esta compartilhada pelos dois réus.

928 Sobre a falta de maturidade teórica na jurisprudência brasileira para a fixação de danos extrapatrimoniais, vide MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade Contratual e Extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2016, p. 14.

concorrências predatórias, usurpação, desvio de segredos, apropriação ilegítima de clientela ou de freguesia alheias são hábeis, se provadas, a demonstrar danos patrimoniais. Danos morais advindos de concorrência desleal certamente não podem ser presumidos e acabam sendo de incidência factual menos corriqueiras.

Na prática, pode-se afirmar que a atual postura do Superior Tribunal de Justiça em presumir danos (extrapatrimoniais e patrimoniais) à míngua de previsão legal e sem fundamentação convincente, cuida de ato paternalista que outorga tutela desproporcional (e quiçá geradora de enriquecimento ilegal) ao titular de direito de propriedade intelectual. Presumir⁹²⁹ danos neste contexto, ao fim e ao cabo, cuida de vilipendiar o devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, da CRFB).

9.2.3 Danos e Reiteração de Conduta pelo Ofensor

Conforme descrito no capítulo anterior, a reiteração da conduta do concorrente desleal (o que acaba se comunicando com o vetusto conceito de culpa) é uma *fattispecie* relevante no ambiente cível, seja para deflagrar situação jurídica autônoma da concorrência desleal parasitária, ou, se a tanto não se atingir, ao menos para influenciar o julgador no momento de fixação do *quantum debeatur* a título reparatório.

Imagine-se que em uma mesma demanda judicial o autor-vítima logra êxito em demonstrar que a conduta do réu-ofensor (i) violou preceito abstrato de proteção à leal concorrência, e (ii) que em virtude do inciso anterior, o autor sofreu uma série de prejuízos. Tendo em vista tal suporte fático, ventile-se que o ofensor praticou não uma conduta, mas uma série delas (e.g. subtração de segredo comercial, suborno de empregado para efeitos de sabotagem do processo industrial, ataques reputacionais versando sobre signos distintivos não registráveis, imitação sistêmica no conjunto-imagem de produtos), coordenadas e bem executadas para vitimar por deslealdade competitiva o mesmo agente econômi-

929 ALMEIDA, Alberto Ribeiro de. *Responsabilidade Civil pela Violação de Direitos Subjectivos da Propriedade Intelectual – as influências anglo-saxónicas*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, número 126, setembro-outubro de 2013, p. 53, descreve haver jurisprudência e doutrina europeia que adota a presunção dos danos como forma de lidar com a “dificuldade da prova da perda da clientela no quadro dos actos de concorrência desleal”. O autor, contudo, não se posiciona sobre o assunto.

co-vítima. Nesta hipótese, se faz necessário uma condenação quantitativamente mais alta do ofensor em virtude da pluralidade de danos infligidos, inclusive em respeito à lógica da extensão danosa havida no Código Civil⁹³⁰.

Em outras palavras, se a responsabilidade civil objetiva pertinente é útil à irrelevância da culpa no tocante ao *an debeatur*, fatos como o dolo, a negligência, a imprudência e (o que é mais raro no ambiente empresarial) a imperícia do réu, devem ser considerados⁹³¹ pertinentes para sua sanção pecuniária final.

9.3 A Valia da Tutela Inibitória e a Reparação *in Natura*

Ao contrário do pleito compensatório que exige a demonstração cumulativa do *ato ilícito* e do *dano*⁹³², a tutela inibitória perquirida pelo autor-vítima da pretensão pode e deve ser acolhida pela mera demonstração a ilicitude do ato imputado como desleal. A depender do tipo de ilicitude praticada, a exemplo da concorrência desleal dirigida à desinformação do público-alvo de ambos os concorrentes, a reparação *in natura* também pode ser extremamente útil, como (i) no caso de publicação custeada pelo ofensor esclarecendo aquilo que antes lutou para permanecer turvo, ou (ii) na destruição de material de divulgação que contenha o material difamante⁹³³. O ponto mais relevante, en-

930 CC/2002: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano”.

931 Acordo ADPIC/TRIPS: “ARTIGO 45. Indenizações 1 — As autoridades judiciais terão o poder de determinar que o infrator pague ao titular do direito uma indenização adequada para compensar o dano que este tenha sofrido em virtude de uma violação de seu direito de propriedade intelectual cometido por um infrator que tenha efetuado a atividade infratora com ciência, ou com base razoável para ter ciência. 2 — As autoridades judiciais terão também o poder de determinar que o infrator pague as despesas do titular do direito, que poderão incluir os honorários apropriados de advogado. ‘Em casos apropriados, os Membros poderão autorizar as autoridades judiciais a determinar a reparação e/ou o pagamento de indenizações previamente estabelecidas, mesmo quando o infrator não tenha efetuado a atividade infratora com ciência, ou com base razoável para ter ciência”.

932 Nas ações cuja causa de pedir seja a concorrência desleal a doutrina italiana bem aponta ser a tutela inibitória ou de remoção a principal, sendo a tutela compensatória meramente eventual e complementar: MOSCO, Luigi. *La Concorrenza Sleale*. Napoles: Casa Editrice Dottore Eugenio Jovene, 1956, p. 80.

933 Sobre a cumulação de sanções: inibitória, astreintes e até confisco/destruição do produto ilícito, vide ALEXANDRE-CASELLI, Claudine & BEDIDI-OUDAH, Zahia & DASTUGUE, Isabelle. GLAIS, Michel. *La concurrence déloyale et. Léffacement de la clientele*. Compte rendu d’une analyse jurisprudentielle. In. CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000, p. 128.

tretanto, se dá sobre o momento da concessão da tutela inibitória (sendo que a reparação *in natura* deverá aguardar uma decisão de mérito) já que hiatos extremados podem se revelar particularmente perigosos.

Se concedida de maneira *inaudita altera parte*, logo no início da ação judicial, há um enorme risco de a conduta *perscrutada* como abrasiva, diante do mercado relevante em específico, ser absolutamente regular. Factualmente, há mais riscos de a decisão judicial importar em restrição ilegítima às forças concorrenciais, em um pedido de contrafação a direitos de propriedade intelectual fincados na concorrência desleal, do que perante hipóteses de concorrência interdita. Tal não se dá, apenas, em virtude da já explanada sindicabilidade do ato administrativo que – em regra – antecede a concessão ou registro de um direito de exclusividade sobre bem imaterial – o que não ocorre diante da tutela contra atos de abuso da liberdade de competir. O ponto mais delicado, em verdade, trata da maior extensão da contenda, de uma mais ampla cognição dos pontos controvertidos. Enquanto na ação de contrafação de título proprietário (concorrência interdita) a cognição – na maioria das vezes – se dará entre a comparação da cártula e do ato, signo ou tecnologia empenhada pelo suposto ofensor (recorte micro), na demanda que cuida de concorrência desleal raramente uma análise circunscrita às partes litigantes gerará bom resultado normativo ao dirimir o feito.

A deslealdade, como explanado no capítulo em que foram discriminadas as características que apartam a concorrência ilegal, a concorrência interdita e a concorrência desleal são matérias de padrão mercantil (recorte mais amplo ou macro). Ou seja, algum referencial comparativo *extra partes* (desde que o mercado não seja duopolizado) será necessário a embasar a decisão judicial, de modo que decisões liminares podem ser muito arriscadas e equivocadas. Neste sentido, para além dos requisitos processuais próprios à tutela de urgência (como o risco de ineficácia do provimento final, da diligência da suposta vítima em não retardar com o ingresso da pretensão e da fumaça do bom direito que arroga), é importante que o Juízo leve em consideração fatores como (i) a oitiva prévia do ofensor (para um contraditório e ampla defesa mínima) antes de uma decisão interlocutória com possíveis efeitos de dano desproporcional; (ii) a oferta de caução⁹³⁴ – não só para o Demandante que pleiteia uma

934 CPI/1996: “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

obrigação de não-fazer por parte do Demandando, mas, a depender do caso, também do Demandado para garantir o Juízo em hipótese de sucumbência – e, no qual eventualmente persistam dúvidas razoáveis, uma zona de penumbra *ab initio litis*, sobre se sua autonomia negocial incide em deslealdade; e (iii) a especialização do público alvo em termos de discernimento acerca da possível obnubilação entre os concorrentes litigantes⁹³⁵.

Um último (iv) fator a ser considerado pelo Juízo é verificar se o autor-vítima antes de ingressar com a postulação fez uso de *pretensões* extrajudiciais em resposta ao ato de concorrência desleal. Por exemplo, se quem pleiteia a tutela jurisdicional (compensatória – *in natura* ou *in pecunia* – e/ou inibitória) diante do ato *infamante* à sua reputação, publicou matéria paga em periódica para retribuir *as gentilezas*, é recomendável que diante da *retorsão imediata*⁹³⁶ o Juízo evite a concessão das tutelas de urgência restritivas à liberdade de competir e prestigie eventual tutela meritória ao final da instrução probatória.

Recorde-se que padrões sobre a agressividade mercantil variam muito de setor a setor (pluralismo econômico), que as abrasividades entre concorrentes podem ser desagradáveis (mas constituirão uma forma de dano justo⁹³⁷) para quem participa da disputa da clientela, mas que podem ser úteis ao bem-estar dos demais núcleos de interesse (Estado, sociedade, consumidores, meio-ambiente etc.) que participam da relação jurídica ou social na qual o objeto é um

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. § 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória”.

935 Sobre como um consumidor altamente especializado pode alterar os padrões daquilo que é aceitável na conduta abrasiva competitiva (já que as probabilidades de confusão ou associação decaem), vide JANIS, Mark D. *Trademark and Unfair Competition*. 2ª Edição, Albuquerque: West Academic, 2017, p. 33.

936 *Mutatis mutandi*, sobre a necessidade de aguardar a devida instrução probatória diante de *retorsão imediata*, vide BRASIL, STJ, 6ª Turma, Min. Sebastião Reis, AgRg no AREsp 998551/MG, DJ 03.03.2017. Defendendo o direito de resposta com proporcionalidade, vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVII. 4ª Edição, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 335.

937 CC/2002: “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. Apesar de ser regular que um ato de concorrência leal gere danos, tal é lícito já que cuida do exercício regular de um direito reconhecido, qual seja, o direito subjetivo público de concorrer.

bem de produção. Neste sentido, em uma comparação das relações patrimoniais de concorrência com as relações existenciais desportivas, cada tipo de combate tem suas regras (esgrima, boxe, judô, caratê, artes marciais mistas), sendo um equívoco leviano julgar a *deslealdade* de um ato sob o critério de outra espécie de disputa intersubjetiva.

Repise-se, por exemplo, o delicado (já que se esmera entre a liberdade de expressão e a tutela aos direitos de propriedade intelectual alheios) caso das publicidades comparativas e o possível efeito informativo dos destinatários do mercado. A autocontenção judicial em querelas de hipersuficientes, o incentivo a métodos de solução de conflitos por vias extrajudiciais, recomenda que *in dubio* deve o Juízo optar pela opção *pro libertatis* (de iniciativa, de concorrência) – tanto no início do processo quanto, por maior razão, ao seu final.

