

A GÊNESE DOUTRINÁRIA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL NO CENÁRIO BRASILEIRO

Um estudo sobre a Norma Constitucional, do artigo 195 da Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial) e da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

Pedro Henrique Isaac de Carvalho¹

Bruna Araújo Guimarães²

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo a abordagem, sob a ótica doutrinária pátria, da relação entre agentes de mercado, quando um ou mais destes age de má-fé para com o outro no que tange a concorrência desleal. Neste sentido, através de visões convergentes sobre a temática, se dará a introdução conceitual, o trato do assunto dentro da Constituição Federal, a concorrência, a empresa e o empresário sob o prisma de licitude necessária para exercício do direito de livre-iniciativa e a censura de atos desleais, com base no costume e na lei. Através do método indutivo, correlacionando o pensamento de diversos doutrinadores, pretende-se entender qual o papel do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, no que tange ao artigo 195 da Lei nº 9.279/96.

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência Desleal, Direito Empresarial, Propriedade Intelectual.

Introdução

O estudo não tem a pretensão de esgotar a matéria da concorrência desleal no que tange aos seus aspectos legais e doutrinários dentro do Direito. Todavia, mostra-se flagrante entender suas nuances e as diversas conceituações à cerca do tema, vez que, o ato de concorrência desleal está intrinsecamente ligado à má-fé e fere a livre-concorrência e, por consequência, põem-se em xeque as relações concorrenciais lícitas.

Preliminarmente, dentre as definições doutrinárias, temos a de Teixeira (2016, p. 237) que definiu a concorrência desleal como sendo determinadas condutas de agentes econômicos, “na busca de favorecimento próprio ou de terceiro, são consideradas infiéis ou são utilizadas com falsidade, portanto, condutas ilícitas, pois prejudicam seus concorrentes”.

A expressão “agentes econômicos”, adotada pelo autor há de ser observada como gênero, dentre suas diversas espécies de agentes. Tem-se, por exemplo, a concorrência desleal entre duas empresas de mesmo segmento, onde uma pratica preços abaixo do custo do produto, com intenção de eliminar seu concorrente, configurando assim “preço predatório”.

¹Discente da Faculdade Raízes no curso de Direito.

²Docente orientadora da Faculdade Raízes no curso de Direito. Mestre em Direito.

Outra espécie reside na figura da “concorrência parasitária”, a exemplo, essa se mostra quando uma empresa apropria-se de sinal distintivo de outra empresa de renome, que atua em segmento diverso. Logo, todo esforço laboral, intelectual e pecuniário investido no seu sucesso, é objeto desta forma indireta e discreta de concorrência desleal. Ainda sobre as diversas espécies, o empregado que, visando proveitos pessoais ou de terceiros, age de forma lesiva contra o empregador, dentro da modalidade concorrencial. De maneira conceitual, vale ressaltar o que Duval (1976 *apud* FERREIRA, 2011, p. 233) preceituou de: “a agressão à atividade do concorrente em violação aos preceitos éticos da correção profissional”.

Logo, este trabalho pretende de maneira indutiva e com base na doutrina, jurisprudência e na lei, expor a gênese da concorrência desleal dentro dos limites da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL) (1988) e responder a seguinte questão: no âmbito da proteção da concorrência e com ênfase na atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), qual o papel do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011) no que tange às hipóteses do artigo 195 da Lei nº 9.279/96?

1 Livre Iniciativa e Livre Concorrência na Constituição Federal de 1988

A fonte primária para o nascimento ou recepção de uma norma é a constituição de um país. Assim sendo, a raiz de princípios norteadores da atual legislação vigente é a Constituição Federal de 1988 (BRASIL), a qual não pode ser violada ou formar legislação infraconstitucional nula, sob pena de abalar as estruturas jurídicas. Tanto é norma máxima que, à luz do pensamento de Tavares (2012, p. 42), dentro do conceito de Direito Constitucional, que ela é tida como o tronco normativo fundamental, com cada preceito intrínseco sendo dotado de superioridade absoluta frente aos demais dispositivos que compõem o ordenamento jurídico e, sendo ápice da estrutura do Direito, seu arcabouço normativo é berçário do sistema de validade das demais normas.

Neste sentido, a Constituição Federal Brasileira de 1988, trouxe consigo valores, princípios e, fundamentos que norteiam a livre-iniciativa que, a seu turno, está intimamente ligada a percepção do livre-exercício de qualquer atividade econômica lícita e os valores da mesma. Desta forma, temos insculpidos nos artigos 1º, IV, 5º, XIII, e 170, IV, da CF/88 (Constituição Federal), as bases da livre-iniciativa, a saber:

Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como **fundamentos**: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da **livre-iniciativa**; (...) Artigo 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: (...) XIII – é **livre o exercício** de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (...) Artigo 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: (...) IV – **livre concorrência**; (...) IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país; Parágrafo único. É **assegurado** a todos o **livre exercício** de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei; (...) **Artigo 173, §4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.** (Negrito nosso)

Nota-se que o legislador constituinte fora enfático ao destacar o princípio da livre-iniciativa para que qualquer que queira figurar como agente de mercado, e assegurou a este o status de fundamento da República Federativa do Brasil.

Ao abordar o assunto, Teixeira (2016) entendeu o tema, sob a ótica do supracitado art. 170, em seu parágrafo único CF/88 (BRASIL), da forma em que qualquer indivíduo, não necessariamente pessoa jurídica, desde que não possua impedimentos legais, poderá desenvolver atividade econômica com a finalidade de obter lucro, valendo-se da licitude do objeto, seja ele prestação de serviço, atividade industrial e afins, não recairá sobre ele a necessidade de autorização pelo Estado para o exercício da mesma.

Não obstante, vale destacar que o princípio livre-iniciativa não é absoluto. Há de encontrar-se diante da proporcionalidade para harmonizar com os princípios da livre-concorrência e o da função social da propriedade. Neste sentido, Tomazette (2017, p. 789) faz uma importante distinção entre livre-iniciativa e livre-concorrência, onde o Estado, através da livre-concorrência, visa assegurar a existência digna a todos, dentro dos ditames de justiça social, e conclui:

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a livre-iniciativa (art. 1º, IV, da Constituição Federal), pelo qual deve-se garantir aos indivíduos ao cesso às atividades e o seu exercício. Tal princípio tem uma função social, ele não é absoluto e deve se compatibilizar com outros princípios constitucionais, sobretudo os princípios da função social da propriedade e da livre concorrência. Assim, o princípio da livre-iniciativa não representa uma liberdade econômica absoluta; o Estado pode limitar a liberdade empresarial, respeitando os princípios da legalidade, igualdade e proporcionalidade, ponderando os valores da livre-iniciativa e da livre concorrência. A livre concorrência não é uma consequência natural da livre-iniciativa, cabendo ao Estado intervir para assegurar a existência da livre

concorrência e, conseqüentemente, assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. O princípio da livre concorrência é, pois, um instrumento para se atingir a tão almejada justiça social, dando à livre-iniciativa os contornos decorrentes da função social da propriedade. Sendo um instrumento, a livre concorrência também não é um valor absoluto, podendo ceder espaço a valores de maior importância.

