

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

O Exercício Abusivo da Liberdade de Concorrer
Concorrência desleal e abuso do direito

Guilherme Vasconcelos de Sá Cavalcanti
Orientador: Sady D'Assumpção Torres Filho

Monografia Final de Bacharelado em Direito - UFPE
Recife, 2010

Guilherme Vasconcelos de Sá Cavalcanti

O Exercício Abusivo da Liberdade de Concorrer
Concorrência desleal e abuso do direito

Monografia Final apresentada como requisito parcial para Conclusão do Bacharelado em Direito pela UFPE.

Área de Conhecimento: Direito Civil. Direito Concorrencial. Direito da Propriedade Industrial

Recife, 2010

Guilherme Vasconcelos de Sá Cavalcanti
O Exercício Abusivo da Liberdade de Concorrer
Monografia de Final de Curso
Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito
Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR
Data de Aprovação:

Prof.

Prof.

Prof.

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Laís, por renovar meu ânimo sempre que foi preciso; e aos meus pais, por tornarem possível esse e tantos outros projetos.

RESUMO

Considerando as múltiplas facetas que pode assumir a concorrência desleal e a impossibilidade de se lhe esgotar as formas de manifestação através de uma definição legal fechada, este estudo procura identificar no mercado as práticas desleais atípicas a partir do instituto do abuso do direito. Pretende-se que o abuso do direito possa servir como critério de apoio para identificar os atos de concorrência desleal não tipificados na Lei de Propriedade Industrial, mas que ainda assim merecem reprimenda como ilicitude cível, por se afastarem dos escopos do princípio constitucional da livre concorrência. Para isso, parte-se da fórmula do art. 187 do Código Civil para propor que a concorrência desleal viola os limites impostos pelos fins econômicos e sociais da livre concorrência e, portanto, constitui exercício abusivo da liberdade de concorrer, residindo aí a sua nota de ilicitude.

Palavras Chaves: CONCORRÊNCIA DESLEAL. ABUSO DO DIREITO.

Money it's a crime
Share it fairly but don't take a slice of my pie

Rogers Waters. "Money". *The dark side of the moon*.
Londres: EMI. 1973

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CC – Código Civil

LPI - Lei de Propriedade Industrial

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1. O Abuso do Direito.....	5
1.1 A construção do abuso do direito.....	5
1.1.1 Teoria Externa.....	7
1.1.2 Teoria Interna.....	9
1.2 O abuso do direito no Código Civil Brasileiro.....	11
1.2.1 Os limites fixados pelo art. 187 – “o fim econômico ou social”.....	15
2. Os fins econômicos e sociais da livre concorrência.....	18
2.1 O conteúdo do princípio constitucional da livre concorrência.....	18
2.2 A Escola de Chicago - Maximização da eficiência e bem estar do consumidor.....	22
2.3 A Escola Ordo-Liberal – A escolha da melhor opção no mercado.....	24
2.4 A concorrência-instrumento.....	27
3. A Concorrência desleal e a sua elástica definição.....	31
3.1 O regime legal da concorrência desleal e as cláusulas gerais.....	32
3.2 Pressupostos da concorrência desleal.....	36
4. Caracterização da concorrência desleal como abuso da liberdade de concorrer.....	40
4.1 A aplicabilidade do instituto do abuso do direito à concorrência desleal.....	40
4.1.2 Pontos de contato entre o abuso do direito e a concorrência desleal.....	42
4.2 A concorrência parasitária como exercício abusivo da liberdade de concorrer.....	45
Conclusão.....	49
Referências.....	51

Introdução

Desde já, importa apresentar a problemática com a qual este estudo pretende trabalhar: o caráter omnímoto da concorrência desleal¹ e a impossibilidade de se lhe esgotar as formas de manifestação através de uma definição legal fechada².

Isso decorre do fato de, no centro da idéia de concorrência desleal, estar um conceito elástico e plurissignificativo: a deslealdade³, de formas tão múltiplas quanto o permitam o alcance da malícia e da imaginação humana.

Ora, o mercado pressupõe certo grau de animosidade⁴ entre seus participantes, na medida em que cada um explora as fragilidades alheias em busca de vantagens defendíveis e oportunidades de ganho. Entretanto, se por um lado o conflito é inerente ao ambiente concorrencial, por outro freqüentemente debanda para o excesso por parte dos concorrentes, através de comportamentos desleais e nocivos ao próprio sistema⁵.