De outro lado, não se ignora que uma parcela substancial de importantes espécies de criações imateriais é extirpada de uma proteção via direitos de exclusividade (como o conjunto imagem, expressões de publicidade, segredos comerciais e industriais etc.), mas que isso não importa em subtração de tutela de mérito. Boa parte das inovações incrementais que melhoram a qualidade dos consumidores, ou ao menos asseguram uma lucratividade honesta a seus originadores, advém da tutela possessória e de uma proteção contra atos desleais na competição cuja negligência de resguardos atenta contra todo o conteúdo da fonte normativa constitucional (a exemplo do art. 5º, XXIX, *criações industriais*, e 170 e incisos da CRFB).

Portanto, em muitos casos, o retardo da prestação jurisdicional poderá significar uma espécie de *licença compulsória* tardia⁹³⁸ em desfavor do autor da demanda, o que é particularmente relevante diante de mercados em que a *única garantia* de retorno ao investimento sobre criação genuinamente distintiva seria o *tempo de liderança*. Se (a) diante de provas (e não meras suspeitas ou indícios) convincentes, (b) uma narrativa processual adequada, (c) a devida diligência cronológica para não gerar legítimas expectativas no ofensor de que sua conduta seria tolerada, (d) diante da ausência de atos de retorsão extrajudiciais do autor da demanda, (e) do adimplemento de caução suficiente a garantir uma compensação do demandado na improcedência total ou parcial dos pedidos autorais, e, em especial, (f) um mini contraditório prévio com o demandado antes da decisão de tutela de urgência, em que o réu nada

938 Quiçá sem o pagamento de royalties, já que nada garante que o ofensor será solvente ao fim da lide.

explanar (omissão que não se confunde com a revelia), ou ao menos de tentar argumentar de modo convincente seu ato tido como lesivo, é recomendável a tutela inibitória que *estanque* a produção dos danos injustos.

A pedra de toque, portanto, entre a negativa de liminar inibitória (marco ou premissa maior diante das liberdades de iniciativa, concorrência, de expressão, de prestígio às decisões de mérito) e sua concessão (excepcional, processual e materialmente) consiste em uma expressão consagrada como *possibilidade confusória ou associativa*. Uma releitura de tal expressão, como explanado em capítulo anterior, resulta em uma demanda demonstrativa pelo autor da pretensão de uma *probabilidade objetiva* de confusão e associação. Para efeitos da tutela de urgência em sede liminar, esta probabilidade objetiva deverá ser considerável para, na ponderação específica entre a liberdade concorrencial e de iniciativa, justificar sua momentânea e precária prevalência. Neste ponto, aliás, a natureza do público-alvo será extremamente relevante para a demonstração de probabilidade objetiva considerável, já que, quanto maior for a especialização dos destinatários, menores as chances de *vitimização* do autor. Ainda assim, entretanto, é possível que um público altamente especializado⁹³⁹ e qualificado possa ser objeto de desvios ilegítimos pelos atos de uma concorrência predatória, atos de usurpação que afetam a distintividade ou reputação do concorrente leal.

Outro problema sensível é a interlocução entre a proteção contra atos de concorrência desleal e os abusos da liberdade de competir pertinentes a condutas sistêmicas e de difícil detecção, como (1) o parasitismo (sistemático) concorrencial não confusório⁹⁴⁰ e (2) os chamados novos paradigmas da deslealdade competitiva, como o ato de sonegação tributária direcionado a tal mister, ou a reiterada fuga das regulações setoriais que sirvam à manutenção de uma garantia de paridade qualitativa. Em tais hipóteses, a posição preferencial daquele que pratica o dano – do qual ainda não se sabe se justo ou não – deve ser prestigiada, sem impedir que, ao termo da instrução probatória, acabe se condenando o agente econômico, ou este e seu coautor. Nessa última hipótese, é pertinente destacar que a responsabilidade passiva se dará

939 JANIS, Mark D. *Trademark and Unfair Competition*. 2ª Edição, Albuquerque: West Academic, 2017, p. 246.

940 Para VANZETTI, Adriano & DI CATALDO, Vincenzo. *Manuale di Diritto Industriale*. Milão: Giuffrè Editore, 1993, p. 197, o que caracteriza o parasitismo concorrencial é exatamente a sistematicidade de imitações de iniciativas empresariais sem que haja confusão entre os sujeitos (imitante e imitado).

em caráter de solidariedade legal⁹⁴¹. De modo a não extirpar uma legítima tutela inibitória liminar em tal ambiente, de difícil comprovação no momento da distribuição da petição inicial, eventuais condutas anteriores do sujeito apontado como ofensor - e uma cautelosa exposição pelo demandante de que o ato do réu não coincide com padrões de mercado-, podem ser utilizadas pelo Juízo para evitar a dilapidação patrimonial do autor enquanto a instrução probatória ocorre.

Ao final da lide, independentemente de provas concretas sobre danos específicos sofridos pelo autor da pretensão condenatória, se restar demonstrado que o ilícito da concorrência desleal foi praticado, diversas tutelas *in natura* podem ser utilizadas como forma de reparação que não se confunde com pecúnia. Como exemplos de tal assertiva, exemplifique-se: (i) a publicação em diários de grande circulação da sentença condenatória mediante custeio do réu (particularmente útil quando não for claro o dano emergente⁹⁴², mas em termos de aviamento for possível constatar alguma alteração nos lucros cessantes⁹⁴³); (ii) o envio de missivas direcionadas, com texto previamente revisado pelo demandante, para toda a clientela do ofensor que restou capturada e desviada junto ao autor, mediante o proceder ilícito dirimido em juízo (o que é bastante pertinente na hipóteses de clientes específicos – em geral grandes clientes – que trocaram de fornecedor); (iii) o envio de comunicados direcionados com teor previamente revisado pelo demandante, para todos os intermediários do ofensor (particularmente útil em hipóteses em que os concorrentes não lidam diretamente com o público final, mas sim com distribuidores); (iv) a determinação específica do juízo com relação à não revelação dos segredos do concorrente leal, absorvidos mediante a prática ilegítima; (v) a cessação do ato inquinado de desleal (a exemplo da exibição contínua de uma

941 CC/2002: “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.

942 CPI/1996: “Art. 208. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido”

943 CPI/1996: “Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem”.

publicidade comparativa predominantemente subjetiva e danosa); e até (vi) o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual (o que tende a ser pró competitivo em termos de tecnologias e ornamentos).

9.4 Conclusão

A responsabilidade civil pertinente à concorrência desleal, diante das considerações acima feitas, pode ser vista com imbuída uma série de peculiaridades já que (i) cuida de incidência da violação a deveres jurídicos originários em que a culpa do ofensor é irrelevante para fins do *an debeatur*. Seja pela ótica dos riscos ínsitos à atividade empresarial, ou pelo fato de que a concorrência desleal é produto do abuso da liberdade de competir, trata-se de responsabilidade de matiz objetiva; (ii) tem a tutela dos interesses abstratos protegidos contra os atos tidos como ilícitos, sob o prisma do mercado relevante. Neste ponto, basta ao demandante demonstrar que a conduta do ofensor foi desconforme e ilegítima (interesses abstratos) sob o recorte do mercado pertinente para fazer jus a tutelas inibitórias; (iii) apesar de atinente à responsabilidade objetiva, não é tecnicamente correto adotar uma postura que pela mera demonstração do ato ilícito (ii) se presumiriam danos. O ônus da prova é situação jurídica subjetiva pertinente a quem se arroga como vítima da conduta desleal alheia, sendo o proceder dos tribunais quanto à presunção de danos uma atitude paternalista e sem amparo na legalidade constitucional. A responsabilidade civil no ambiente do abuso da liberdade de competição em nada ganha, em termos de previsibilidade e objetividade, pela erosão dos filtros qualitativos pertinentes; (iv) com relação ao ambiente extrapatrimonial, a referida presunção (iii) é ainda mais gravosa, já que na grande maioria das oportunidades os danos concretos porventura demonstrados pela vítima serão genuinamente patrimoniais; (v) ainda que seja pertinente a responsabilização objetiva (i), o grau de culpabilidade do ato do ofensor pode ser utilizado como um critério de sopesamento de atribuição do dever de reparar econômico, a exemplo da reincidência (concorrência qualificada pelo parasitismo) ou da intensidade (concorrência parasitária); (vi) sob o crivo de uma hermenêutica promotora de uma tutela não apenas contra a lesão, mas, ainda, contra a ameaça ao direito, é plenamente possível se ventilar uma responsabilidade civil aplicável que mire na prevenção de danos de alta probabilidade de incidência (risco objetivo); (v) neste sentido, as tutelas inibitórias serão

uma das formas mais eficazes de se inibir condutas idênticas e desleais por parte do ofensor; (vi) não obstante, as chances de obtenção de uma tutela de urgência *ab initio litis* no ambiente da concorrência desleal são substancialmente menores do que aquelas pertinentes ao cerne da concorrência interdita. A ausência de um ato administrativo de constituição, ou de uma autonomia privada específica (a exemplo da cláusula de não-concorrência em um contrato entre os litigantes), exige o ônus probatório do demandante e, destarte, pormenorizada instrução probatória; (vii) a exceção a tal premissa maior (vi), segundo a qual a liberdade se presume e a constrição, inibição ou cessação são premissas menores, pode ser obtida diante de ofensor, que tenha sua conduta reiterada, ou diante de um padrão mercantil em que o réu esteja ilegitimamente mais próximo do autor, sem que tal se observe nos demais agentes econômicos do mercado.

Entre todos os recortes possíveis para o estudo e o debate dos atos de concorrência desleal é possível asseverar que aquele da responsabilidade civil é um dos meandros com menor maturidade doutrinária, prudencial e pragmática no direito brasileiro.

Conclusão

De modo distinto de países como o Peru, que decidiram por centralizar as políticas públicas versando sobre direito do consumidor, direito antitruste e propriedade intelectual em uma só autoridade (INDECOPI – Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual⁹⁴⁴); ou dos Estados Unidos da América que, pela ausência regulatória mais incisiva sobre direito do consumidor (quicá mais adepta do *caveat emptor* do que do *caveat venditor*), desenvolveu pela doutrina a lógica mais ampla das *práticas comerciais desonestas*; no Brasil ainda há uma tímida comunicação entre as searas da tutela contra a concorrência desleal, direito do consumidor e direito da concorrência. Certo é que os vasos comunicantes, *terrae brasiliis*, entre as autarquias de defesa do consumidor (a exemplo do

944 PERU. Lei de Propriedade Industrial. Decreto Legislativo 823/1996: “*Artículo 4º - La Oficina de Inventiones y Nuevas Tecnologías del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es competente para conocer y resolver en primera instancia todo lo relativo a patentes de invención, certificados de protección, modelos de utilidad y diseños industriales, incluyendo los procesos contenciosos en la vía administrativa sobre la materia. Asimismo, tiene a su cargo el listado de licencias de uso de tecnología, asistencia técnica, ingeniería básica y de detalle, gerencia y franquicia, de origen extranjero. La Oficina de Signos Distintivos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), es competente para conocer y resolver en primera instancia todo lo relativo a marcas, nombres y lemas comerciales y denominaciones de origen, incluyendo los procesos contenciosos en la vía administrativa sobre la materia. La Sala de la Propiedad Intelectual del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), conocerá y resolverá los recursos de apelación en segunda y última instancia administrativa*”. Tradução Livre: “Artigo 4 – O Departamento de Invenções e Novas Tecnologias do Instituto Nacional de Defesa da Concorrência e de Proteção da Propriedade Intelectual (Indecopi) é competente para conhecer e resolver em primeira instância tudo o que for relativo a patentes de invenção, certificados de proteção, modelos de utilidade e desenhos industriais, incluindo os processos administrativos contenciosos sobre a matéria. Além disso, é responsável pela lista de licenças de uso de tecnologia, assistência técnica, engenharia básica e de detalhamento, gerência e franquia, de origem estrangeira. O Departamento de Sinais Distintivos do Instituto Nacional de Defesa da Concorrência e de Proteção da Propriedade Intelectual (Indecopi) é competente para conhecer e resolver em primeira instância tudo o que for relativo a marcas, nomes e lemas comerciais e denominações de origem, incluindo os processos administrativos contenciosos sobre a matéria. A Câmara de Propriedade Intelectual do Tribunal do Instituto Nacional de Defesa da Concorrência e de Proteção da Propriedade Intelectual (Indecopi) conhecerá e resolverá os recursos de apelação em segunda e última instância administrativa”.