O assunto em tela nasce do pressuposto da liberdade econômica, da livre-concorrência e da tutela dos princípios norteadores de mercado na Constituição Federal. Nesta esteira, à luz do que prelecionara Coelho (2016, p.24), uma Constituição que adotou os princípios norteadores do liberalismo, ou de prisma neoliberal, há de ser posta como pressuposto jurídico para um regime jurídico-comercial, quando se trata da elaboração de leis e conjunto de regras da ordem econômica. O autor conclui que, adota-se a vertente econômica de livre-iniciativa, de livre-competição, pois, sem estes não haveria direito comercial.

Dentro dessa acepção, o ato desleal praticado por um agente econômico, pressupõe ferir princípios de livre-iniciativa, livre-competição e os direitos relativos à propriedade, entendida sob a ótica da matéria empresarial. Sob o prisma infraconstitucional, tais atos deverão ser passíveis de censura.

Observa-se, portanto, a concepção de um prisma de “licitude necessária” para a efetivação da atividade econômica.

2 Concorrência, Empresa e Empresário: licitude concorrencial na livre-iniciativa e censura atos desleais com base nos costumes

Para abordar a temática em questão, faz-se necessário entender o que é concorrência para o Direito. A luz dos ensinamentos do glossarista De Plácido e Silva (2001, *apud* SILVA, 2013, p. 25), que ao trazer a etimologia da palavra concorrência (do latim *concurrentia*, de *concurrere*), expondo seus significados como sendo “disputar”, “combater”, “contribuir”, “pretender”, e alinhou estas definições ao Direito sem nenhuma alteração. E ainda a definiu no mundo jurídico como a busca que o indivíduo faz para que haja competições de preços e este possa gozar da melhor condição para satisfazer suas necessidades de mercado.

Também França (1977, *apud* Silva, 2013, p. 25), procurou elucidar esse termo elementar, ao dizer que concorrência é: “ato lícito, constituindo a rivalidade comercial ou industrial que faz com que os empresários disputem clientes ou fregueses”. E ainda, Teixeira

(2016, p. 237), descreve concorrência como sendo “a disputa entre agentes econômicos de um mesmo segmento empresarial”.

Muitos são os diplomas legais a nível internacional e dentro do ordenamento jurídico brasileiro. No judiciário, não pouco se mostra o exame da matéria, precedentes que vão desde a primeira instância até aos tribunais superiores, nos mais variados temas. A doutrina, a seu turno, esmiúça o tema, elucida e explica de maneira didática todo esse aglomerado de normas e jurisprudência, criando-se então uma ceara de estudo que se toma por objeto científico.

Sob o prisma de Del Masso (2013, p. 150), existe uma “Disciplina Jurídica da Concorrência”, e o seu conceito reside na função desta enquanto meio/instrumento pelo qual se possa exercer o controle da atividade econômica. Já sua finalidade, debate o autor, lida com a correção dos atos praticados de forma competitiva e evitados de vícios como abuso de poder e deslealdade pelos agentes econômicos no anseio em deter o mercado de consumo para si. Impedindo então que seu sucesso ocorra em decorrência de tais condutas.

Para fins de proibição de comportamento, de maneira doutrinária, extrai-se da obra do supracitado autor que, a censura deve atingir os agentes econômicos que praticam atos desleais e exercem abuso de poder como forma de obtenção de sucesso.

O embrião desta disciplina, segundo o pensamento insculpido na obra de Del Masso (2013, p. 150), está intimamente ligado a três conceitos cunhados por ele, são esses: A Livre-Iniciativa, que da aos participantes do empreendedorismo a janela de oportunidade para concorrerem por clientes e terem acesso aos mercados de bens e serviços; Estratégias Competitivas, que nascem em decorrência da ampliação do mercado, em que cada vez mais agentes passam a integrar a cadeia competitiva, trazendo a necessidade de se tornarem mais eficientes; e que os dois itens anteriores compreende o plano já teorizado pelos autores do Liberalismo-Econômico, que pressupõem o controle do mercado pelo próprio mercado.

As conceituações em tela são engrenagens fundamentais e indissociáveis das empresas, para fins de delimitação do tema, tomam-se por base apenas aquelas que atuam no ambiente concorrencial, excetuando-se neste primeiro momento os cartéis, monopólios e empresas públicas.

Para entender a empresa enquanto parte do mercado e do regime concorrencial, devemos a diferenciar de outros elementos como o do próprio empresário, entendendo-a, como preceitua Tomazette (2017, p.72), como “a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado”.

Ramos (2017, p.40), forte em Asquini, ao analisar as definições de empresa no direito, identifica três aspectos: subjetivo, em que a empresa é uma pessoa, ou seja, esta e o empresário não se diferenciam; objetivo, entendida como sendo o estabelecimento empresarial; por fim, adotando-o como critério técnico-jurídico correto para definir a empresa, tem-se o funcional, que significa a atividade econômica organizada.

A definição em tela é caracterizada pelo rompimento com a teoria francesa dos atos de comércio e a chegada, como preceituou Chagas (2017, p. 45), da fase subjetiva moderna ou empresarial. O conceito técnico-jurídico do termo “empresa” deve ser pensado sob a ótica adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a da teoria da empresa. Esta teoria que se originou na Itália, com o advento do código civil daquele país em 1942. Segundo Chagas (2017, p. 45), a partir daquele momento a tutela do direito comercial não recairia sobre os atos de comércio, todavia, sobre a empresa.

Chagas (2017, p. 45), à luz do pensamento do principal expoente da teoria, o italiano Asquini, ressalta que a teoria propunha a superação da ligação entre o sujeito (empresário) e o objeto do direito comercial (empresa), pois é possível a existência da empresa, independentemente do destino do empresário. Correligionário, Ramos (2017, p.39) aponta que a teoria trouxe o fim da lógica aplicada até então, onde o direito comercial só deveria se ocupar em regular tão somente as relações jurídicas em que se tenha a prática de um ato de comércio definido em lei, mas haveria de se ocupar com a forma empresarial de exercício da atividade econômica. O autor ainda aponta que o direito brasileiro, de forma lenta e gradual, rompeu com a anteriormente adotada, teoria francesa “dos atos de comércio”, consolidando essa ruptura com o Código Civil (CC) de 2002. Com exemplo, o CC abandonou a nomenclatura “comerciante” em favor do termo “empresário” ao tratar do direito da empresa.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 996, intitula empresário aquele que exerce profissionalmente a atividade em questão, ou seja, atividade econômica organizada com fim de produção ou circulação de bens ou serviços.

Logo, a atividade empresária está intrinsecamente conectada à livre-concorrência e, por força da mesma, ao fato de concorrer licitamente. Vale ainda ressaltar que, é indissociável do conceito de empresário o resultado que este busca, ou seja, o lucro. Logo, o que se busca proteger, dentre outros, é a ordem econômica e a figura do empresário que busca legalmente seu lucro.

Segundo a doutrina, a atividade empresarial através da definição dada anteriormente, onde o empresário trabalha em prol do lucro, tem por termo utilizado para

designar a somatória de esforços para atingir esta finalidade “aviamento”. Aviamento, segundo Silva (2013, p.45), escudado Mendonça (1946), “é a aptidão do estabelecimento comercial e cristaliza-se com o tempo e a qualidade dos produtos fabricados e comercializados pelo empresário”. Não contrário, Martins (2017, p. 303), ao prelecionar sobre o patrimônio imaterial da empresa, estabeleceu que aviamento é o aparato montado pelo empresário afim de lhe proporcionar lucro. Assim, elementos como localização do estabelecimento empresarial, capital investido e recursos humanos são componentes do aviamento.

