

OpiniÃ£o: limites entre livre concorrÃancia e concorrÃancia desleal

Vivemos num paÍ democrÃtico, em que a liberdade é a regra, quase que absoluta. Um viés desse valor máxímo se expressa pelos princípios da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência, previstos em nossa Constituição.

A livre iniciativa, mais do que um princípio constitucional, é tida como um dos fundamentos da República, com previsão no art. 1º da Carta Magna. Pode ser compreendida dentro do direito à liberdade, previsto no art. 5º, sendo uma cláusula pétreia, portanto.

Ou seja, olhando para a atividade econômica no Brasil, no campo, na indústria, no comércio ou nos serviços, dentro da legalidade os empreendedores são livres para buscar riqueza e desenvolvimento.

Mais uma vez nossa Lei Maior, já abordando a Ordem Econômica e Financeira em seu art. 170, estabelece expressamente que aqui deverá ser respeitada a liberdade para concorrer.

Ninguém pode ser impedido ou cerceado em seu direito de tentar conquistar a preferência da clientela almejada. Essa proteção é tão importante que há uma Lei específica, a 12.529/2011, para disciplinar o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e definir a atuação específica de um órgão público voltado ao assunto: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

O objetivo deste artigo não é abordar o tema sob o enfoque do direito concorrencial ou antitruste, mas analisar outro instituto não menos importante e como o Judiciário vem lidando com ele: a Concorrência Desleal, presente na Lei de Propriedade Industrial, em seu art. 195.

Apesar de descrita como um ilícito penal, sua antijuridicidade obviamente também tem efeitos civis. São previstas várias hipóteses de conduta, sendo o desvio de clientela por meio de fraude o principal pano de fundo para se configurar essa irregularidade.

Publicar ou divulgar informações falsas acerca de um concorrente, usar expressões, sinais de propaganda, nomes comerciais, títulos de estabelecimento ou insígnias similares a outros *players*, para confundir os consumidores e conquistar a venda em detrimento do concorrente, são algumas das hipóteses.

A jurisprudência vem enfrentando a questão, procurando sopesar a liberdade tida como regra geral, constitucional, em contraposição a possíveis abusos, em que o empresário se excede em sua ambição de aumentar sua participação no mercado. Seria segregar casos em ele tenha “conquistado” o cliente legitimamente ou quando isso tenha ocorrido por meio de algum componente de fraude, “desviando” o cliente que estava predisposto a manter relação com o concorrente.



Um exemplo é a utilização de palavras-chave na ferramenta Google Ad Words. Mediante anúncios pagos, uma empresa “programa” para que seu anúncio apareça, muitas vezes em primeiro lugar na pesquisa, a partir do uso de palavras com a marca ou o nome empresarial do concorrente. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, ao julgar o Agravo de nº 2066080-48.2019.8.26.0000, envolvendo empresas de consultoria em recursos humanos, determinou que o Google excluísse tais palavras das próximas pesquisas. Foi seguida a linha de entendimento do Tribunal em vários outros casos similares, quando inclusive há condenação por dano moral ao final.

Outra situação interessante envolvendo carrinhos de bebê foi enfrentada no Rio de Janeiro. Diante de produtos semelhantes e apesar de não haver patente registrada, a 7ª Câmara Cível do Tribunal Fluminense, ao julgar o Agravo 0004315-08.2019.8.19.0000, manteve a liminar e a determinação de abstenção de atos de fabricação, uso, comercialização, exposição, distribuição e atos de publicidade, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). A decisão adotou o conceito de *trade dress*, integrante do conceito mais amplo de marca (esta registrada), já que o conjunto-imagem por meio do qual o produto se apresenta ao mercado é um elemento importante que compõe a percepção do consumidor, o qual poderia se confundir e achar que estava comprando um produto quando na verdade buscava outro.

Mas nem sempre é assim. Caso recente envolveu a companhia aérea americana *American Air Airlines* e a empresa brasileira de táxi aéreo *America Air*. A multinacional sustentava que sua marca, que também é seu nome empresarial, possui registro anterior e exerce função elementar no processo de identificação dos consumidores, acusando a brasileira de tentar se beneficiar indevidamente de sua reputação. No Recurso Especial 1.773.244-RJ, o Superior Tribunal de Justiça afastou o pedido de nulidade do registro marcário, por considerar se tratar de marca evocativa ou descritiva, ou seja, de característica genérica e sem distintividade. Apesar da adoção, pela empresa americana, da tese de *secondary meaning* (teoria da distintividade adquirida ao longo do tempo, a ponto de viabilizar o registro), o Tribunal da Cidadania entendeu que a situação não poderia conferir exclusividade, diante de baixo vigor inventivo, devendo a proteção ao registro inicial ser mitigada e a empresa conviver com marcas semelhantes. No caso as empresas não competem exatamente no mesmo mercado, mas foi salientado na decisão que, se isso ocorresse, o desfecho seria o mesmo e a primeira empresa teria de tolerar a participação de uma concorrente com nome bem similar.

Como se nota, o tema tem grande componente de subjetividade e somente a análise de cada caso concreto poderá concluir se houve regular exercício de livre concorrência ou prática de concorrência desleal, a permitir a intervenção do Judiciário. A liberdade é e continuará sendo a regra, mas ela tem exceções. E neste tema, não são poucas...