PROCON/RJ⁹⁴⁵), o INPI e o CADE são no máximo esparsos. De certa forma, entretanto, há algumas vantagens da autonomia jurídica mais vasta de tais ramos da prudência jurídica, estando as últimas duas em etapas deveras mais sofisticadas e avançadas do que a primeira⁹⁴⁶.

Entre outras razões, ratifique-se o perigo da pasteurização principiológica ou dos padrões, entre todos, do arquétipo da boa-fé objetiva, conforme foi salientado no capítulo quatro. Exatamente pelas escolhas políticas das autonomias dos ramos do direito, é fundamental que, na jurisdição afeita à concorrência desleal, não se imponha um grau de boa-fé ínsito ao direito do consumidor perante uma relação abrasiva entre partes profissionais, empresárias, que disputem a mesma clientela. O pluralismo setorial no tratamento da disciplina do abuso da liberdade de competir, destarte, não significa dizer que, no hiato temporal de sístoles e diástoles (a pendularidade narrada no item 3.5 supra) de práticas setoriais, sempre haverá a tendência a práticas desonestas, porém calculáveis. Como a concorrência desleal é uma zona de penumbra, de genuína subsidiariedade das demais formas de concorrências ilícitas, a existência de alguma margem de agressividade mutante não significa libertinagem e antropofagia.

Não obstante, tal como desenvolvido no capítulo segundo, a leitura poliédrica das relações de competição privada traz núcleos de interesses não mercantis (meio ambiente, Estado, consumidores) à gravidade do ambiente concorrencial. Isto não significa dizer que o recorte analítico do direito antitruste e da concorrência desleal seja o mesmo, mas, sim, que não é mais correto afirmar que, pela legalidade constitucional, a tutela contra a concorrência desleal almeja a proteção, exclusiva e diretamente, do concorrente.

Sem prejuízo, para além do exercício do poder de polícia e da própria jurisdição criminal e cível, é papel do Estado fazer uso do fomento e da regu-

945 Lei Estadual 9.953/Rio de Janeiro.

946 Apesar do Código da Propriedade Industrial de 1945, de 1971, e de 1996, do Código Penal, e do próprio Código Comercial terem previsões a respeito da tutela contra atos de concorrência desleal, não se pode afirmar que a doutrina e as decisões judiciais estejam particularmente avançadas no tema. De outro lado, apesar do CDC de 1990 ser a primeira legislação de regência no tema de consumo, trata-se de uma das melhores peças legislativas sobre o tema no mundo. Também a Lei 12.259/2011 traz avanços interessantes na regulação antitruste face a Lei 8.884/94. Nos últimos dois casos o grau de debate doutrinário é bastante profundo e maduro em comparação ao que ocorre no ambiente da concorrência desleal.

lação para estimular práticas espontâneas dos agentes econômicos quanto ao grau de agressividade mercantil.

Outra preocupação fundamental quanto ao papel do Estado cuida das assimetrias regulatórias e tributárias que podem gerar para além da concorrência desleal, abuso do poder econômico e violações antitruste. Tal foi umas das conclusões havidas no capítulo quinto. Neste sentido, as práticas descritas como *novos paradigmas* da concorrência desleal – capítulo sexto – também importam em usos ‘criativos’ de evasões fiscais e burlas regulatórias que afetam a *isonomia* da liberdade de competição. Pode-se, até mesmo, suscitar a aplicação os preceitos fundamentais nas relações (inter) privadas para legitimar um pedido de condenação do concorrente pelo abuso da liberdade de competir, quando o demandado faz uso de táticas ilegítimas de redução dos custos produtivos a exemplo das fraudes fiscais.

Não obstante, conforme explanado no capítulo três, tanto a doutrina quanto os precedentes pretorianos corriqueiramente confundem o campo da concorrência desleal com as outras duas formas de ilicitude competitiva (*interdita* e *ilegal*). Aliás, o próprio legislador no CPI/1996 acabou por escolher nomenclatura equivocada para criminalizar certas práticas competitivas desonestas.

A advocacia na propriedade intelectual às vezes se comporta no eixo daquilo que se denominou de *direito penal do autor*, estigmatizando concorrentes (*verbi gratia*: “o réu é indústria reprodutora, genéricos”; o réu advém de país conhecido por práticas de contrafação” etc.) e acusando qualquer prática competitiva danosa, agressiva, porém legítima, de desleal. Outra prática comumente enveredada, ainda, é pertinente a superposição atécnica e apelativa de pedidos subsidiários fincados em direito de exclusividade, ou, se impertinente, em concorrência desleal, ou, se não foi o caso, pela aplicação da teoria da vedação ao enriquecimento sem causa. Investe-se tanto em *contencioso estratégico* de combate aos concorrentes quanto em pesquisa, inovação e desenvolvimento. Aliás, não é incomum que o abuso do direito de petição apresentado como direito subjetivo público constitucional seja uma forma de travestir uma prática competitiva, esta sim, desleal.

Por sinal, esta pesquisa demonstrou a (infeliz) frequência – capítulo sétimo – com a qual sujeitos de direito que escapam às relações do segundo setor no recorte empresarial, estão litigando sob as causas de pedir afeitas à concorrência desleal para enveredar pedidos com relação à desvio de clientela, mesmo quando o contexto seja (a) o ambiente democrático das eleições, (b) re-

lações sociais havidas nas lojas de maçonaria, (c) liames peculiares a templos religiosos, (d) doações pertinentes a fundações e associações de matiz caritativa. Ainda que haja uma tendência internacional de sobrepujar o recorte restritivo aos setores comercial/industrial proposto pelos dois mais importantes tratado-contratos que regem a propriedade intelectual no mundo (vide capítulo quarto), propôs-se a manutenção do tradicionalismo distinguindo a *rivalidade* (âmbito das relações civis) e *concorrência* (pertinências empresariais).

Dentro do norte proposto no capítulo primeiro – e em diálogo com o proposto no capítulo oitavo –, nota-se que a confusão entre as abrasões de vínculo existencial e aquelas de liame patrimonial costumeiramente são feitas dentro de um ecumenismo metodológico que visa tutelas paternalistas. Apesar do esforço de Projetos de Lei – tal como o mencionado que tramita no Senado Federal para a reforma do Código Comercial de 1850 –, a liberdade de iniciativa não cerceia a inspiração e transformação de bens imateriais criados por outrem, devidamente empregados fora do nicho concorrencial. A própria noção de concorrência interdita afeita às marcas de alto-renome evita que interpretações não competitivas do sistema capitalista nacional possam legitimar o denominado aproveitamento parasitário sem concorrência.

Neste sentido, tampouco visa-se justificar a ausência de proibição com a legitimidade da conduta. O que se afirma, é que a *causa jurídica* legitimadora da imitação não-competitiva – e fora do alcance da tutela da *associação* –, seja a liberdade de iniciativa. Deste modo, a aplicação da teoria da vedação ao aproveitamento parasitário em causas deste gênero (lides comerciais) serve de transplante indevido de um instituto, que tem uma estrutura e função bem delimitadas pela doutrina, apenas para criar barreiras à entrada que não atendam ao *desenvolvimento econômico, tecnológico e social* de que trata o mencionado art. 5º, XXIX, da CRFB.

Na reta final da pesquisa, demonstrou-se no capítulo nono as dificuldades pretorianas com a responsabilidade civil no campo da concorrência desleal. Para além da aplicação da responsabilidade subjetiva – quando se trata de campo da responsabilidade objetiva – e da presunção de danos, realizou-se análise crítica que prestigia mais (a) a tutela de cessação da conduta ilegítima, (b) a inibição de conduta ilícita (que ainda não se deu, mas está em vésperas de incidir) que poderá ocorrer em um juízo de probabilidade, (c) a reparação *in natura* ou da utilização publicitária para retratação, ou (d) a licença compulsória como consequência do ato de abuso da liberdade de competir;

que a estática repressiva das perdas e danos. Não se consegue endossar que a lógica de presunção de danos, em especial os extrapatrimoniais – servirá para dissuadir práticas ilegítimas, ou mesmo seja uma arquitetura adequada para lides entre hipersuficientes.

Por fim, as linhas descritivas da dicotomia da *rivalidade* e da *concorrência* importam em uma defesa do Direito Civil contra avanços discursivos, impróprios, do Direito Comercial. Fenômenos descritos sobre o abuso da personalidade jurídica, a utilização de entes do terceiro setor para realizar mercancia, não podem apenas estar sob o albergue do direito positivo ou pressuposto. A harmonia entre as searas jurídicas importa em diálogo, influência e avanço, mas não em justaposição, confusão e obnubilação das diferenças históricas e aplicações práticas.

Bibliografia

ABBOTT, Ryan Benjamin. *The reasonable robot: Artificial Intelligence and the law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2020.

ABE, Nilma de Castro. *Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública*. Brasília: Revista da AGU, Ano VII nº 18, Out/Nov, 2008.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O Princípio da Igualdade e o Direito das Obrigações*. In TEPEDINO, Gustavo José Mendes, FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e O Tempo, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

ALEXANDRE-CASELLI, Claudine & BEDIDI-OUDAH, Zahia & DASTUGUE, Isabelle. GLAIS, Michel. *La concurrence déloyale et. Léffacement de la clientele*. Compte rendu d'une analyse jurisprudentielle. In. CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000.

ALMEIDA, Alberto Ribeiro de. *Responsabilidade Civil pela Violação de Direitos Subjectivos da Propriedade Intelectual – as influências anglo-saxónicas*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, nº 126, Set/Out, 2013.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do Direito e Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2004.

ALPA, Guido. *I Principi Generali*. 2a Edição, Milão: Giuffrè, 2006.

ALVES, Isabela de Sena Passau. *A Tutela dos Segredos de Negócio à Luz da Diretiva 2016/943 da União Europeia*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, nº 155, Jul/Ago, 2018.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução Das Obrigações E Suas Consequências*. 4ª. Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 9ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.

AMARAL, Heitor Estanislau do. *Violações de Sinais Distintivos. Sanções Cíveis e Criminais. Procedimentos Judiciais Cabíveis*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 94, maio-junho de 2008.

AMERICANO, Jorge. *Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1932.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo Econômico e Direito*. Coimbra: Ed. Almedina, 2009.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa e. *Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 85, novembro-dezembro de 2006.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Direito do Comerciante à Renovação do Arrendamento*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1940.