Vale ressaltar que empresa é compreendida no mundo jurídico dentro de uma acepção de direitos transindividuais e como fato jurídico relevante, como preceituou Chagas (2017, p. 35) ao dizer:

O Direito de Empresa cuida da atividade econômica organizada presente no cotidiano das pessoas, uma vez que, se todos somos consumidores, conforme discurso célebre do então presidente norte-americano John Kennedy, inegável que existem outros que se lançam à produção, à distribuição e à comercialização do que consumimos. Na verdade, há interdependência entre consumidores e fornecedores, não se podendo deixar de destacar que a atividade empresarial não se restringe aos interesses imediatos e particularizados de consumidores e fornecedores, mas, em torno de tal atividade, como fato jurídico relevante, atividade dinâmica, perene e necessária, pais e mães de família se sustentam, tributos são auferidos, a livre-concorrência se estabelece, os negócios entre empresários incrementam-se, os produtos tornam-se cada vez mais eficientes e duráveis, a oferta aproxima-se da demanda, reduzindo a escassez, e negócios jurídicos se concluem no mundo real e virtual, propiciando, por meio de uma rede de interesses sobrepostos, trabalho, emprego, renda e cidadania.

O autor ainda conclui que, embora por subclassificação meramente teórica e superficial, a empresa corresponde a transmissão de interesses públicos e privados, sendo sua identidade: “fato jurídico relevante, direito difuso, constitucionalmente protegido. nos termos do art. 170 da Constituição Federal (CF)”. (2017, p. 35)

Esmiuçado, porém não esgotado, o tema da concorrência e da livre iniciativa dentro do prisma doutrinário, há que se trazer luz aos ditames constitucionais reverenciados pelos ensinamentos doutrinários.

Para entender como a doutrina enxerga a ilicitude e a deslealdade em certos atos de agentes maliciosos de no mercado, faz-se necessário abordar, ainda que brevemente, a luz conceitual de licitude no aspecto da livre-iniciativa aplicada na sociedade de mercado que vivemos, pois, como já fora visto, há sempre um regime concorrencial entre os participantes da mesma.

O conceito em tela divide-se em dois termos: a concorrência e a licitude. A primeira terminologia já se faz elucidada.

Por outro lado, dentro de um prisma jurídico, a lei não diz categoricamente o que é lícito, restando analisar a o conceito de ilicitude para entender o seu pressuposto lógico inverso.

A ilicitude remete a ideia de prática de conduta defesa pelo direito, ainda que seja no campo moral. A conceituação de ilicitude segundo o Código Civil de 2002 em seus artigos 186 e 187, como sendo o caso em que o agente, em virtude de ação ou omissão voluntária, agindo negligentemente ou com imprudência, acarretando na violação de direito e em consequente dano a outrem, ainda que isoladamente no campo moral, ou também, o titular de direito que, ao exercê-lo, exceder manifestamente os ditames impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Logo, de acordo com os artigos supracitados, toda conduta praticada que não se encaixe no rol de atos defesos pela lei, haverá licitude.

Assim sendo, temos a figura do empresário, praticando atividade econômica, em regime de livre concorrência estabelecido pela CF/88, e em consonância com a lei como sendo, em conceito não esgotado, a concorrência lícita.

Já a palavra “desleal”, segundo o Dicionário Michealis (2015, não paginado), tem o seguinte significado: “1 - Que revela deslealdade; que não é franco ou sincero; deslealdoso, desonesto, infiel, pérfido, tortuoso, vesgo. 2 - Que revela comportamento traiçoeiro; falso. 3 - Que não respeita os princípios estabelecidos. 4 - Que é infiel.”

No momento em que a boa-fé cai por terra e os atos praticados por agentes econômicos ferem o ordenamento jurídico no que diz respeito à concorrência, se está diante da disputa desleal.

No que tange à concorrência desleal, é preciso diferenciá-la de outra infração de cunho concorrencial: as infrações de ordem econômica. É o que nos explica Masso (2013, p. 226), forte em Coelho (1998, p. 190), ao dizer que, em primeiro lugar, no que pese a concorrência desleal, o poder econômico é desnecessário ao agente que pratica o dano. Em seguida, o dano não danifica as estruturas de mercado, somente um agente específico. Logo, ainda que o agente de econômico não detenha poder no mercado em que atua, poderá agir de maneira ilícita e praticar condutas desleais contra outros competidores.

A diferenciação que Coelho (1998) faz das condutas (concorrência desleal e infração de ordem econômica) e mostra o grau de amplitude das irregularidades ligadas à ordem econômica e como a legislação administrativa não se ocupou com questões ligadas à

concorrência desleal entre empresas, pois estas atingem apenas um limitado número de agentes, enquanto que àquelas põe em risco a segurança econômica.

Uma das hipóteses de concorrência ilícita é a desleal. A concorrência desleal se diferencia da outra forma de ilicitude competitiva (infração da ordem econômica), na medida em que as lesões produzidas pela primeira não alcançam outros interesses além dos do empresário diretamente vitimado pela prática irregular. Na infração da ordem econômica, a concorrência ilícita ameaça as estruturas da economia de mercado, e, portanto, um universo muito maior de interesses juridicamente relevantes são atingidos. Em razão de tal diferença, a lei não se preocupou em estabelecer mecanismos de repressão administrativa à concorrência desleal, contentando-se com as repressões civil e penal. COELHO (1998, p. 190)

Portanto, tem-se uma delimitação material implícita, imposta pelo legislador, e demonstradas pela doutrina, ao separar as infrações de ordem econômica (tanto de forma isolada, quanto como gênero) das infrações ligadas aos atos de concorrência desleal (ainda que às vezes figure como espécie daquela).

Indutivamente, surge a indagação relativa às disposições do ordenamento jurídico pátrio quanto à identificação da conduta o momento de aplicabilidade da norma.

Há que se abordar a maneira em que a concorrência desleal se dá, seja na violação de dispositivos do ordenamento jurídico (como há de ser visto adiante) ou com base nos costumes, como expõe a obra de Martins (2017, p. 57) com revisão e ampliação desta pelo professor Abrão, no sentido em que, muito embora a legislação coíba a prática da concorrência desleal, as vedações não contemplam todos os desvios. Por exemplo, o rol do artigo 195, da Lei 9279/96 (BRASIL), traz consigo hipóteses de incidência do fato típico, porém, por não contemplar todos os possíveis atos desleais no âmbito concorrencial, este o é exemplificativo. Desta forma, haverá momentos em que o juiz deverá decidir, com base em costumes já existentes entre agentes de mercado em casos semelhantes, a cerca de condutas praticadas em prejuízo do comerciante. Assim, permite-se ao prejudicado a reparação pelos danos sofridos em decorrência da concorrência desleal.