A fim de proteger o mercado dos seus efeitos autodestrutíveis⁶, se fazem necessários mecanismos de regulação da concorrência, a exemplo da repressão legal à concorrência desleal, cuja efetividade, por sua vez, depende da capacidade do ordenamento de identificar e sancionar as práticas desleais, na medida em que elas forem surgindo sob diferentes facetas no mercado.⁷

A apontada dificuldade de determinação do conteúdo das práticas de concorrência desleal não passa despercebida pelos diplomas normativos que têm se

¹ BOSIO, Edoardo. Apud JABUR, Wilson Pinheiro. Pressupostos do ato de concorrência desleal. In: **Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócios e concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 337.

² “Defini-la em todo o rigor de sua apresentação jurídica é – confessam-no os tratadistas – uma verdadeira e temerária dificuldade. E interpretá-la na imponderável extensão de suas infinitas formas – impõe-se nos abordar um dos mais latos problemas antepostos à moderna análise sociológica.” RODRIGUES, Clóvis Costa. Apud. ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin. 2004.

³ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli. Ob. Cit. p. 141.

⁴ “A concorrência, é cediço, prejudica os concorrentes, mas esses prejuízos podem ser licitamente causados, desde que resultantes ‘de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação aos seus competidores’” in FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 276

⁵ “Las estrategias y variables mencionadas anteriormente son utilizadas por las empresas para establecer una posición defendible en el mercado. Sin embargo, tal y como establece Williamson, los individuos o agentes tienden a comportarse en forma oportunista, es decir, tienden a sacar provecho de los errores o las debilidades de los demás, en una medida que sobrepasa las reglas establecidas por la costumbre o por los ‘buenos usos comerciales’, en otras palabras, compiten deslealmente.” in CARPIO, Miguel. **La competencia desleal y sus efectos en la dinámica del mercado**. Disponível em <<http://www.procompetencia.gov.ve/dinamicamercado.html>> Acesso em 09 nov. 2009.

⁶ FORGIONI, Paula A. Ob. Cit. p. 33

⁷ LEITÃO, Adelaide Menezes. **Estudo de direito privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal**. Coimbra: Almedina. 2000. p.121-137

válido de cláusulas gerais, ou *open-textured rules*⁸, para abarcar as múltiplas manifestações do fenômeno. Nesse sentido, o art. 10 bis⁹ da Convenção de Paris, por exemplo, recorre ao critério aberto das “práticas honestas em matéria industrial ou comercial” para diferenciar os atos de concorrência leal dos desleais.

No ordenamento brasileiro, a Lei. 9.279/1996 de Propriedade Industrial tratou do problema no art. 209¹⁰ que, para além da tipificação penal dos atos desleais elencados no art. 195, dispõe sobre a repressão dos demais atos de concorrência desleal não expressos na lei. Isto é, a LPI brasileira reconhece a impossibilidade de encerrar a definição de concorrência desleal e mune o interprete de uma cláusula aberta capaz de ser aplicada às práticas desleais não previstas literalmente.¹¹

Ocorre, todavia, que falta propriedade ao art. 209 da LPI quando este dispositivo lança mão da locução “atos tendentes a prejudicar os negócios alheios” para se referir às práticas desleais não tipificadas. Isso porque, a atuação de um agente econômico, seja ela lícita ou ilícita, está essencialmente destinada a provocar danos emergentes e lucros cessantes aos seus concorrentes, no processo de disputa pela clientela no mercado.¹²

É preciso buscar, portanto, um critério de apoio ao art. 209 da LPI, para identificar a censurabilidade de uma prática desleal não tipificada, dado que a ilicitude não está necessariamente na intenção de provocar dano concorrencial¹³, vez que esta pode ser encontrada tanto na concorrência lícita quanto na ilícita.

⁸ BENTLY, Lionel, SHERMAN, Brad, **Intellectual Property**. Oxford:Oxford University Press. 2001. p. 730

⁹ Art. 10 Bis da Convenção de Paris: 1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal.2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.3) Deverão proibir-se especialmente:1.º Todos os atos susceptíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 2.º As falsas afirmações no exercício do comércio, susceptíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 3.º As indicações ou afirmações cuja utilização no exercício do comércio seja susceptível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabrico, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.

¹⁰ Art. 209 da LPI: 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. § 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. § 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.

¹¹ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli. Ob. Cit. p. 131

¹² VASCONCELOS, Pais de. Apud LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p 143

¹³ LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 48.

Tendo isso em mente, este trabalho recorre ao instituto do abuso do direito, positivado no art. 187 do Código Civil, como parâmetro auxiliar para o reconhecimento das práticas desleais do mercado e de sua nota de ilicitude, assumindo que o concorrente desleal exerce de maneira abusiva a sua liberdade de concorrência.