ANDRADE, Gustavo Piva de. *O Trade Dress e a Proteção da Identidade Visual de Produtos e Serviços*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 112, maio-junho de 2011.

ANDRADE, José Maria Arruda de & PINTO, Alexandre Evaristo. *Da Livre-Iniciativa na Constituição Federal de 1988*. In: NUSDEO, Fábio (Coordenador). *A Ordem Econômica Constitucional*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ANTONIAZZI, Lucas Bernardo. *A Análise da Perspectiva Pública da Concorrência Desleal Através das Decisões do CADE*. Dissertação de Mestrado defendida junto ao Instituto de Economia do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2019.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. Volume 1. 10ª Edição, Coimbra: Almedina, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARIBONI, Pietro. *A Responsabilidade Profissional dos Advogados e Agentes da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 99, março-abril de 2009.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. São Paulo: Ed. Edipro, 2007.

ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 3ª Edição, Milão: Editore Dottore A. Giuffré, 1960.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Ed. Almedina, 2002.

_____. *Direito Civil*. Vol. II, Ações e Fatos Jurídicos. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2010.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil – Industrial, Econômico e Financeiro, nº 104. Out/Dez, 1996.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª. Edição, 3ª Triagem, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

AUTERI, Paolo. *Italy*. In: HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013.

ÁVILA Humberto Bergmann. *Competências Tributárias, um Ensaio Sobre a Sua Compatibilidade com as Noções de Tipo e Conceito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

_____. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

BACHER, Gustav. *Hungary*. HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARBOSA, Ana Paula Costa. *A Legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma Introdução ao Direito da Propriedade Intelectual*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

_____. *Propriedade Intelectual: aplicação do acordo TRIPs*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

_____. *A concorrência desleal, e sua vertente parasitaria*. Rio de Janeiro: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/concorrencia_desleal.pdf, acessado no dia 19.09.2020, às 18:48.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito Civil da Propriedade Intelectual*. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016

_____. *E-stabelecimento*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2018.

BARBOSA DE OLIVEIRA, Rui Caetano. *As cessões de clientela*. Obras Completas de Rui Barbosa – Vol. XL. Tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913.

_____. *Oração aos Moços*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Hedra, 2020.

BARBOZA, Heloísa Helena Gomes. *Reflexões sobre a Autonomia Negocial*. In TEPEDINO, Gustavo José Mendes & FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e O Tempo, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*. Traduzido por Jesús Ernesto García Rodríguez. Madri: Editorial Trotta, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018.

BARRETO FILHO, Oscar. *A Contribuição e Tullio Ascarelli à Teoria Jurídica da Concorrência Empresarial*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 38, abril-junho de 1980.

_____. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª Edição, Ed. Renovar; Rio de Janeiro, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Ed. Zahar Editora, 2001.

BAZZANEZE, Ricardo. *Avaliações falsas na internet como ato de concorrência desleal*. In: Org. LUPION GARCIA, Ricardo & ARAÚJO, Fernando. *Direito, Tecnologia e Empreendedorismo*. Porto Alegre: FAPERGS – Editora Fi, 2020.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. Traduzido por Paulo M. Oliveira. 2ª Edição, Bauru: Ed. Edipro, 2010.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a Uma Outra Modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval Tributário*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. LEJUS, 1999.

BENJAMIN, Walter Benedix Schönflies. *A Obra de Arte na Era da Sua Reprodutibilidade Técnica*. In: BENJAMIN, Walter Benedix Schönflies. DETLEV, Schöttker. SUSAN, Buck-Morss MIRIAM, Hasen. Benjamin e a obra de arte: técnica, imagem, percepção. Tradução Marijane Lisboa e Vera Ribeiro; organização Tadeu Capistrano. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 2012.

BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*. London: Yale University Press, 2006.

BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Traduzido por AZEVEDO, Dinah de Abreu. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1984.

BESANKO, David & DRANOVE, D & SHANLEY, M & SCHAEFER, S. Traduzido por Christiane de Brito. *A Economia da Estratégia*. 5ª Edição, Porto Alegre: Ed. Bookman, 2012.

BETTI, Emílio. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. Traduzido por Karina Jannini e Giuliano Crifò. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos Fundamentais, Democracia e constitucionalização. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014.

_____. *Poder de Polícia Ordenação Regulação*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

BIZELLI, Rafael Ferreira. *Contrato Existencial*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2018.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Ed. Elsevier, 2004.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Traduzido por Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 10ª Edição, 1999.

BODENHAUSEN, Georg Henrik Christiaan. *Guide to the application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*. Genebra: União Internacional, Escritório de Proteção da Propriedade Intelectual, 1968.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Traduzido por Fernando Tomaz. 15ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 2011.

BRAGA, Cristiano Prestes & BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. *A Perícia Técnica para Apuração das Perdas e Danos no Curso do Processo de Conhecimento em Ações Ressarcitórias por Violações da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 132, setembro-outubro de 2014.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. *O Segredo de Negócio no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 101, julho-agosto de 2009.

BRUGUIÈRE, Jean-Michel. *Propriété Intellectuelle Et Droit Commun*. Marselha: Ed. Presses Universitaires D'Aix Marseille, 2007.

BU, Yuanshi. *China*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013.

BUCK, Holger. *Country Reports, parágrafo 60 – Austrália*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013.

BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 4ª Edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2000.

BUNAZAR, Maurício Baptistella. *Obrigação Propter Rem*. Aspectos Teóricos e Prático. São Paulo: Atlas, 2014.

BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. *El Abuso del Derecho*. 2ª Edição, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970.

CABRAL, Filipe Fonteles & MAZZOLA, Marcelo Leite da Silva. *O Teste 360º de Confusão de Marcas*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 132, setembro-outubro de 2014.

CAENEGEM, Raoul Charles van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1995.

CAMELIER DA SILVA, Alberto Luiz. *Concorrência Desleal: Atos de Confusão*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARDOSO, Luiz Eduardo & KAYAL, Maria Cecília Gonçalves. *A relevância econômica da marca e a repressão à concorrência desleal*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, nº 149, Jul/Ago, 2017.

CARDOZO, Benjamin. *A natureza do Processo Judicial*. Traduzido por Silvana Vieira. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *Come Nasce Il Diritto*. Milano: RAI, 1942.

_____. *Usucapion de La Propiedad Industrial*. Traduzido por Francisco Apodaca y Osuna. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1945.

CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. *Uma Breve Análise sobre a Interface entre Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, nº 124, Mai/Jun, 2013.

CARVALHO, Gilberto Sodré de Abreu. *Responsabilidade Civil Concorrencial. (Introdução ao Direito Concorrencial Privado)*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Luiz A. de. *Do Aproveitamento Parasitário da Fama de Signo Distintivo Alheio no Exame dos Pedidos de Registro de Marcas no Brasil*. São Paulo: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 10, janeiro-fevereiro de 1994.

CARVALHO, Orlando Alves Pereira de. *Direito das Empresas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2012.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª Edição, Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Trade Dress: a proteção ao conjunto informativo do Banco Itaú S.A.* Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 114, setembro-outubro de 2011.

CARVALHO, Vinicius Marques de. *As Finalidades da Defesa da Concorrência: uma leitura a partir da ordem econômica Constitucional*. In: NUSDEO, Fábio (Coordenador). *A Ordem Econômica Constitucional*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CASTRO, Beatriz Vergaça. *Sinais Distintivos não tradicionais: o caso Louboutin*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, nº 148, Mar/Jun, 2017.

CASTRO, Raul Murad Ribeiro de. *O Dano Patrimonial na violação de bens imateriais Industriais*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Orientação do Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino, 2019.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons Costumes no direito civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. Almedina 2017.

CASTRO NEVES, José Roberto de. *Medida por medida: o Direito em Shakespeare*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.

_____. *Direito das obrigações*. 6ª Edição, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.

CATALAN, Marcos Jorge. *Morte da culpa na responsabilidade contratual*. 2ª. Edição, Indaiatuba: Ed. Foco, 2019.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Volume I - Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. 3ª Edição atualizada por Denis Borges Barbosa & Newton Silveira, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012.

CHAPUT, Yves (Org). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Da Responsabilidade Civil no Código de 2002 – aspectos fundamentais. Tendências do Direito Contemporâneo. Reflexões sobre a Autonomia Negocial*. In TEPEDINO, Gustavo José Mendes & FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e O Tempo, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

_____. *Requisitos Fundamentais para a Proteção Autoral de Obras Literárias, Artísticas e Científicas. Peculiaridades da Obra de Artes Plásticas*. In. Org. MAMEDE, Gladston & FRANCA FILHO, Márcilio Toscano & RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito da Arte*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

_____. *Obras Póstumas e Direito de Autor*. In: Coordenadores SIMÃO, José Fernando & BELTRÃO, Silvio Romero. *Direito Civil*. Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Violações de direito autoral: plágio, “autoplágio” e contrafação*. Coordeadores MATTES, Anita & PONTES, Leonardo Machado & COSTA NETTO, José Carlos & EGEA, Maria Luiza de Freitas Valle & CARASSO, Larissa Andréa. *Direito Autoral Atual*. São Paulo: Elsevier, 2015.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar 2010.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva. (Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea)*. 4ª Edição, 2ª Triagem, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Natureza subjetiva da responsabilidade civil dos administradores de companhias*. In *Revista de Direito de Empresa*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

COLLIN, Robert. *L'application de l'article 85 #3 du traite de rome aux contrats de propriete industrielle*. (Org.) CHAVANNE, Albert. *La 6e Rencontre de Propriété Industrielle*. L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur les droits de propriété industrielle. Lyon: Libraires Techniques, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Função Social da Propriedade dos Bens de Produção*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 63, julho-setembro de 1986.

_____. *As Cláusulas de não-concorrência nos “Shopping Centers”*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 97, janeiro-março de 1995.

_____. *A civilização Capitalista*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

CORGILL, Dennis. *United States of America*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013.

CORREA, José Antônio Barbosa Lima Faria. *Considerações sobre o Tratamento do Segredo de Negócio - os Efeitos da Nova Lei de Propriedade Industrial*. São

Paulo: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 27, março-abril de 1997.

CORREIA, Ferrer A. *Reivindicação Do Estabelecimento Comercial Como Unidade Jurídica*. Coimbra: 1962.

COSTA, José Augusto Fontoura. Doch das Messer Sieht Man Nicht: reflexões sobre o plágio e outras desonestidades. In. Coordenadores SIMÃO, José Fernando & BELTRÃO, Silvio Romero. *Direito Civil*. Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2015.

COUTINHO, Diogo R. *A Constituição de 1988 e o Estado Regulador Brasileiro*. In. NUSDEO, Fábio (Coordenador). *A Ordem Econômica Constitucional*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las & PALAZZI, Pablo & HERRERO, Andrés Sánchez & SEREBRINSKY, Diego H. *Derecho de la Competencia Desleal*. Buenos Aires: Heliasta, 2014.

CUNHA, Carolina. *A indenização de Clientela do Agente Comercial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

DAIGRE, Jean-Jacques & REGNAUT-MOUTIER, Corinne. *Le cas des clientele civiles*. In. CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000.