A supracitada obra de Martins (2017, p. 57), traça o fio histórico desse elemento (costumes) no Brasil, que é utilizado para embasar decisões judiciais. Dessa forma, aponta o autor sua historicidade, aplicabilidade e competência ao discorrer que:

Os usos e costumes do comércio são recolhidos no Brasil pelas Juntas Comerciais estaduais. Até bem pouco tempo, a uniformização de usos e praxes comerciais competia, no Distrito Federal, à Junta de Corretores de Mercadorias (Dec. nº 20.881, de 30 de dezembro de 1931), passando, posteriormente, a constar das atribuições do Departamento Nacional do Registro do Comércio (atual Departamento de Registro Empresarial e Integração), com a colaboração das Juntas Comerciais (Dec. nº

57.651, art. 10, nº VI). Com o advento da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, o assentamento dos usos e práticas mercantis tornou-se incumbência das Juntas Comerciais de cada unidade federativa (Lei nº 8.934, art. 8º, nº VI). Os usos e práticas mercantis são coligidos pelas Juntas Comerciais e assentados em livro próprio, de ofício ou mediante provocação da Procuradoria do Estado (Lei nº 8.934, art. 28) ou de entidade de classe interessada, na forma prevista no Dec. nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996, que regulamentou a Lei do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Anexas (arts. 87 e 88).

Martins (2017, p.57) aponta ainda a ressalva que Goré explicitou, ao alertar que não se trata tais costumes (a prática de atos de natureza negocial) como fonte do direito empresarial. Para o autor (Fran Martins), o tema está alocado dentro dos usos e costumes comerciais que, assim como a analogia e os princípios gerais de direito, jurisprudência, discussão doutrinária e a lei civil, constituem fontes subsidiárias do direito empresarial.

3 O papel do sistema brasileiro de defesa da concorrência (lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011) e a vedação legal para a prática da concorrência desleal nos limites da Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996

No âmbito da proteção da concorrência, a Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011, também conhecida como lei antitruste, tem o papel de realizar o controle de condutas dos agentes de mercado. Segundo Fonseca (2017), esta se constitui sobre dois pilares: controle de conduta e controle de concentração. O bem jurídico que a lei procurou preservar, segundo Masso (2016), é o livre-mercado. Quando se procura entender a quem a lei definiu como o titular do bem jurídico tutelado, a resposta normativa se encontra no parágrafo único do artigo primeiro desta lei que dispõe que a coletividade é a titular deste bem.

Destoa do apontamento normativo a concepção de Masso (2016), vez que o autor aponta para a pessoa que explora a atividade econômica como a detentora deste bem. A crítica doutrinária trazida por Masso (2016) é a de que o legislador, por falta de operacionalidade e tecnicidade, a colocou como detentora direta deste bem, não sendo plausível este pensamento em virtude de que esta é indiretamente titular de qualquer norma jurídica.

Para que se possa entender de que forma o autor chegou a esta conclusão, o silogismo por trás do pensamento de Masso, se dá à base de duas referências que este citou para formar sua crítica: em primeiro lugar, Cretella Junior (1995, *apud* MASSO, 2016, p. 157) preceituou coletividade como sendo: “o conjunto de pessoas, físicas e jurídicas, que se encontram sediadas no território nacional.” e, por conseguinte, o significado de dizer que a coletividade é a destinatária de direitos é, segundo Celho (1995, *apud* MASSO, 2016, p.

157): “ignorar multiplicidade e relativa inconciliabilidade de posturas, projetos e objetivos verificáveis em todos os recantos das estruturas sociais”. Explicita ainda a impossibilidade de que os usuários e/ou compradores de produtos ou serviços, as pequenas empresas, os trabalhadores, até mesmo a competição ou a livre iniciativa sejam os destinatários, concluindo que:

Todavia, esses são os figurantes necessários dos direitos que decorrem de um ente juridicamente protegido, que é o centro da ordem econômica, qual seja, o mercado. A estruturação do mercado é o bem jurídico protegido. É claro que, preservando-se o livre mercado, se estará indiretamente produzindo efeitos benéficos ao trabalho, ao consumo, à concorrência. Entretanto, nenhum deles pode ser atribuído como único destinatário e muito menos o conjunto de todos eles, pois, por vezes, sequer seus interesses coincidem como ensina Fábio Ulhoa Coelho (1995, p. 6). (MASSO, 2016)

Extrai-se da obra do supracitado Fonseca (2017), no que se refere aos princípios da referida lei, a aplicação da mesma dá-se com base no princípio da territorialidade, por força do art. 2º e parágrafos, segundo o qual ela será aplicada aos atos praticados, seja no todo ou em parte, dentro do território brasileiro ou se nele puder surtir efeito, ainda que obviamente fora do território. Para tanto, independe a nacionalidade da empresa, basta que se verifique que os atos praticados por ela contrarie o ordenamento jurídico nacional, em confronto a concorrência e a ordem econômica. Neste diapasão, Masso (2016, p. 159) preleciona que o legislador manteve a aplicação da teoria dos efeitos para que se possa determinar a competência, tal como era usada na Lei nº 8.884, de 11 de Junho de 1994, cuja revogação se deu por superveniência da Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011.

Outro princípio que elencado por Fonseca (2017) fora o da desconsideração da personalidade jurídica, em consonância com o já disposto no Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, que proporciona a não exclusão, do ponto de vista administrativo, da punição de outros ilícitos. Para que se dê segurança jurídica, aplicam-se também os princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, pois não arrazoa punir aquele que por méritos, não por ilicitude concorrencial, concentra sobre si o mercado consumidor de seu produto ou serviço, podendo existir empresas que, em virtude de sua grande eficiência e de outros fatores que não decorrentes de ilicitudes concorrenciais, concentre quase todos os consumidores de seu mercado de atuação de forma que com o tempo seus concorrentes deixem de exercer aquela atividade econômica.

Correlacionado aos dois anteriores, ainda se tem o princípio da transparência. À luz deste princípio, busca-se objetividade e clareza quanto às exigências e os limites que os agentes de mercado devem ter ao atuar, o que segundo Fonseca (2017), não se concretiza de maneira automática em virtude do caráter abstrato dos diversos condicionamentos e

configurações normativas, cabendo analisar individualmente cada vez que for necessário, respeitando fielmente o princípio do devido processo legal.

Quanto à estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), segundo ensinou Fonseca (2017), a Lei nº 12.529/2011 (BRASIL) o estruturou sua composição com os seguintes órgãos: SEAE, Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão subordinado ao Ministério da Fazenda, com previsão no artigo terceiro da Lei e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Nos termos do artigo 19 da Lei em questão, caberá à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, elaborar estudos, propor a revisão da legislação e opinar em quaisquer aspectos referentes à promoção da concorrência. Porém, não há de ser objeto de estudo vez que está esta é subordinada ao Executivo Federal que desde o ano de 2018 redigira sucessivos decretos que fizera com que, até a data de confecção deste artigo, a Secretaria deixasse de existir.

Antes de esmiuçar a estrutura do CADE, ressalta-se o papel do Ministério Público Federal (MPF) e da Procuradoria Federal na atuação junto ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Ao prelecionar sobre o Ministério Público Federal no âmbito da legislação em tela, Fonseca (2017) apontou que devido à natureza das questões sujeitas à análise e decisão do CADE, dado o fato de que elas refletem sobre a ordem econômica nacional, a designação de membro do MPF para officiar nesses processos representam interesse da União Federal e exige-se fiscalização de órgão que represente a vontade da mesma.