Observe-se que o art. 187¹⁴ do Código Civil contém diversos balizadores para a determinação do abuso do direito, a saber, a violação aos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelo fim econômico ou social do direito invocado. Contudo, no decorrer deste trabalho, será examinado apenas o conteúdo da fórmula “fim econômico ou social”, sendo certo que o exame da boa-fé ou dos bons costumes seria vasto o bastante para exigir um estudo autônomo.

Faz-se isso tendo em vista que o objetivo deste estudo é a contraposição entre a concorrência desleal e os fins econômicos e sociais da livre concorrência, para tentar caracterizar a primeira como exercício abusivo da liberdade de concorrer e, por isso mesmo, sujeita a reprimenda do ordenamento.

Não se quer com isso sugerir que os parâmetros da “boa-fé” ou dos “bons costumes” não poderiam ser úteis à identificação das práticas não tipificadas de concorrência desleal. Muito pelo contrário. A presente abordagem perpassa apenas pelos fins econômicos e sociais da livre concorrência, exclusivamente, por uma questão de delimitação temática, sem descartar, entretanto, que possa também haver nas práticas desleais violação à boa-fé ou aos bons costumes.

O trabalho será desenvolvido inicialmente a partir de uma análise da construção da idéia de abuso do direito, remontando às suas raízes jurisprudências na França, passando pelo seu refinamento pela doutrina, até chegar à positivação do instituto no Direito Pátrio com o Código Civil de 2002.

Em seguida, considerando a referência aos fins econômicos e sociais na fórmula legal do abuso do direito, se passará, no capítulo 2, ao estudo dos respectivos escopos do regime de livre concorrência e, analogamente, da liberdade de concorrer. Para isso, se recorrerá a uma análise do debate entre a escola neoclássica e a escola ordo-liberal de Direito Concorrencial, para chegar à atual concepção, refletida na ordem econômica

¹⁴ Art. 187 do CC: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

constitucional, da livre concorrência como um instrumento¹⁵ para o desenvolvimento nacional qualitativo¹⁶.

No capítulo 3, será abordada a disciplina legal da concorrência desleal e os principais pressupostos reconhecidos pela doutrina para a configuração dos atos desleais, realçando a imprescindibilidade da adoção de cláusulas gerais para comportar a elástica definição de concorrência desleal, afastando-se de uma concepção cerrada ou definitiva.¹⁷

Por fim, no capítulo 4, intenta-se demonstrar a aplicabilidade do instituto do abuso do direito ao campo da regulação da concorrência, para então caracterizar a concorrência desleal como exercício abusivo da liberdade de concorrer. Para isso, procede-se com a análise de práticas de concorrência parasitária, reconhecidas como desleais pela doutrina, a despeito de não previstas expressamente na LPI brasileira, evidenciando a desconformidade entre a concorrência desleal e os fins econômicos e sociais da liberdade de concorrer.

¹⁵SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr. 2001. p. 174.

¹⁶GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paula: Malheiros. 2002.p. 259

¹⁷LEITÃO. Adelaide Menezes. Ob. Cit.

1. O Abuso do Direito

1.1 A construção do abuso do direito

A expressão “abuso do direito”, com o entendimento que atualmente lhe é dado, surge para nomear construção utilizada pela jurisprudência francesa, a partir do século XIX¹⁸, na repressão de situações em que, embora na letra fria da lei um proprietário aparentasse exercer licitamente o seu direito, na prática o fazia com irregularidades que resultavam injustas para os seus vizinhos¹⁹.

Note-se que não havia qualquer previsão no Código Napoleônico quanto à repressão ao abuso do direito de propriedade. Em realidade, nem poderia ser diferente, dado que o *Code Civil* era fruto da ascendente ideologia liberal burguesa, comprometida em dar contornos absolutos aos direitos subjetivos, dos quais o direito de propriedade era protótipo.²⁰

A construção jurisprudencial do abuso do direito na França do século XIX pressupõe, pois, uma relativização da noção de direito subjetivo nos termos em que estava estabelecido no Código Napoleônico²¹. Antes, contudo, de prosseguir com essa idéia, é preciso tecer alguns comentários sobre o significado de “direito subjetivo”, requisito para qualquer estudo sobre o seu exercício abusivo.