DANNEMANN, Gert Egon. *A Concorrência Desleal*. Uma Pesquisa sobre as Decisões Judiciais dos Tribunais Brasileiros. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 61, janeiro-fevereiro de 2002.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa De Direito Civil (Parte Geral)*. Aulas Proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945). Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

DANTAS BISNETO, Cícero. *Formas Não Monetárias de Reparação do Dano Moral*. Florianópolis: Ed. Tirant, 2019.

DELMANTO, Celso. *Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

DE VREY, Rogier. *Netherlands*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013.

D'HANENS, Laetitia Maria Alice Pablo. *Aplicabilidade da Teoria do "Todo Indivisível" no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 110, janeiro-fevereiro de 2011.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DI BLASI, Clésio Gabriel. *A Propriedade Industrial*. Os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Gen Forense, 2010.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro, 2009.

DOMINGUES, Juliana Oliveira & GABAN, Eduardo Molan. *Livre-Iniciativa. Livre Concorrência e Democracia*. In. NUSDEO, Fábio (Coordenador). *A Ordem Econômica Constitucional*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikháilovitch. *O Ladrão Honesto e Outros Contos*. Traduzido por Cecília Rosas. São Paulo: Ed. Hedra, 2013.

DUVAL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1976.

ESTRÊLA, Hernani. *Da Comercialização do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, Volume 185, Ano 56, Fascículos 675 e 676, Set/Out, 1959.

FABBRI JÚNIOR, Hélio. *Responsabilidade Civil: dano moral oriundo das relações concorrenciais*. São Paulo: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 12, julho-outubro de 1994.

FABIANI, Ludmila Olszanski. *Corrupção de Empregado no âmbito da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96)*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 92, janeiro-fevereiro de 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

_____. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Livre Concorrência (art. 170) e Repressão ao Abuso do Poder Econômico (art. 174, parágrafo 4º) Como fundamentos do Direito da Concorrência*. In: NUSDEO, Fábio (Coordenador). *O Direito Econômico na Constituição de 1988*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FEKETE, Elisabeth Edith Glorita Kasznar. *Reparação do Dano Moral Causado por Condutas Lesivas a Direitos de Propriedade Industrial: Tipologia, Fundamentos Jurídicos e Evolução*. São Paulo: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 35, julho-agosto de 1998.

_____. *O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Estabelecimento Empresarial*. Trespasse e Efeitos Obrigacionais. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

FERRARA, Francesco. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução Ao Estudo Do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 6ª Edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de Direito Comercial*. Volume 6, São Paulo: Ed. Saraiva, 1962.

_____. *Tratado de Direito Comercial*. Volume 7, São Paulo: Ed. Saraiva, 1962.

FERRI, Giuseppe. *Creazioni Intellettuali e Beni Immateriali*. In: FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI ROMA. Studi in Memoria di Tullio Ascarelli. Volume II. Milão: Casa Editrice Dottore A. Giuffrè, 1969.

FISHER III, William W. *Text And Contexts: The Application To American Legal History Of The Methodologies Of Intellectual History*. Stanford Law Review, Volume 49, Maio de 1997.

FONSECA, Antonio. *Concorrência e Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 36, setembro-outubro de 1998.

FONTES, André Ricardo Cruz. *A Pretensão Como Situação Jurídica Subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª Edição. São Paulo: Ed. dos Tribunais, 2010.

_____. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Interpretação dos Negócios Empresariais e a Constituição Federal*. In. NUSDEO, Fábio (Coordenador). *A Ordem Econômica Constitucional*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FORGIONI, Paula Andrea & CAMILO JÚNIOR, Ruy. *Marca, Concorrência e Jurisdição*. Org. BIANCHI, José Flávio & PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça & ALVIM, Teresa Arruda. *Jurisdição e Direito Privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. A nova parte geral. 9ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato: Confronto com o Direito Europeu Futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito Empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades*. 4ª Edição, São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 2012, p. 141.

FRANCO, Vera Helena de Mello & SZTAJN, Rachel. *Falência e Recuperação da Empresa em Crise*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Inadimplência Tributária pode ser Ilícito Concorrencial?* Sítio Virtual Jota (https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opinia-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/inadimplencia-tributaria-pode-ser-ilicito-concorrencial-16102019). Publicado em 16.10.2019, acessado em 04.05.2020.

FREIRE, J. Renato Corrêa. *Livre Concorrência e Conglomerados ou Controle de Preços*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, números 21-22, 1976.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *La dialectique entre servisse public et clientèle: vers une nouvelle régulation*. In: CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos Morais e a Pessoa Jurídica*. São Paulo: Ed. Método, 2008.

FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e Inadimplemento Substancial*. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

GAEDE, Helena Candida Lisboa. *Importação Paralela e Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 83, maio-junho de 2006.

GALGANO, Francesco. “*Lex Mercatoria*”. Traduzido por Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 129, janeiro-março de 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil*. Obrigações. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

GHIROTTI, Enrico. *Il Patto di Non Concorrenza nei Contratti Commerciali*. Milão: Giuffrè Editore, 2008.

GLAIS, Michel. *L'analyse économique de la clientèle*. In: CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000.

GLEISER, Marcelo. *O Caldeirão Azul: O Universo o Homem e Seu Espírito*. 6ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Record, 2020.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

GOMES, Estêvão. *Poder de Polícia do Direito Administrativo Contemporâneo, (Críticas, Modelos Alternativos e Transformações da Polícia Administrativa)* Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019.

GOMES, Franklin Batista. *Concorrência Desleal: A (Des)necessidade de Existência de Patentes*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 82, maio-junho de 2006.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

GONZÁLEZ, Lara Rafael. *La Denigración en el Derecho de la Competencia Desleal*. Pamplona: Editorial Aranzadi SA, 2007.

GOYANES, Marcelo Martins de Andrade. *A Caracterização do Dever de Indenizar por Violação à Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 67, novembro-dezembro de 2003.

GRAUSO, Maria P. *La Concorrenza Sleale. Profili di tutela giurisdizionale e presso le Authority*. Milão: Giuffrè Editore, 2007.

GRAMSCI, Antonio. *Os Intelectuais e a Organização da Cultura*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. 4ª Edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

GRAU, Eros Roberto. *Direito Penal – Sob a Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Malheiros Editores, 2010.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GRAU, Eros Roberto & FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, A Empresa e O Contrato*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GRAUSO, Maria P. *La Concorrenza Sleale. Profili di tutela giurisdizionale e presso le Authority*. Milão: Giuffrè Editore, 2007.

GRAU-KUNTZ, Karin. *Sobre o valor econômico dos pedidos de patente*. Munique: IP Jurisdiction, dezembro de 2018, disponível no sítio <https://ip-iurisdiction.org/sobre-o-valor-economico-dos-pedidos-de-patente/>, acessado em 22.08.2020, às 20:17.

GREENE, Joshua. *Tribos Morais*. A Tragédia da Moralidade do Senso Comum. Traduzido por Alessandra Bonrruquer. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2018.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Traduzido por Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GUSMÃO, Mônica. *Livre Concorrência*. In: Org. CURY, Ieda Tatiana. *Lições de Direito de Propriedade Intelectual e Concorrencial*. Rio de Janeiro: Ed. Multifoco, 2016.

HEATH, Cristopher. *Japan*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013.

HELLER, Michael A. *The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*. New York: Basic Books, 2008.

HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Beck, 2013.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIPÓCRATES. *Sobre o Riso e a Loucura*. Traduzido por Rogério de Campos. São Paulo: Ed. Hedra, 2013.

HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Traduzido por Déborah Danowski. 2ª Edição, São Paulo: UNESP, 2009.

HURD, Heidi. *O combate moral*. Tradução Edson Beni; revisão da tradução Valter Lellis Siqueira. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

HUTCHINSON C, Allan. *Is Eating People Wrong? Great Legal Cases and How They Shaped The World*. New York: Cambridge, 2011.

IHERING, Caspar Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Traduzido por João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1972.

IRTI, Natalino. *L'Ordine Giuridico del Mercato*. Editori Laterza: Bari, 1998.

JANIS, Mark D. *Trademark And Unfair Competition (In a Nutshell)*. 2ª Edição, New York : West Academic, 2017.

JASPERS, Karl Theodor. *Introdução ao pensamento filosófico*. São Paulo: Ed.: Cultrix, 2011.

JOLIET, René & DEMARET, Paul. *L'application de l'article 85 du traite de rome aux contrats de propriete industrielle*. (Org.) CHAVANNE, Albert. *La 6e Rencontre de Propriété Industrielle*. L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur les droits de propriété industrielle. Lyon: Libraires Techniques, 1977.

JONES, Ian W. & POLLIT, Michael G. *Economics, Ethics and Unfair Competition*. Cambridge: Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper 22, Dezembro de 1995.

KALVODOVÁ, Věra & ŽATECKÁ, Eva. *Unfair Competition and Its Possible Criminal Sanctions*. Brno: Revista Procedia Economics and Finance 12, 2014.

KEEN, Andrew. *#vertigem digital*. Por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando? Tradução: Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura Do Direto. Introdução à Problemática Científica do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª Edição, São Paulo: Revista Tribunais, 2011.

KERSTING, Wolfgang. *Liberdade Bem-Ordenada*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª Edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Contratos Conexos. Grupos de Contratos. Redes Contratuais e Contratos Coligados*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

KONDER, Carlos Nelson de Paula & RENTERIA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. Rio de Janeiro: Revista Civilistica, Ano 1, Volume 2, 2012.

LA NUOVA UNIVERSITÀ. *Compendio di Diritto Industriale*. Napoles: Edizione Simone, 2005.

LANDES, William M & POSNER, Richard Allen. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. EUA: Harvard University Press, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Traduzido por José de Sousa Brito e José António Veloso. 2ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1982.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

LEITÃO, Adelaide Menezes. *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*. Coimbra: Ed. Almedina, 2009.

LEONARDOS, Luiz & NUNES, Ricardo Dutra. *Interseção entre direito da propriedade intelectual e direito da concorrência: a origem norte-americana da imunidade Noerr-Pennington e de sua exceção de sham litigation, e a relevância do tema para os titulares de patentes farmacêuticas no Brasil*. In. Org. CURY, Ieda Tatiana. *Lições de Direito de Propriedade Intelectual e Concorrencial*. Rio de Janeiro: Ed. Multifoco, 2016.

LEONARDOS, Thomas. *Concurrencia Desleal*. Rio de Janeiro: Livraria Academica, 1936.

LEVADA, Cláudio Antonio Soares. *O Abuso e o Novo Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. Unianchieta, 2002.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1996.

LIMA, Patrícia Nunes. *Certificações Ambientais e Comércio Internacional*. Dissertação de Mestrado orientada pelo Prof. Dr. Christian Guy Caubet, submetida e aprovada para a obtenção de Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2001.

LINANT DE BELLEFONDS, Xavier. *Clientèle et Nouvelles technologies de l'information*. In. CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000.

LINS, Thiago Drummond de Paula. *Responsabilidade Civil dos Advogados*. In: Org. MORAES, Maria Celina Bodin de & GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Responsabilidade Civil de Profissionais Liberais*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

LONGHI, João Victor Rozatti. *Responsabilidade Civil e Redes Sociais*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

LOPES, José Reynaldo de Lima. *As palavras e a lei*. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Fundação FGV, 2004.

LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010.

LUCCA, Newton de. *Da Ética Geral a Ética Empresarial*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2009.

LULAI, Esther. *A Publicidade e a Propriedade Industrial no Brasil*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 76, 1989.