Nos termos da Lei 12.529/2011, cabe ao PGR (Procurador-Geral da República) designar membro do MPF para, na qualidade de procurador, “emitir parecer nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica” (FONSECA, 2017).

A seu turno, a Procuradoria Federal Especializada (PFE/CADE), que é um órgão da Advocacia Geral da União (AGU), compete atuar junto ao CADE nos termos do art. 15 da Lei 12.529/2011 (BRASIL): prestando assessoria, consultoria e representação judicial e extrajudicial naquilo em que competir ao CADE (incisos I, II); a promoção de execuções judiciais oriundas de decisões e julgados do CADE (inciso III); tratar das questões relativas à apuração da liquidez de créditos pertencentes ao Conselho, inscrevendo-os em dívida ativa para que se possa exercer o direito de cobrar administrativamente ou judicialmente (inciso IV); a adoção de medidas judiciais ante a solicitação pelo Tribunal ou pela Superintendência-Geral, para fazer cessar as violações de ordem econômica ou à obtenção de documentos para

fins de que possa instruir processos administrativos de qualquer natureza (V); promover, sob autorização do Tribunal, acordos judiciais em processos que versem sobre infrações contra a ordem econômica (VI); compete também a emissão de pareceres em processos cuja competência seja exercida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, mediante expressa solicitação por parte do Conselheiro ou Superintendente-Geral, não acarretando em suspensão do prazo de análise ou prejuízo ao trâmite comum do processo (VII); zelar pelo fiel cumprimento das determinações legais descritas na Lei 12.529/2011 (VIII); desincumbir-se das demais tarefas que o regimento interno assim o atribuir; e, lhe é designada a competência para dar execução judicial às decisões da Superintendência-Geral e do Tribunal, manter o Presidente do Tribunal, os Conselheiros e o Superintendente-Geral nutridos de informações necessárias sobre o andamento das ações e medidas judiciais (competência dada por força do parágrafo único do artigo 15 da Lei 12.529/2011).

Por fim, temos o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que, de acordo com o art. 4º da Lei nº 12.529/2011, é a entidade judicante com sua jurisdição se estendendo em todo o território nacional, sendo constituída na forma de autarquia federal, tendo sua vinculação ao Ministério da Justiça, sediado e tendo como foro o Distrito Federal, cuja competência decorre da Lei em questão.

Fonseca (2017, p.284) a definiu como sendo uma autarquia em regime especial, distante de ser uma agência reguladora, sendo apropriado chamá-la de autoridade garantidora da defesa da concorrência. Em sua força, prossegue Fonseca (2017, p. 284), tem o poder para dialogar com outros órgãos públicos e organismos internacionais a fim de concretizar seus objetivos, bem como zelar pelo livre mercado ao atuar decidindo, investigando e disseminando a cultura de livre mercado.

Muito embora a Lei descreva a função “jurisdicional”, Masso (2016, p. 160) lembra que o sistema brasileiro, diferente do sistema francês, a tal “jurisdição” deve ser lida com base na aplicação administrativa da lei contra o abuso de poder econômico, pois tal fato não impede a apreciação judicial, se necessária.

Na linha de pensamento do supracitado doutrinador, o controle do mercado se dá pelo Estado, não se podendo valer da argumentação de que: “por não corresponder a regulação de um mercado específico e sim da concorrência que descaracteriza o Sistema como um instrumento indireto do Estado para regular o mercado” (MASSO, 2016, p. 160).

Neste liame de intervenção pelo ente estatal, ao prelecionar sobre a intervenção do CADE em cláusulas de contratos que, na visão do órgão feriria a livre-concorrência, Ramos

(2017, p. 159) argumenta que esta intervenção causa atritos entre o princípio da autonomia da vontade e o da livre-concorrência.

Quanto à estrutura organizacional do CADE, dispõe o artigo 5º da legislação em tela que este é constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (inciso I), Superintendência-Geral (inciso II) e pelo Departamento de Estudos Econômicos (inciso III).

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é o órgão julgante. Seu sistema é regido pelos artigos sexto ao décimo da Lei nº 12.529/2011. Sob a égide do artigo 6º, a composição do Tribunal se dá com um Presidente e seis Conselheiros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, dotados de notório saber jurídico ou econômico e cuja reputação seja ilibada, sendo esses membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pela câmara alta do Congresso Nacional do Brasil.

Fonseca (2017, p. 285) preleciona que a fim de se evitar que o CADE ficasse sem quórum suficiente para realizar o julgamento dos processos, o §1º do artigo sexto dispôs sobre o tempo de mandato dos Conselheiros que passaram a ser de quatro anos, não coincidentes, evitando-se assim que os mandatos se encerrassem de maneira simultânea, e ainda vedando a recondução. A única hipótese legal de para a perda do mandato de Presidente ou de Conselheiro do CADE é a descrita no artigo 7º da legislação em tela.

Quanto a competência, a Lei que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Lei nº 12.529/2011, segundo preleciona Fonseca (2017, p. 285), fixou o seguinte: em primeiro lugar sujeitou, por força do artigo nono, ao Plenário do Tribunal todas as questões relativas à concorrência; por disposição do artigo dez, incube ao Presidente do Tribunal a competência de representar legalmente o CADE no Brasil e em outros países, seja em juízo ou fora dele, bem como, obviamente, presidir o órgão; já a competência dos Conselheiros do Tribunal, decorre do artigo onze e resume-se em praticar todos os atos referentes à decisões das demandas submetidas ao Tribunal, com a emissão de votos nos processos.

A Superintendência-Geral, conforme dispõe o artigo 12 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL), é composta por um Superintendente-Geral e dois Superintendentes-Adjuntos. Suas atribuições específicas, como leciona Fonseca (2017, p. 285), foram fixadas pela Resolução que estabeleceu o Regimento Interno do CADE (RICADE). Conforme o §1º da legislação em tela, três são os requisitos para que se possa ser escolhido para o cargo: ter mais de 30 (trinta) anos de idade; possuir notório saber jurídico ou econômico; e de reputação ilibada. A nomeação para um mandato de dois anos será pelo Presidente da República, depois

de aprovado pelo Senado Federal, podendo haver recondução para um único período subsequente.

A nova Lei atribui ao Superintendente-Geral uma competência muito vasta. Esta extensão é decorrência do intuito de aliviar a carga do Tribunal, para deixar a este mais disponibilidade para análise e decisão de questões mais importantes. O art. 13 discrimina a competência da Superintendência-Geral, que pode ser resumida na incumbência de zelar pelo cumprimento da Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado. O Superintendente-Geral poderá participar das sessões de julgamento no Tribunal, proferindo sustentação oral, mas sem direito a voto.

No que tange a competência do Órgão, Fonseca (2017, p. 285) as resumiram como sendo a de zelar pelo cumprimento da Lei, trabalhando no monitoramento e acompanhamento das práticas de mercado bem como, mesmo sem direito a voto, o Superintendente-Geral poderá realizar sustentação oral ao participar das sessões de julgamento no Tribunal.

