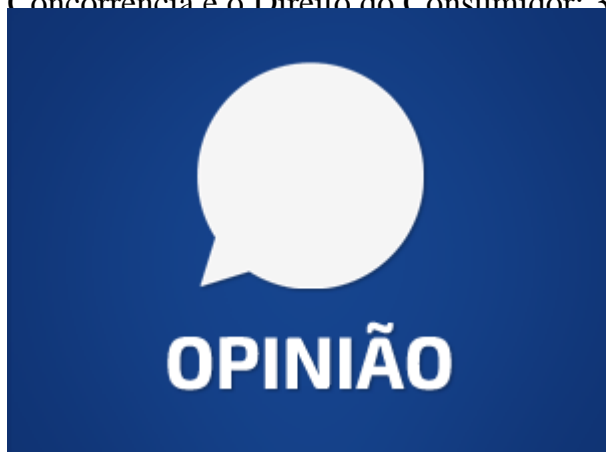




## Raphael Portella: Puffing e concorrência desleal no STJ

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) — especificamente no REsp nº 1.759.745-SP, cuja relatoria foi do ministro Marco Buzzi — analisou a 1) licitude concorrencial, entre concorrentes, de publicidade denominada como *puffing*, fixando parâmetros do que pode, em tese, ser considerado concorrência desleal [1]. Com base no referido julgamento, o presente artigo objetiva analisar os: 1) conceitos de *puffing*, *claims* e concorrência desleal no aspecto civil; 2) o diálogo de fontes entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor; 3) os requisitos definidos pelo STJ para reconhecer a ilicitude



A publicidade e a propaganda possuem diferentes formas de

convencimento do consumidor, sendo imprescindíveis para comercialização dos produtos ou serviços em um mercado altamente competitivo. Para o presente trabalho nos limitamos ao conceito de uma das formas de publicidade, o *puffing*, que é a utilização de adjetivações exageradas do produto ou serviço, mesmo intencionalmente, para convencer o consumidor. Exemplificando, utiliza-se de expressões — conceituadas como *claims* — que dizem ser "o melhor do mundo", "o mais saboroso do mundo", "o melhor do Brasil", etc.

Para compreendermos o conceito de concorrência desleal, devemos compreender o seu fundamento. Denis Borges Barbosa destaca que a concorrência tem como fundamento a propriedade intelectual, mas não possui previsão constitucional no artigo 5, XXIX da CF, razão pela qual afirma que o seu fundamento constitucional pode ser extraído do artigo 170, IV da CF, que prevê a livre concorrência como base da atividade econômica, analisando o tema a partir da noção de liberdade. Com isso, concorrência desleal pode ser conceituada como uma conduta que excede o exercício legal e honesto de um direito próprio, atentando contra o correto ou normal no mundo dos negócios (que pode ser modificado com o passar tempo), prejudicando a reputação ou negócios do concorrente [2].



*"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. Dentro de tais padrões, pode-se formular uma expectativa razoável de receita futura. O direito tutela tal expectativa, mesmo que inexistam patentes, registro de marcas, ou obra literária ou estética protegidas"* [3].

A publicidade abusiva ou enganosa pode, em tese, se caracterizar como um ato ilícito — seja na relação jurídica consumerista, seja como um ilícito concorrencial — sujeito à responsabilização do infrator. Há, aqui, uma intersecção entre o Direito do Consumidor e o Direito da Concorrência. O Código de Defesa do Consumidor, especificamente no artigo 37, diz o que é considerado como publicidade abusiva ou enganosa, assim como a prevê, como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo, especificamente no artigo 4º, IV, a coibição e repressão de todos os abusos praticados, inclusive a concorrência desleal. Apesar de não existir uma regulamentação expressa sobre publicidade abusiva ou enganosa na Lei nº 12.529 de 2011, os atos elencados como abusivos, no artigo 36, são apontados como exemplificativos, ou seja, inclui toda e qualquer conduta que possa prejudicar a concorrência [4]. Da mesma forma, a Lei nº 9.279 de 1966 — fora das hipóteses lá previstas — não tece minúcias sobre a utilização de publicidade enganosa ou abusiva como ato de concorrência desleal, mas em seu artigo 209 diz que todos os atos de concorrência desleal não previstos na lei — que pode, em tese, incluir a propaganda enganosa ou abusiva — podem gerar o direito de requerer perdas e danos.

Pode-se concluir que a intersecção entre a publicidade abusiva ou enganosa e o ilícito concorrencial é uma preocupação do legislador, seja através de previsão expressa, seja através da utilização de rol exemplificativo, assim como através da utilização do diálogo de fontes entre os sistemas, tema muito bem delimitada pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no julgamento do REsp nº 1.866.232-SP:



"Por este motivo, a matéria relativa aos limites da publicidade dirigida ao consumidor, incluindo a expressa proibição das publicidades enganosa e abusiva, é tratada no Código de Defesa do Consumidor, não sendo objeto de disciplina nas leis que versam acerca de Direito da Concorrência. Com efeito, a Lei nº 12.529/11, a par de estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, também dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, mas não regula, de forma específica, a questão relativa à propaganda, sequer no que diz respeito à publicidade comparativa. Por sua vez, a Lei nº 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, embora também se ocupe de questões afetas à concorrência desleal, apenas veda a utilização de marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda alheios realizada de tal modo que possa induzir o consumidor em erro ou confusão, bem como a utilização que indique procedência que não a verdadeira, o que não é o caso dos autos. Considerando, no entanto, a existência de uma inegável relação simbiótica entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor, mostra-se imprescindível a aplicação da conhecida Teoria do Diálogo das Fontes, criação do ilustre professor Erik Jayme e largamente difundida no Brasil pela prestigiada doutrinadora Cláudia Lima Marques. De acordo com a referida teoria, as fontes normativas, que hoje são plurais e, em muitos casos, convergentes, no lugar de apenas se excluírem mutuamente, devem também, frequentemente, dialogar entre si, cabendo ao aplicador do Direito coordená-las. [...]. Considerando especificamente a relação existente entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor, o diálogo se dá, neste caso específico, sob a forma de coordenação e de adaptação sistemática, o que, ainda segundo lição da ilustre doutrinadora Cláudia Lima Marques (in Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020), ocorre quando: 'na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei'. Isso significa que é perfeitamente possível o ajuizamento de ação fundada em conduta de concorrência desleal e de desvio de clientela com base nas normas previstas no Título I, Capítulo V, Seção III, do CDC. Portanto, ainda que se trate de ação entre concorrentes — e não entre consumidor e fornecedor — mostram-se perfeitamente aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor que vedam a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, uma vez que a utilização de tais tipos proscritos de publicidade acaba por atingir de forma negativa também a concorrência, já que o anunciante passa a competir de forma desleal no mercado consumidor. A possibilidade de aplicação, também às relações concorrenciais, das normas relativas à publicidade previstas no CDC já foi reconhecida por esta Terceira Turma, em brilhante julgado de relatoria do eminente ministro Moura Ribeiro: [...] (REsp n. 1.552.550/SP, relator ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 1/3/2016, DJe de 22/4/2016)".

Partindo de tais premissas e considerando o entendimento do STF de que a concorrência desleal possui índole infraconstitucional (ARE 1186552; ARE 1243687; RE 1128522; dentre outros), passaremos a analisar o julgamento do REsp nº 1.759.745-SP, cuja relatoria foi do Ministro Marco Buzzi, onde o objeto controvertido foi a 1) licitude concorrencial, entre concorrentes, na prática de *puffing*, fixando parâmetros do que pode, em tese, ser considerado concorrência desleal.



Destacando que o *puffing* é uma publicidade que utiliza de exagero — que dependam de uma perspectiva subjetiva de avaliação de atributos, ou seja, sem possibilidade de mensuração objetiva — para o convencimento do consumidor, verificamos que a decisão tutela a liberdade, sem caracterizá-la como um ilícito concorrencial *per se*. Para investigação de eventual ilicitude concorrencial, deve-se analisar o mercado específico e as práticas utilizadas no tempo e lugar, que podem ser mais ou menos agressivos, assim como avaliar se há uma postura de depreciar os serviços e produtos do concorrente.

Especificamente no caso concreto, o julgado reconheceu que a prática de *puffing* é utilizada por ambas as partes do processo (não em produtos idênticos, mas no mesmo mercado), ou seja, até quem o questiona se vale dele em outros produtos. Continua afirmando que, no caso concreto, não havia qualquer mensagem depreciativa dos concorrentes. Tais fatos afastam a ideia de ilícito concorrencial.

Portanto, à luz do julgado já citado, os requisitos para a licitude concorrencial do *puffing* são: 1) impossibilidade de reconhecimento de ilicitude *per se*; 2) análise do mercado e das práticas utilizados ao tempo e no lugar, averiguando se concorrentes se valem da mesma prática; 3) inexistência de depreciação dos serviços ou produtos do concorrente; 4) considerando existir conteúdo comparativo, necessidade de "*induzir em erro o consumidor, causando confusão ente marcas, ocorrendo de maneira a depreciar a marca concorrente, com o conseqüente desvio de sua clientela, prestando informações falsas e não objetiva*" (REsp nº 1.377.911-SP, cuja relatoria foi do ministro Luis Felipe Salomão).

A definição gera maior segurança para a utilização de *puffing* entre concorrentes, assim como fixa parâmetros que podem evitar a conduta do *sham litigation* concorrencial — tema muito bem abordado no já citado REsp nº 1.866.232-SP, com citação de dissertação de mestrado de Tiago Cação Vinhas [5] —, abuso do direito de ação como uma das formas de infração da ordem econômica.

[1] <https://www.conjur.com.br/2023-mar-03/heinz-usar-expressoes-exageradas-propaganda-decide-stj>, acessado em 29 de março de 2023.

[2] BARBOSA, Denis Borges. A Concorrência desleal e a sua vertente parasitária. p. 23-24. Disponível em: [https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/concorrenca\\_desleal\\_vertente\\_parasitaria.pdf](https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/concorrenca_desleal_vertente_parasitaria.pdf), acessado em 30 de março de 2023.

[3] *Idem*, p. 24.

[4] FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 129.

[5] [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-09022015-103806/publico/Dissertacao\\_Mestrado\\_Shram\\_Litigation.PDF](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-09022015-103806/publico/Dissertacao_Mestrado_Shram_Litigation.PDF)



, acessado em 30 de março de 2023.

**Date Created**

11/04/2023