LUPION GARCIA, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais*. Contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é o Direito*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1999.

MACNEIL, Ian R. *O Novo Contrato Social: uma análise das relações contratuais modernas*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2009.

MAGALHAES, José Maria Vilhena Barbosa de. *Do estabelecimento Comercial*. Estudo de Direito Privado. Lisboa: Edições Ativa, 1951.

MANZUETO, Cristiane Santos. *Fixação de Critérios objetivos para apuração da distintividade nos conflitos de trade dress de produto*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, nº 149, Jul/Ago, 2017.

MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 6ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. Volume III, São Paulo: Ed. Saraiva, 1956.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos Eletrônicos de Consumo*. 3ª Edição, São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Ordem Econômica Constitucional*. Origem – Evolução – Principiologia. In. NUSDEO, Fábio (Coordenador). *O Direito Econômico na Constituição de 1988*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINS, João Zenha. *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2016.

MARTINS, Larissa Ferreira. *Até onde Comparar? Princípios e limitações da publicidade comparativa no atual cenário brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, nº 161, Jul/Ago, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2015.

MATTIA, Fábio Maria. *O Direito de Autor e a Concorrência Desleal*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 20, 1975.

MAZZONETTO, Nathália. *A Publicidade Comparativa e a Prática de Concorrência Desleal por meio do Denegrimento de Marca e da Imagem do Concorrente*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 99, março-abril de 2009.

McMANIS, Charles R. *Intellectual Property and Unfair Competition*. St. Paul: West Publishing Co, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª Edição atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico – A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014

MENDONÇA, José Xavier Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Campinas: Ed. Russell, 2003.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Posse: Direito Real Subversivo*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, número 72, janeiro-junho de 2018.

MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Traduzido por Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Ed. Escala, 2007.

_____. *Sobre a Liberdade*. Traduzido por Ari R. Tank Brito. São Paulo: Ed. Hedra, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito*. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONTEIRO, António Pinto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergência no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MORAES, Bruno Terra de. *O Dever de Mitigar o Próprio Dano*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

MORATO, Antonio Carlos. *Direito de Autor em Obra Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 3ª Edição. Coimbra: Centelha, 1978.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

MOSCO, Luigi. *La Concorrenza Sleale*. Napoles: Casa Editrice Dottores Eugenio Jovene, 1956.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NEILSON, George. *Trial by Combat*. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd, 2009.

NEETHLING, Johann. *South Africa*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013.

NÉRRISON, Svlvie. *França*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013.

NESTORUK, Igor B. *Poland*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013.

NUSDEO, Fábio. *A Ordem Econômica Constitucional*. Origem – Evolução – Principiologia. In. NUSDEO, Fábio (Coordenador). *A Ordem Econômica Constitucional*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLAVO, Carlos. *A Proteção do “Trade Dress” no Direito Português e no Direito Comunitário*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 82, maio-junho de 2006.

OLIVEIRA, Marco Antonio de. *Cognição, tutelas de urgência e a Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, nº 128, Jan/Fev, 2014.

OLIVERCRONA, Karl. *Linguagem Jurídica e Realidade*. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005.

OPPO, Giorgio. *Creazioni ed Esclusiva nel Diritto Industriale*. In. FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI ROMA. *Studi in Memoria di Tullio Ascarelli*. Volume III. Milão: Casa Editrice Dottore A. Giuffrè, 1969.

PAES, Paulo Roberto Tavares. *Da Concorrência do Alienante do Estabelecimento Comercial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1980.

PARISI, Francesco & DEPOORTER, Ben W. F. *Private Choices and Law: Richard Posner's Contributions to Family Law and Policy*. Disponível em 17 J. Contemp. Health L. & Pol'y 403 (2001), <http://scholarship.law.edu/jchlp/vol17/iss2/3>, acessado em 08.12.2019, às 21:31.

PASSEMAR, Bernard de. *L'application de l'article 8, #1 du traite de Rome au contrat de communication de know how*. (Org.) CHAVANNE, Albert. *La 6e Rencontre de Propriété Industrielle*. L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur les droits de propriété industrielle. Lyon: Libraires Techniques, 1977.

PASUKANIS, Evgeni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Traduzido por Soveral Martins. Coimbra: 1972.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos Contratuais Perante Terceiros*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2007.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Traduzido por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2011.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Propriedade Intelectual, Concorrência Desleal e sua Tutela (Penal) em Portugal*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 56, janeiro-fevereiro de 2002.

_____. *Direito Comercial das Empresas: apontamentos Teóricos – Práticos*. 2ª Edição, Curitiba: Ed. Juruá, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil*. Volume 1. 31ª Edição Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018.

_____. *Instituições de direito Civil*. Volume 2. Teoria Geral das Obrigações. Rev. e Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 30ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018.

_____. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Contratos. 18ª Edição, atualizada por Caitlin Mulholland Sampaio. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Concorrência Desleal por Meio da Publicidade*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001.

PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *A Fraude à Lei*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1994.

PÉREZ, Eva Domínguez. *Competência Desleal a Través de Actos de Imitación Sismática*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003.

PERLINGIERI, Pietro *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007.

_____. *O Direito Civil Na Legalidade Constitucional*. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

PIERANGELI, José Henrique. *Crimes Contra a Propriedade Industrial. Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PINHEIRO, Waldemar Alvaro. *Da Proteção Possessória dos Bens Imateriais*. São Paulo: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 5, setembro-outubro de 1992.

PLATÃO. *O banquete*. Traduzido por Albertino Pinheiro. São Paulo: Edipro, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVI. 4ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XVII. 4ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

POSNER, Richard Allen. *A problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Traduzido por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2012.

POSTIGLIONE, Marino Luiz. *Direito Empresarial*. O estabelecimento e seus aspectos contratuais. Barueri, SP: Ed. Manole, 2006.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2011.

RÁO, Vicente Francisco de Paula. *Ato jurídico*. 2ª Tiragem, São Paulo: Ed. Max Limonad, 1961.

RAZ, Joseph. *A Moralidade da Liberdade*. Traduzido por Carlos Henrique de Oliveira Blecher & Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Ed. Campus Elsevier, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Concorrência Desleal e Interesse Difuso no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 49, janeiro-março de 1983.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 31ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

REZENDE, Flavia Romano de. *Reflexões sobre o trade dress*. In. Org. CURY, Ieda Tatiana. *Lições de Direito de Propriedade Intelectual e Concorrencial*. Rio de Janeiro: Ed. Multifoco, 2016.

RODRIGUES, Clovis Costa. *Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Ed. Peixoto S.A., 1945.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2019.

RODRIGUES, Nelson Falcão. *O Casamento*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira 2016.

RONZANO, Alain. *Le rôle de la clientèle em droit de la concurrence*. In. CHAPUT, Yves (Org.). *Clientèle et Concurrence*. Approche juridique du marché. Paris: Litec, 2000.

ROSAS, Roberto. *Do Abuso de Direito ao Abuso de Poder*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

ROPPO, Vincenzo. *O Contrato*. Traduzido por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Ed. Almedina, 2009.

ROUBIER, Paul. *Droits Intellectuels ou Droits de Clientèle*. Paris: Ed. Siney, 1935.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social – Princípios do Direito Político*. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Ed. Edipro, 2000.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Volume III. 6ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1973.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade (s): Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família*. Rio de Janeiro: Gz Editora, 2011.

SALOMÃO, Calixto Filho. *Direito Concorrencial, as estruturas*. 2ª Edição São Paulo, Malheiros Editores: 2002.

_____. *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2015

SANDEL, Michael J. *Justiça: o Que é Fazer A coisa Certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 15ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2014.

SANTAGATA, Carlo. *Concorrenza Sleale e Interessi Protetti*. Napoles: Casa Editrice Dottore Eugenio Jovene, 1975.

SANTOS, Celso Araújo. *Critérios para Fixação da Indenização em casos de Uso Indevido de Marca*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 104, janeiro-fevereiro de 2010.

SANTOS JUNIOR, Aldo Batista dos. *Publicidade Comparativa Regras e Limitações*. São Paulo: Ed. Lxtlan, 2009.

SARAMAGO, José. *O Evangelho Segundo Jesus Cristo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos*. 2ª Edição, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARTRE, Jean-Paul Charles Aymard. *A idade da Razão*. Traduzido por Sérgio Milliart. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 2011.

SCAFF, Fernando Facury & ATHIAS, Daniel Tobias. *Competência do CADE para apreciar Vantagens Tributárias Concedidas ao Arrepio da Concorrência*. In. NUSDEO, Fábio (Coordenador). *O Direito Econômico na Constituição de 1988*. Estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SCATOLINO, Gustavo. TRINDADE, João. *Manual de Direito Administrativo*. 3ª Edição, Bahia: Ed. Jus Podivm, 2015.

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SCHECHTER, Roger E. *Unfair Trade Practices & Intellectual Property*. 2ª. Edição. United States of America: Black Letter Series, 2002.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. *Contrafação de Marca e Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 128, Jan/Fev, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *A Representação no Novo Código Civil*. TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil – constitucional*. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007.

_____. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SCIRÉ, Francesco. *Concorrenza Sleale e Sfruttamento Del Lavoro Altrui*. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1994.

SEARLE, John R. *Mente, Linguagem e Sociedade. Filosofia no mundo real*. Traduzido por F. Rangel. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 2000.

SEN, Amartya. *Identidade e Violência*. Traduzido por José Antonio Arantes. São Paulo: Observatório Itaú Cultural, 2015.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*. 2º Volume. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1961.

SGARBI, Adrian. *Introdução à Teoria do Direito*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2013.

SHECAIRA, Fábio & STRUCHINER, Noel. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: PUC Rio – Contraponto, 2016.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A Ordem Jurídica e a Economia*. Brasília: Revista do Serviço Público, volume 110, número 2, abril-junho de 1982.

_____. *A Obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Nuno Sousa e. *Quando o segredo é a “alma do negócio” – definição de um conceito*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, número 126, Set/Out, 2013.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes*. Rio de Janeiro: Civilística, ano 5, número 2, 2016, p. 7, disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/627/470>, acessado em 02.02.2021, às 21:19.

SILVEIRA, João Marcos. *A Proteção Jurídica dos Segredos Industriais e de Negócio*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 53, julho-agosto de 2001.

SILVEIRA, Newton. *Concorrência desleal e propriedade imaterial*. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça, Mar, 1975.

_____. *Imitação Servil e Forma Distintiva*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 35, julho-setembro de 1979.

_____. *Comentário* (aos Julgados BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4ª Câmara de Alçada Criminal, Des. Silva Franco, Apelação em Queixa Crime 118.365, Julgado em 18.03.1976 e, no mesmo Tribunal, 4ª Câmara de Alçada Criminal, Des. Rebouças de Carvalho, *Habeas Corpus* 52.030, Julgado em 21.02.1974). São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 42, abril-junho de 1981.

_____. *Limites Convencionais à Concorrência*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 43, julho-setembro de 1981.

_____. *Garantias Constitucionais aos Bens Imateriais*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 60, julho-setembro de 1985.

SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e Decadência: início dos prazos*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade Patrimonial no novo Sistema Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SINGER, Joseph William. *No Freedom Without Regulation*. The Hidden Lesson of the Subprime Crisis. Londres: Yale University Press, 2015.