Por sua vez, o Departamento de Estudos Econômicos fora criado por meio da Resolução nº 53, de 16 de setembro de 2009. Segundo Masso (2017, p. 167), com o advento da Lei nº 12.529/2011, sua função é a de auxiliar na compreensão dos atos exercidos por agentes econômicos que possam ferir a concorrência. Este será dirigido por um Economista-Chefe que deverá elaborar estudos e pareceres econômicos, podendo para tanto agir de ofício ou mediante solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral (artigo 17, Lei 12.529/2011 (BRASIL)).

A nomeação do Economista-Chefe será feita em conjunto pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório saber econômico, nos termos do artigo 18 da carta em questão. O §1º do artigo do mesmo artigo 18, confere o poder ao Economista-Chefe de participar das reuniões do tribunal, porém, não lhe confere direito a voto.

A vedação legal para a concorrência desleal, segundo prelecionou Silva (2013, p. 109), a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, tratou do tema em questão, em seus artigos 2º, V, 195 e 209. Expôs no artigo 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” (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996) (BRASIL).

O rol do artigo 195, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, trouxe consigo a sanção aplicável ao agente que comete qualquer das condutas descritas, tratando da repressão à concorrência desleal na esfera Penal.

Dentre os apontamentos, o inciso primeiro do artigo 195 descreve a conduta em que o agente faz publicação falsa a cerca de seu concorrente, acarretando prejuízos para este enquanto que aquele obtém vantagem. Sua redação: “I - pública, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem”, indica que devem existir os seguintes elementos para que o ato praticado seja considerado típico: em primeiro lugar, que a publicação seja decorrente de relações concorrenciais, não bastando mera ilação por parte de outro agente que não seja direta ou indiretamente ligado a cadeia concorrencial do afetado, segundo, o ato deve ser nutrido tanto da vontade e meios para prejudicar o concorrente quanto para resultar em obtenção de vantagem para si, como na situação hipotética em que Mévio, que atua no seguimento de açougue e concorre diretamente com Tício pelos mesmos clientes, decide através das mídias sociais publicar a informação falsa de que seu concorrente Tício está abastecendo seu açougue com gado abatido de maneira cruel, fazendo com que tanto a imagem do açougue de Tício fique manchada como fez a receita de Mévio subir com a alta procura pela carne disponível em seu açougue.

Já em seu inciso segundo: “II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem”, o legislador tratou do caso em que, o agente “presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem”, logo, ainda que haja similaridade com a conduta anterior, não se confundem, pois neste segundo caso não é necessário o intuito de detrimento do concorrente, bastando apenas que a análise dos atos praticados indique que as informações geraram apenas vantagem para o agente que a pratica e não acarretou perda por parte de seu concorrente e que, no entendimento de Martins (2017), anteriormente a legislação utilizava-se da palavra “lucro” ao invés de “vantagem”, e com a inovação legislativa, o acerto atual trouxera maior abrangência para a atuação estatal na repressão desta prática que se caracteriza, principalmente, pela falsidade da informação.

A seu turno, o inciso terceiro do artigo 195, da Lei 9279/97 (BRASIL), dada sua redação: “III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem”. Para ilustração do tema, expõe-se o caso hipotético em que certo supermercado com intensão de atrair para si toda a clientela disponível na região, vende pela metade do preço de mercado o saco de arroz de cinco quilos, o mais vendido na região, e que

concorre diretamente com outros nove supermercados situados próximos àquele. O tal supermercado compra pacotes de arroz que custam em média R\$7,20 nas distribuidoras, por R\$2,00 na mão de organizações criminosas especialistas em roubo de cargas e ainda vende ao consumidor final por R\$6,00. Além de incorrer em ilícito penal no qual não é objeto deste trabalho, a conduta descrita se encaixa no escopo do inciso em análise. Segundo a visão doutrinária de Martins (2017):

Já vimos que o elemento mais preponderante do fundo de comércio é, sem dúvida, a clientela, ou freguesia, pois todas as atividades do comerciante se voltam para ela. Desviar, de modo fraudulento, a freguesia do comerciante é causar-lhe sério prejuízo, pois é da freguesia que o comerciante vai obter lucros com a venda das mercadorias adquiridas ao produtor. Com trabalho muitas vezes penoso, o comerciante constitui uma freguesia certa, que tem influência considerável na marcha dos seus negócios. O desvio dessa freguesia, por meios fraudulentos, ou o simples emprego desses meios para desviá-la, constitui crime merecedor da sanção penal, que a lei estabelece.

Os incisos quarto e quinto do artigo em tela, apontam para a confusão criada na mente do consumidor ao não conseguir ou ter dificuldades para distinguir a marca ou estabelecimento empresarial em virtude da prática descrita por estes incisos como sendo aquele que: “IV – usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimento” bem como 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”.

Para Silva (2013), a experiência no direito concorrencial mostra que os atos de confusão são os mais praticados dentro do tema da concorrência desleal. Para o Autor, o contrafator, mesmo que possa, não procura confrontar diretamente seu concorrente e/ou empresa vítima da falsificação, copiando de forma autêntica o sinal distintivo desta. Antes, de maneira disfarçada, toma posse de alguns elementos essenciais que compõem a marca, como por exemplo: o formato, a sequência de cores utilizadas, imagens, entre outros, induzindo assim o consumidor ao erro, com objetivo de adquirir vantagem.

Para trazer luz jurisprudencial ao tema, Silva (2013) ao estudar o tema da concorrência desleal por meio dos atos de confusão, apontou para a jurisprudência da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que naquela ocasião, por unanimidade os desembargadores decidiram a favor da Autora da ação, no caso de confusão do conjunto-imagem que a Ré fizera ao trazer grande similaridade da sua embalagem utilizada com a embalagem utilizada pela Autora. A decisão apontada por Silva (2013) se deu da seguinte forma:

Apelante: IMS COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA. E OUTRO. Apelada: IVEL INDÚSTRIA DE PERFUMES E COSMÉTICOS LTDA. Origem: Processo n. 2002.038.016326-7 – 7a Vara Cível da Comarca de Nova Iguaçu-RJ Tribunal: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – AC n. 24.460/2006. Câmara: 7a Câmara Cível. Data do Julgamento: 4 de julho de 2006 Relator: Desembargador Caetano E. da Fonseca Costa. Decisão: Acordam os Desembargadores da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos em dar provimento ao recurso, rejeitada a preliminar, nos termos do voto do Sr. Desembargador Relator. Ementa: Ação de obrigação de não fazer cujo pedido foi julgado improcedente. Comercialização de produtos com embalagens nitidamente semelhantes. Proibição. Indenização. Necessidade. Reforma do julgado. Provimento da Apelação. Na espécie dos autos deve ser rejeitada a preliminar de nulidade do julgado, porque se há defeito na perícia a hipótese será de valorá-la corretamente e não invalidar a sentença só porque com aquela está em sintonia. No mérito colhe a irresignação das Apelantes. Nítida é a proximidade entre as embalagens utilizadas, sendo possível a confusão do consumidor. Isso foi atestado pelo laudo criminal, que deve ser acolhido, embora não esteja essa conclusão no mesmo caminho da perícia elaborada nestes autos. O juiz contudo é livre para apreciar a prova, podendo fazê-lo segundo suas convicções, desde que de forma justificada. A proibição portanto de comercialização deve acontecer, não atingindo evidentemente a fabricação e a distribuição do produto porque será livre a Ré para fazê-lo , desde que com embalagens diferentes. As perdas e danos são devidas, mas em caráter moderado, correspondentes a 20% (vinte por cento) do lucro obtido pela Ré com a venda do produto, a ser apurado o montante na fase de liquidação. Sucumbência naturalmente pelo vencido.

No inciso sexto, do artigo em análise, o legislador preconizou a proteção do nome e a razão social inseridos em produtos ao dizer que comete crime de concorrência desleal quem: “VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento”. Para que se possa extrair o entendimento por trás da elaboração do artigo, é necessário entender o conceito de *trade dress*.

O conjunto-imagem ou *trade dress*, preleciona Silva (2013), como sendo os sinais distintivos que devido a suas peculiaridades e a maneira na qual são combinados tornam um produto, um estabelecimento comercial ou um o prestador de serviços, visualmente individualizados da concorrência. O termo, segundo Silva (2013), fora cunhado originalmente, há mais de cem anos pelo Tribunal dos Estados Unidos da América, onde em uma decisão judicial, estabeleceu-se o princípio de que um fabricante de artigos para uso ou consumo público não poderia “vestir o seu produto com as roupas do outro”.

Dá-se com base nos princípios construídos pelo Direito Empresarial, a necessária proteção trazida pelo inciso em análise ao vedar que seja retirado, sem o consentimento do proprietário, o nome ou razão social trazida em seu produto.

No tocante ao inciso sétimo, que se dá sob a redação: “VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve.”, exemplifica-se como, hipoteticamente, o contrafator que estampa selo dizendo que sua marca é premiada com selo de excelência por doar a famílias carentes, sem que o selo e/ou as doações tenham existido.

Buscou-se vedar a falsa imputação de prestígio a marca para que esta aufera vantagem comercial com base neste.

O oitavo inciso, sem adentrar no âmbito do Direito Penal, dada sua redação: “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”, novamente se tem a proteção do conjunto-imagem do produto. Ressalta-se o fato de que o legislador apontou para três hipóteses deste inciso: vender, expor e/ou oferecer.

Por sua vez, os incisos nono, décimo e décimo primeiro, hão de tratar da figura do empregado que pratica ato desleal de concorrência contra seu próprio empregador, onde a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (BRASIL), em seu artigo 195 há de tipificá-lo assim:

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.

Novamente, ressalta-se o que já fora dito por Duval (1976 *apud* FERREIRA, 2011, p. 233): “a agressão à atividade do concorrente em violação aos preceitos éticos da correção profissional”. A temática dos referidos incisos, à cerca da relação concorrencial entre empregado e empregador, propõe uma espécie de concorrência parasitária.

Linearmente relacionado ao tema, recentemente o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, no âmbito do Recurso Ordinário nº 0001089-21.2015.5.12.0019, a 5ª Câmara do Tribunal negou, por unanimidade, o recurso de um ex-funcionário e reconheceu a decisão ora proferida monocraticamente na primeira instância a favor da empresa ré em ação que versava, dentre outras causas, da dispensa por justa causa em virtude de ato de concorrência desleal. Na ocasião, restou provada a prática de concorrência desleal por parte do ex-empregado com fulcro no artigo 482, alínea c, da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL), assim exposta: “c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço”, o qual resultou em demissão por justa causa”. No recurso, ainda que aludida por parte da defesa do ex-colaborador o argumento de que os serviços oferecidos à cliente da ré não se encontravam dentro do escopo do objeto social da

mesma e sendo assim atividade distinta afastava a possibilidade de concorrência desleal, o relator entendeu que o constrangimento da cliente da ré ao se deparar com a oferta de serviço similar ao da empresa, era suficiente para provar o ato desleal.

Os incisos décimo primeiro à décimo quarto do artigo em análise, vão tratar da propriedade intelectual:

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

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

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;

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.

A propriedade intelectual é, segundo ensina Ramos (2017), entendida como gênero e comporta como espécies o direito do autor (direito autoral) e o direito do inventor (direito de propriedade industrial). Para o Autor, há relevante diferença entre ambos, sobretudo no tocante ao regime jurídico aplicável, e isso se dá, dentre outros, pelo fato de que o direito autoral protege a obra em si, enquanto o direito ligado a propriedade industrial protege uma técnica.

Os incisos XI e XII, tem ligação direta com a necessidade de se preservar o segredo industrial. Destaca Ramos (2017) que, além de outros fatores, o segredo industrial não é o componente no qual decorre grande parte o lucro do empresário (exceto nas indústrias farmacêuticas). Já com enfoque na questão das patentes, buscou o legislador através do inciso XIII inibir a divulgação e comercialização de produtos que o agente de mercado falsamente declarar como sendo algo protegido por patente, procurando assim enganar a outrem. O inciso XIV, está intimamente ligado a pesquisa e desenvolvimento. Ressalta-se a crítica de Ramos (2017, p. 189 e 190) acerca da estratégia de patentes frente a estratégia de pesquisa e desenvolvimento:

Ademais, não há comprovação de que o incentivo econômico do atual sistema de proteção estatal da propriedade intelectual seja a verdadeira causa de algum aumento no nível de riqueza e desenvolvimento. Na verdade, grande parte dos lucros obtidos com invenções decorre de estratégias que não envolvem propriedade industrial,

como vantagem competitiva em razão da liderança na produção, investimento nas vendas de produtos e serviços complementares e segredo industrial. Na maior parte das indústrias (com exceção da farmacêutica), gerentes de P&D (Pesquisa e Desenvolvimento) consideram essas estratégias bem mais eficazes do que patentes para obtenção de retornos financeiros. É fácil entender o porquê de pesquisas também mostrarem que a maioria das invenções não é patenteada. Além disso, muitas empresas se acomodam com o lucro facilmente obtido durante os 20 anos da patente, evitando direcionar recursos para a área de P&D (Pesquisa e Desenvolvimento).

Por fim, o artigo 195, da Lei 9792/96 (BRASIL), aponta pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, para quem incorre nas práticas tipificada em seus quatorze incisos, trazendo a exceção legal, em seu §2º, para a hipótese da prática da conduta descrita pelo inciso XIV por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto quando necessário para proteger o público. Inclui-se como sujeito ativo, por força do §1º deste mesmo artigo, nas condutas descritas pelos incisos XI e XII, o empregador, sócio ou administrador de empresa que as praticam.

Ao prejudicado pela concorrência desleal, confere o artigo 209 da lei em questão (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996), o direito haver perdas e danos na forma de ressarcimento aos prejuízos decorrentes dos atos que atacaram tanto direitos referentes à propriedade industrial quanto aos atos de desleais de concorrências que não estejam previsto nos limites da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 e, conforme dispõe o texto legal, os atos defesos são os que tendem a prejudicar a reputação ou os negócios alheios bem como fazer confusão entre “estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio” (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996).

Ao curso da demanda judicial, o §1º garante ao juiz o poder para determinar liminarmente que haja a sustação de todo e qualquer ato ou violação que se verifique suficiente para causar percas irreparáveis ou de difícil reparação ao ofendido, antes mesmo que tenha sido feita a citação do réu. O mesmo parágrafo dá a possibilidade ao juiz de condicionar a apreciação do feito liminarmente se a parte autora der caução em dinheiro ou por meio de garantia fidejussória. À luz da jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial nº 1.306.690, não conheceu do recurso proposto pela empresa FRANCIS LICENCIAMENTOS LTDA, que figurava como ré em disputa judicial contra a empresa COLGATE PALMOLIVE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA E OUTRO.