SMEE, Sebastian. *A Arte da Rivalidade*. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2017.

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

SÓFOCLES. *Édipo Rei*. Traduzido por Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011.

SOLON, Ari Marcelo. *Hermenêutica Jurídica Radical*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2017.

SORDELLI, Luigi. *Ideazioni ed Atti della Pubblicità Commerciale e Gli Istituti di Diritto Industriale*. In. FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI ROMA. *Studi in Memoria di Tullio Ascarelli*. Volume IV. Milão: Casa Editrice Dottore A. Giuffrè, 196

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2013.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Ed. Almedina, 2017.

SOUZA, Ricardo Borges Oliveira de. *Aspectos Atuais e Relevantes do Parasitismo na Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 109, novembro-dezembro de 2010.

STEINER, Renata Carlos. *Reparação de Danos – Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2018.

STIGLITZ, Joseph Eugene. *O preço da Desigualdade*. Traduzido por Dinis Pires. 2ª Edição, Lisboa: Bertrand, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 10ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SUN TZU. *A Arte da Guerra*. Traduzido por Elvira Vigna. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2ª Edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª Edição, São Paulo: Ed. Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. Volume. 2. 14ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2012.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento Anterior ao Termo*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009.

TOKARS, Fábio Leandro. *Estabelecimento Empresarial*. São Paulo: Ed. LTr, 2006.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O Princípio da Boa-fé no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2020.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada Simulação Elusão Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TOURINHO, José Basto. *Fundo de Comércio – Origem – Evolução – Atualidade*. Rio de Janeiro: Pongetti Editores, 1954.

USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade civil por ato lícito*. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

VAIDHYANATHAN, Siva. *The Googlization of Everything*. (And Why We Should Worry). Los Angeles: University of California Press, 2012.

VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. *O Livre Mercado como Fundamento da Repressão à Concorrência Desleal*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, número 139, novembro-dezembro de 2015.

VANDEVELDE, Kenneth J. *Pensando Como Um Advogado*. Traduzido por Gilson Cesar Cardozo de Souza. 2ª Edição. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004.

VANZETTI, Adriano & DI CATALDO, Vincenzo. *Manuale di Diritto Industriale*. Milão: Giuffrè Editore, 1993.

VELOSO, Zeno. *Condição Termo e Encargo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. *Responsabilidade Civil Preventiva. A proteção Contra a Violação dos Direitos e a Tutela Inibitória Material*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Comentário* (ao Julgado BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 3ª Câmara de Alçada Criminal, Des. Silva Franco, Apelação em Queixa Crime 185.143, julgado em 06.07.1978). São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, número 41, janeiro-março de 1981.

_____. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos. O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2010.

VIEIRA, Mellina Mamede. *Imposto e Renda e Indenização por violação da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, número 124, Mai/Jun, 2013.

WEINREB, Lloyd L. *A Razão Jurídica*. Traduzido por Bruno Costa Simões e Revisto por Marcelo Brandão Cipolla e Percival Panzoldo de Carvalho. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008.

WIEBE, Andreas & HEIDINGER, Roman. *Austria*. In HENNING-BODEWIG, Frauke. *International Handbook on Unfair Competition*. Munique: Verlag, 2013.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. *The Economic Institutions of capitalism. Firms, Markets, relational Contracting*. New York: The Free Press, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Traduzido por Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

Decisões Judiciais

- BRASIL, STF 2ª Turma, Min. Carlos Madeira, RE 109.478/RS, DJ 10.04.1987.
- _____. Turma, Min. Sydney Sanches, RE 116089/RJ, DJ 07.03.1989.
- _____. 1ª Turma, Min. Sydney Sanches, Rex 115820-4, DJ 19.02.1993.
- _____. 2ª Turma, Min. Eros Roberto Grau, REx 439000-5, DJ 06.02.2007.
- _____. Pleno, Min. Ayres de Britto, ADIn 4451, DJ 26.08.2010.
- _____. Pleno, Min. Joaquim Barbosa (relator para acórdão), REx 599628, DJ 17.10.2011.
- _____. Pleno, Min. Carmen Lúcia, ADO 22, DJ 03.08.2015.
- _____. Min. Alexandre de Moraes, REx 601.720/RJ, J. 19.04.2017.
- _____. Pleno, Voto Vista da Min. Carmen Lúcia, REx 434.251/RJ, J. 19.04.2017.
- _____. Pleno, Min. Cezar Peluso, REx 434.251/RJ, J. 19.04.2017.
- _____. Pleno, Min. Marco Aurélio Mello, REx 434.251/RJ, J. 19.04.2017.
- _____. Pleno, Min. Luis Roberto Barroso, REx 601.720/RJ, J. 19.04.2017.
- _____. Pleno, Min. Roberto Barroso, REx 678694, DJ 06.02.2018.
- _____. Pleno, Min. Luiz Edson Fachin, ADIn 5472/GO, J. 01.08.2018.
- _____. Pleno, Min. Luis Roberto Barroso (relator para acórdão), REx 646721, DJ 10.12.2018.
- _____. Pleno, Min. Luiz Fux, ADPF 449, DJ 08.05.2019.
- _____. Pleno, Min. Luís Roberto Barroso, REx 1.054.110, DJ 09.05.2019.
- _____. Pleno, Min. Luís Roberto Barroso, RHC 163334/SC, J. 18.12.2019.

BRASIL, STJ, 1ª Turma, Min. Milton Luiz Pereira, REsp 62.850/MG, DJ 30.09.1996.

_____. 4ª Turma, Min. Barros Monteiro, REsp 78714/SP, DJ 08.09.1997.

_____. 3ª Turma, Min. Eduardo Ribeiro, REsp 115088, DJ 07.08.2000.

_____. 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 466.761/RJ, DJ 04.08.2003.

_____. 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 978.200/PR, DJ 02.12.2009.

_____. 4ª Turma, Min. Fernando Gonçalves, REsp 747.396/DF, DJ 22.03.2010.

_____. 3ª Turma, Min. Sidnei Beneti, REsp 1.039.011, DJ 17.06.2011.

_____. 2ª Seção, Min. Fátima Nancy Andrighi, EAg 783280/RS, DJ, 19.04.2012.

_____. 3ª Turma, Min. Massami Uyeda, AgRg no REsp 1163909, DJ 15.10.2012.

_____. 3ª Turma, Min. Fátima Nancy Andrighi, REsp 1.232.658, DJ 25.10.2012.

_____. 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, REsp 119.0341, DJ 28.02.2014.

_____. 5ª Turma, Min. Jorge Mussi, Recurso em Habeas Corpus 43558/SP, DJ 13.02.2015.

_____. 4ª Turma, Min. Marco Aurélio Buzzi, REsp 123.7752, DJ 27.05.2015.

_____. 3ª Turma, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, REsp 1340933, DJ 15.03.2015.

_____. 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1466212, DJ 03.03.2017.

_____. 6ª Turma, Min. Sebastião Reis, AgRg no AREsp 998551/MG, DJ 03.03.2017.

_____. 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1.306.335, DJ 16.05.2017.

_____. 2ª Turma, Min. Herman Benjamin, REsp 1.583.083/RS, DJ 17.05.2017.

_____. 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 1668550, DJ 23.05.2017.

_____. 3ª Turma, Min. Marco Aurélio Bellizze, REsp 1353451/MG, DJ 19.09.2017.

_____. 3ª Turma, Min. Fátima Nancy Andrighi, REsp 1673450, DJ 26.09.2017.

_____. 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1.327.773/MG, DJ 15.02.2018.

_____. 4ª Turma, Min. Lázaro Guimarães, REsp 1209919/SC, DJ 19.03.2018.

_____. 5ª Turma, Min. Ribeiro Dantas, ED no Agravo Regimental nos ED no Agravo em Recurso Especial 364613/PE, DJ 21.03.2018.

_____. 3ª Turma, Min. Fátima Nancy Andrighi, REsp 1799164, DJ 01.08.2018.

_____. 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, EREsp 168843, DJ 23.10.2018

_____. 4ª Turma, Min. Raul Araújo Filho, AgInt no AREsp 1.299.401/SP, DJ 12.02.2019.

_____. 3ª Turma, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, REsp 1631278/PR, DJ 19.03.2019.

_____. 3ª Turma, Min. Fátima Nancy Andrighi, REsp 1.804.035, DJ 28.06.2019.

_____. 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 1837434/SP, DJ 05.12.2019.

_____. 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1.336.164, DJ 19.12.2019.

_____. 3ª Turma, Min. Moura Ribeiro, REsp 1685098, DJ 07.05.2020.

_____. 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, REsp 1.785.771/RS, DJ 26.08.2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 2ª Turma Recursal, Juíza Relatora Célia Maria Cardozo dos Reis Queiroz, AC 0107548-52.2012.8.06.0001, DJ 28.07.2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, 2ª Câmara Cível, Des. Elídio José Duque, AC 48030073240, DJ 12.07.2007.

_____. 4ª Câmara Cível, Des. Catharina Maria Novaes Barcellos, AC 030070038010, DJ 28.07.2009.

_____. 3ª Câmara Cível, Des. Eliana Junqueira Munhos Ferreira, AI 0003386-10.2017.8.08.0013, DJ 15.06.2018.

_____. 2ª Câmara Cível, Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama, AC 0015981-50.2012.8.08.0002, DJ 29.11.2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, 4ª Câmara Cível, Des. Carlos Escher, AC 121286-0/188, DJ 28.04.2008.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 1ª Câmara Cível, AC 1.0000.00.167555/2/000, J. 12.05.2000.

_____. 7ª Câmara Cível, Des. Wander Marotta, AC 1.0024.06.930579-5/002, DJ 08.11.2007.

_____. 17ª Câmara Cível, Des. Eduardo Marine da Cunha, AC 1.0024.06.986115-1/001(1), DJ 09.05.2008.

_____. 1ª Câmara Criminal, Des. Kárin Emmerich, AC 0238881-76.2011.8.13.0701, DJ 23.09.2016.

_____. 1ª Câmara Criminal, Des. Flavio Leite, Habeas Corpus 0231480-14.2019.8.130000, DJ 29.03.2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, 2ª Turma Especial, Des. Paulo Puccinelli, AC 2003.013449-2/0000-00, J. 21.01.2004.

_____. 4ª Câmara Cível, Des. Dorival Renato Pavan, AI 1404969-39.2018.8.12.0000, DJ 17.08.2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Pará, 1ª Turma de Direito Público, Des. Maria Elvina Gemaque Taveira, AI 0807713-02.2018.14.0000, DJ 10.07.2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Órgão Especial, Des. Miguel Kfoury Neto, Suspensão de Liminar 10.811798/02, DJ 16.09.2011.

_____. 18ª Câmara Cível, Des. Denise Kruger Pereira, AC 0026685-69.2013.8.16.0001, J. 31.07.2019.

BRASIL, Tribuna de Justiça do Estado de Pernambuco, 4ª Câmara Cível, Des. Jones Figueiredo, AC 133994-0, DJ 03.06.2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Piauí, 1ª Câmara Especializada Cível, Des. Raimundo Eufrásio Alves Filho, AC 2010.0001.007089-5, J. 22.08.2012.