A demanda versava sobre *trade dress*. A Autora, em sede de primeira instância, com objetivo de fazer com que a ré a findasse os atos de deslealdade concorrencial e de violação de marca, conseguiu liminar que a obrigara a Ré a alteração em um prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de multa diária, na embalagem de sua nova linha de produtos

denominada “*Francis Protection*” por conter várias similaridades com a embalagem do produto da autora (sabonete PROTEX). A Ré insatisfeita com a decisão interpôs agravo de instrumento, que resultou na decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo de manter a liminar concedida pelo Juízo da 22ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo – SP, revendo apenas o prazo para que se fizesse a mudança na embalagem, passando de cinco para noventa dias. Ainda insatisfeita, a Ré recorreu ao Superior Tribunal de Justiça que, por sua vez, não conheceu do Recurso Especial bem como o Relator trouxe a baía a força do artigo 209, § 1.º, da Lei 9.279/1996, ao dizer que cabe ao seu texto a regência de controvérsia em questão a cerca da concorrência desleal.

Por sua vez, o §2º dispõe que no caso de imitar ou reproduzir marca registrada, inequívoco quanto à cópia, poder-se-á o juiz estabelecer a apreensão dos produtos que contiverem referência ou marca imitadora.

Conclui-se que, o artigo 209 da lei em questão se traduz como a forma cível de repressão à concorrência desleal. Somando-se a esta, preleciona Teixeira (2016), ainda no âmbito civil é garante-se ao prejudicado pelo dano da concorrência desleal, a proteção com base em princípios gerais que versam sobre atos ilícitos e de responsabilidade civil, insculpidos nos artigos 186, 187 e 927, do Código Civil. Somado a isso, ainda na esfera civil, a proteção pode ser realizada pelos princípios gerais do ato ilícito e da responsabilidade civil (CC, arts. 186 e 187 cc. art. 927). Assim, o prejudicado pode pleitear indenização por danos materiais e morais, junto àquele que for considerado culpado.

Conclusão

O presente estudo buscou apontar nos limites da Constituição Federal (BRASIL) o papel do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com ênfase na atuação do CADE frente às disposições do artigo 195 da Lei 9.279/96 (BRASIL).

Para tanto, procurou-se entender pela via doutrinária e jurisprudencial: a livre-iniciativa, a qual é o meio que se pode dar desenvolvimento econômico, fomentar a lucratividade do empresário e gerar empregos; o exercício do SBDC contra os atos de deslealdade concorrenciais; e a forma que se dá a concorrência desleal nos costumes, nas tipificações do artigo 195 da Lei 9.279/96 (BRASIL), e na censura cível por força do artigo 209 da Lei em questão que, como vistos, ainda que não ataquem diretamente a ordem econômica, ilegalmente põe em destaque empresas ou pessoas que visam enriquecimento à custa do detrimento e prejuízos de outrem. Acredita-se que a correlação feita, das hipóteses

legais frente à atuação jurisprudencial somada a abordagem doutrinária, se mostra suficiente para entender o mínimo sobre a concorrência desleal no Brasil.

O presente trabalho não esgota o tema em questão, necessitando de complementação, vez que a temática é complexa e envolve ao menos três matérias do Direito: penal, cível e empresarial (ressalvado o caráter do direito empresarial que compreende a dimensão cível, o que não se faz tema neste trabalho). Todavia, acredita-se que este estudo detém sua importância, demonstrando de forma conjunta os mecanismos institucionais para a repressão da concorrência desleal alinhados à legislação pertinente.

Conclui-se, portanto, que um dos métodos adotado pelo Estado para resolver os conflitos que versam sobre a concorrência desleal fora o da criação de um sistema próprio, sob a nomenclatura de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que atua desde a aplicação da lei quanto à disseminação da cultura da livre-concorrência, através do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Não obstante, dada à natureza contenciosa e o celeuma gerado em torno do tema, ainda que se tenha um órgão próprio para tratar das questões sobre concorrência, não raro se observa o judiciário sendo acionado para resolver estas questões. Sob a ótica doutrinária, a existência desse órgão de controle da concorrência representa um instrumento do Estado para controle do mercado. Defende-se que, diante da dualidade na resolução do conflito de concorrência, leia-se judiciário e CADE, haja o aperfeiçoamento da legislação para que não se tenha insegurança jurídica, concentrando toda e qualquer decisão unicamente no órgão criado para esta finalidade, sendo seus precedentes e jurisprudências, na medida do possível, uníssimos.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 abr.2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º De Maio De 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 28 de mai de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 De Junho De 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm> Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 De Maio De 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm> Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Código Civil Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 17 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 02 jun. 2020

BRASIL. Ministério Da Economia. A Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) foi extinta e duas novas secretarias foram criadas a partir do remanejamento de competências e cargos: a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência; e a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria, de acordo com o Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/orgaos/seae>> acesso em: 03 de jun. de 2020.

BRASIL. Ministério Da Justiça, Conselho Administrativo De Defesa Econômica. **Resolução CADE Nº 53, de 16 de setembro de 2009.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-53.pdf/view>> Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito processual civil. Recurso especial. Concorrência desleal. Concessão de liminar para determinar a substituição, em prazo razoável, das embalagens de produtos possíveis de serem confundidas com as utilizadas por marca concorrente. Possibilidade. Reexame de provas, em sede de recurso especial. Inviabilidade. **Recurso Especial nº 1.306.690.** Recorrente: FRANCIS LICENCIAMENTOS LTDA. Recorrido: COLGATE PALMOLIVE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA E OUTRO. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão, 23 de abr. de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=21657400&num_registro=201102453904&data=20120423&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 29 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Da 12ª Região (SC). JUSTA CAUSA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. CONFIGURAÇÃO. A oferta, pelo empregado, a clientes da ré de serviços particulares relacionados ao objeto social da empresa, em preço menor, com vistas a angariar clientela para seu próprio negócio, é concorrência desleal, e configura justa causa para o rompimento contratual, na forma do art. 482, c, da CLT. **Recurso Ordinário nº 0001089-21.2015.5.12.0019.** Recorrente: EDUARDO DA SILVA CALDAS. Recorrido: SCHNELL BRASIL S.A. INDÚSTRIA DE MÁQUINAS. Relator: Juiz Convocado Nivaldo Stankiewicz. Acórdão, 05 de nov. de 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial>>

=21422921&num_registro=201102453904&data=20120423&tipo=91&formato=PDF>
Acesso em: 28 abr 2020.

CAMALIER DA SILVA, Alberto Luís. **CONCORRÊNCIA DESLEAL**: atos de confusão. São Paulo: SARAIVA 2013. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502203334/>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito Empresarial Esquematizado**. 4. ed. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 9ª edição rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 40. ed. rev., atual. e ampl. Atual.: Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico esquematizado**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016; Minha Biblioteca. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971816>. Acesso em: 15 abr. 2020

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Editora Melhoramentos Ltda, 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/Desleal/>. Acesso em 15 abri. 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. 7ª edição rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Teoria geral e direito societário, v. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.