_____. 8ª Câmara Cível, Des. Adriano Celso Guimarães, AC 0053591-64.2003.8.19.0001, DJ 12.07.2006.

_____. 20ª Câmara Cível, Des. Marco Antonio Ibrahim, AI 2007.002.02752, J. 31.01.2007.

_____. 1ª Vara Empresarial, Magistrado Dr. Alexandre de Carvalho Mesquita, Autos do Processo 0264390-31.2016.8.19.0001, J. 15.09.2017.

_____. 2ª Câmara Cível, Des. Luis Roldão de Freitas Gomes Filho, AC 0327067-78.2008.8.19.0001, DJ 13.04.2018.

_____. 22ª Câmara Cível, Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva, AC 0180503-23.2014.8.19.0001, DJ 19.04.2018.

_____. 16ª Câmara Cível, Des. Lindolpho Moraes Pinho, AC 0039529-12.2010.8.19.0021, DJ 08.06.2018.

_____. 25ª Câmara Cível, Des. Sergio Seabra Varella, AC 0185-71.2011.8.19.0001, J. 08.05.2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 3ª Câmara Cível, Des. Galeno Lacerda, AC 586003774, J. 23.10.1986.

_____. 4ª Câmara Criminal, Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Habeas Corpus 70003289907, J. 01.11.2001.

_____. 21ª Câmara Cível, voto vencido de Des. Marco Aurélio Heinz, AC 70008944514, J. 18.08.2004.

_____. 4ª Câmara Criminal, Des. Constantino Lisbôa de Azevedo, Recurso em Sentido Estrito 70010654267, DJ 04.05.2005.

_____. 4ª Câmara Criminal, Des. José Eugênio Tedesco, AC 70016206369, DJ 31.10.2006.

_____. 6ª Câmara Cível, Des. Ney Wiedemann Neto, AC 70012742276, DJ 01.02.2007.

_____. 22ª Câmara Cível, Des. Mara Lars Chechi, AC 70031513138, DJ 20.08.2009.

_____. 4ª Câmara Criminal, Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, AC 70042065672, DJ 20.06.2011.

_____. 12ª Câmara Cível, Des. Orlando Heeman Júnior, AC 70043813807, J. 24.11.2011.

_____. 4ª Câmara Criminal, Des. Marcel Esquivel Hoppe, AC 70051257640, DJ 20.02.2013.

_____. 4ª Câmara Criminal, Des. Ivan Leomar Bruxel, AC 70063851604, DJ 05.10.2015.

_____. 4ª Câmara Criminal, Des. Sandro Luz Portal, AC 70071216238, DJ 19.10.2017.

_____. 2ª Câmara Cível, Des. Ricardo Torres Hermann, AC 70078860368, DJ 15.10.2018.

_____. 11ª Câmara Cível, Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, AC 70078700580, J. 13.03.2019.

_____. 6ª Câmara Cível, Des. Luis Augusto Coelho Braga, AC 70082609314, DJ 02.12.2019.

_____. 6ª Câmara Cível, Des. Eliziana da Silveira Perez, AC 70080782345, DJ 21.01.2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Seção Criminal, Des. Gustavo Henrique Aracheski, Embargos Infringentes 2014.086110-2, J. 23.03.2015.

_____. 6ª Câmara Cível, Des. Denise Volpato, AC 0002656-25.2012.8.24.0014, DJ 08.10.2019.

_____. 2ª Câmara de Direito Comercial, Des. Newton Varella Júnior, AI 4019749-28.2019.8.24.0000, DJ 23.10.2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Des. José Osório de Azevedo Júnior, AC 9109757-44.1998.8.26.0000, J. 19.08.1999.

_____. 11ª Câmara Criminal, Des. Silveira Lima, AC 0042913-13.2001.8.26.0050, J. 26.09.2007.

_____. 14ª Vara Cível da Capital, AO 07.263107-6, J. 30.06.2009.

_____. 4ª Câmara de Direito Privado, Des. Enio Zuliani, AI 990.10.026885-6, DJ 07.10.2010.

_____. 3ª Câmara de Direito Privado, Des. Jesus Lofrano, AC 91113511520068260000, J. 31.05.2011.

_____. 1ª Câmara Privada de Direito Privado, Des. Paulo Eduardo Razuk, AC 03488518520098260000, J. 29.11.2011.

_____. 9ª Câmara de Direito Público, Des. Carlos Eduardo Pachi, AC 0918962-18.2012.8.26.0037, J. 16.10.2013.

_____. 4ª Vara Cível do Foro de Barueri, J. Renata Bittencourt Couto da Costa, AO 00248364720118260068, J. 21.10.2013.

_____. Des. Alexandre Marcondes, AC 0075071-82.2012.8.26.0100, DJ 24.04.2014.

_____. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Ênio Zuliani, AI 21412422520148260000, DJ 08.10.2014.

_____. 7ª Câmara de Direito Privado, Des. Miguel Brandi, AC 0000236-40.2010.8.26.0118, J. 11.11.2014.

_____. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Fortes Barbosa, AC 1074419-14.2013.8.26.0100, DJ 06.02.2015.

_____. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Fábio Tabosa, AI 2153329-13.2014.8.26.0000, DJ 20.05.2015.

_____. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Campos Mello, AI 21385026020158260000, DJ 13.07.2015.

_____. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Ricardo Negrão, AC 0008221-49.2012.8.26.0002, DJ 14.02.2017.

_____. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Francisco Loureiro, AC 1015547-72.2014.8.26.0196, DJ 22.08.2017.

_____. 10ª Câmara Criminal, Des. Otávio de Almeida Toledo, AC 0002476-41.2012.8.26.0050, J. 06.10.2017.

_____. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Claudio Godoy, AC 1025910-76.2016.8.26.0100, DJ 28.11.2017.

_____. 1ª Câmara de Direito Público, Des. Vicente de Abreu Amadei, AC 1000634-79.2017.8.26.0358, J. 18.12.2017.

_____. 10ª Câmara de Direito Privado, Des. Araldo Telles, AC 9222892-92.2002.8.26.0000, DJ 24.04.2018.

_____. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Mauricio Pessoa, AI 2093306-62.2018.8.26.0000, DJ 12.06.2018.

_____. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Alexandre Marcondes, AC 1041449-69.2016.8.26.0224, DJ 03.09.2018.

_____. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Carlos Dias Motta, AC 1000915-55.2015.8.26.0180, DJ 22.11.2018.

_____. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Cesar Ciampolini, AI 2026265-44.2019.8.26.0000, J. 29.05.2019.

_____. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Araldo Telles, AI 2178115-48.2019.8.26.0000, DJ 25.10.2019.

_____. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Ricardo Negrão, AC 0011721-16.2005.8.26.0602, DJ 02.12.2019.

_____. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Des. Alexandre Lazzarini, AC 0005496-42.2012.8.26.0405, DJ 30.01.2020.

_____. 3ª Câmara Cível, voto vencido Des. Beretta da Silveira, AC 00431694820108260564, J. 01.09.2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2ª Câmara Criminal, Des. Celia Regina Regis, Apelação Criminal 6007091-78.2013.827.000, DJ 27.02.2014.

BRASIL, TRF-2, 2ª Turma Especializada, Des. Guilherme Diefenthaler, AC 0024177-75-1996.4.02.0000, DJ 21.09.2005.

_____. 1ª Turma Especializada, Des. Fed. Guilherme Calmon, AC 200002010025797, DJ 30.07.2007.

_____. 1ª Turma Especializada, JFC Márcia Helena Pereira Nunes, AC 2006.51.01.500519-7, DJ 26.08.2009.

_____. 2ª Turma Especializada, Des. André Fontes, AC 2009.02.01.002451-6, DJ 26.02.2010.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Tribunal Pleno, Des. Ivani Contini Bramante, ED no processo 1001821-89.2013.5.02.0000, DJ 26.11.2015.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2ª Turma, Min. Maria Helena Mallmann, AIRR 11339-23.2014.5.15.0001, DJ 30.04.2020.

_____. 8ª Turma, Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, AI em Recurso de Revista 228-75.2014.5.02.0010, DJ 04.05.2020.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Min. Sepúlveda Pertence, REsp Eleitoral 20.156, J. 12.09.2002.

Fontes Legislativas

BRASIL, ACORDO SOBRE ASPECTOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. Decreto 1.355/1994.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

_____. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei 8.078/1990.

_____. CÓDIGO CIVIL DE 2002. Lei 10.406/2002.

_____. CÓDIGO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL DE 1971. Lei 5.772/1971.

_____. CÓDIGO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL DE 1996. Lei 9.279/1996.

_____.CÓDIGO COMERCIAL. Lei 556/1850.

BRASIL, CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Lei 5.172/1966.

BRASIL, CÓDIGO PENAL. Decreto-Lei 2.848/1940.

BRASIL, DECRETO DE ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. Decreto 200/67.

BRASIL, LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS. Lei 6.404/1976.

BRASIL, LEI DE ANTITRUSTE DE 1994. Lei 8.884/1994.

BRASIL, LEI DE ANTITRUSTE DE 2011. Lei 12.529/2011.

BRASIL, LEI DE DIREITOS AUTORAIS. Lei 9.610/1998.

BRASIL, LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. Lei 9.099/1995.

BRASIL, LEI DE LICITAÇÕES. Lei 8.666/1993.

BRASIL, LEI DE LOCAÇÕES. Lei 8.245/1991.

BRASIL. LEI DA POLÍTICA NACIONAL DE MOBILIDADE URBANA. Lei 12.587/2012.

BRASIL, LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. Lei Complementar 101/2000.

BRASIL, LEI DE SERVIÇOS POSTAIS. Lei 6.538/1978.

BRASIL, LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. Lei 13.709 de 2018.

BRASIL, LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL. Lei Complementar 35/1979.

BRASIL, Lei 9.504/1997.

BRASIL, CUP. Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. Decreto 75.712/1975.

BRASIL, REGULAÇÃO DA EQUIDEOCULTURA. Decreto 96.963/1988.

BRASIL, REGULAÇÃO DOS PRAZOS DE INSURGÊNCIA CONTRA ATOS DA FAZENDA PÚBLICA. Decreto 20.910/1932.

ESPANHA. Ley de Competencia Desleal. Lei 3/1991. Acesso realizado diretamente no Site da Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628>, no dia 28.01.2021, às 19:18.

ITÁLIA. Codice Civile. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262.

PERU. Ley de Propiedad Industrial. Decreto Legislativo 823/1996.

PORTUGAL, Código da Propriedade Industrial de 2018. Decreto-Lei 110/2018.

Fontes Normativas Administrativas

BRASIL, Confederação Brasileira de Boxe. Regulamento da Confederação Brasileira de Boxe de 02.2019.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Relator Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, Processo Administrativo 08012.004283/2000-40, J. 15.12.2010.

BRASIL, Conselho Federal de Engenharia e Agronomia. 11ª Edição do Código de Ética Profissional da Engenharia, da Agronomia, da Geologia, da Geografia e da Meteorologia.

BRASIL, Conselho Federal dos Corretores de Imóveis. Código de Ética do Conselho Federal dos Corretores de Imóveis. Resolução 326/1992.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.931/2009, Código de Ética do Conselho Federal de Medicina.

_____. Resolução específica 2.126/2015.

BRASIL, Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso do Sul, 14/2016, consulta de 06/2016, Relator Conselheiro Oldemiro Hardoim Júnior.

BRASIL, Ordem dos Advogados do Brasil. Código de Ética do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Resolução 01.03.1995.

_____. Regimento Interno do Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil.