A noção de direito subjetivo, seja ele definido como um poder da vontade, ou como um interesse juridicamente protegido²², é resultado do afastamento histórico da concepção clássica de direito como “coisa justa” – *ius*, chegando-se a idéia de direito como expressão da liberdade, faculdade ou poder do individuo ante o Estado e ante os

¹⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina.1984 p. 670-671: “ As primeiras decisões judiciais do que, mais tarde, na doutrina e na jurisprudência, viria a ser conhecido por abuso do direito, datam da fase inicial do Código Napoleônico. Assim, em 1808 condenou-se o proprietário duma oficina que, no fabrico de chapéus, provocava evaporações desagradáveis para a vizinhança, Doze anos volvidos, era condenado o construtor de um forno que, por carência de precauções, prejudicava um vizinho. Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construía uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com que andava desavindo. Um ano depois, era a vez do proprietário que bombeava, para um rio, a água do próprio poço, com o fito de fazer baixar o nível do vizinho.” É também digno de nota que Menezes Cordeiro é particularmente incisivo ao rejeitar a idéia de outros autores de que o abuso do direito, em sua concepção atual, teria antecedentes já no Direito Romano.Nesse sentido, p. 677.

¹⁹ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado**. Rio de Janeiro:Forense. 2009.p 5.

²⁰ BOLOUS, Daniel M. **Abuso do direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método. 2006. p. 35.

²¹ *Idem, ibidem*. p. 35.

²² Faz-se aqui uma breve referência às definições de direito subjetivo adotas por Savigny e por Jhering, respectivamente. In MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Ob. Cit.* p. 663-664.

demais. E nesse último sentido que o direito subjetivo se afirma no Código Napoleônico e nas codificações civilistas que o seguiram.²³

Importa ressaltar que essa construção do direito como uma prerrogativa do sujeito não representa nas ordens capitalistas um mero expediente técnico, mas é marcante o seu matiz “significativo-ideológico destinado a precaver a ordem liberal contra investidas exteriores. (...) O direito subjectivo mantém viva, no Direito Privado, a idéia de liberdade de cada um dentro da sociedade”.²⁴

É por isso que quando, no final do século XIX e ao longo do século XX, a doutrina organiza teoricamente o abuso do direito para consagrar a relatividade do direito subjetivo, estava-se a discutir a superação de um modo de pensar essencial ao sistema, em reação à mentalidade individualista que as codificações do século XIX impuseram nos ordenamentos, com todas as contradições sociais que lhe são imanentes.²⁵

A relativização da idéia de direito subjetivo significa concebê-los, não como “dotados de validade em si, desconsiderando toda a realidade que lhe é exterior”, mas sim como reciprocamente dependentes, pressupondo a colaboração dos indivíduos entre si, em referência ao direito de que são titulares e aos deveres correspondentes, em conformação à própria ordem jurídica.²⁶

É justamente a relativização do direito subjetivo, pressuposto na construção científica do abuso do direito, que permite contestar a formulação de Planiol, autor de uma das principais críticas negativistas do abuso do direito como instituto jurídico.

Segundo Planiol, falar em abuso do direito seria uma *logomaquia*, vez que o *direito cessa onde o abuso começa*. Nessa linha de raciocínio, poderia haver apenas “abusos nas condutas dos homens, mas não quando eles exercem os seus direitos, e sim quando eles os ultrapassam; o homem abusa das coisas, não abusa dos direitos.”²⁷

A argumentação de Planiol, no entanto, só sobrevive enquanto se tem em mente uma concepção absoluta dos direitos subjetivos, rígida, geométrica, na qual os direitos seriam “polígonos de fronteira a fronteira, sem qualquer zona cinzenta ou intermédia”²⁸.

²³ MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 28.

²⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. Ob. Cit. p. 662 e 665.

²⁵ DE SÁ, Fernando Augusto Cunha. **Abuso do Direito**. Coimbra: Almedina. 1973. p. 49-50.

²⁶ MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 3

²⁷ PLANIOL, Marcel. Apud DE SÁ, Fernando Augusto da Cunha. Ob. Cit. p. 322-323.

²⁸ DE SÁ, Fernando Augusto da Cunha. Ob. Cit. p. 324. Cumpre ressaltar que a doutrina também costuma refutar a fórmula de Planiol pela afirmação de que o abuso de direito não seria, a uma só vez, ato lícito e ilícito, mas sim, constituiria uma terceira categoria autônoma, o ato abusivo. Contudo, o abuso do direito

A fórmula de Planiol tem por fundo a ideologia que enxerga no direito subjetivo a essência do individualismo de sua era, uma espécie de área reservada ao sujeito que dele é titular, com exclusão dos interesses de todos os demais.

O abuso do direito há de ser estudado, entretanto, partindo de uma concepção relativizada do direito subjetivo, em um cenário em que cada um dos titulares é ciente das limitações impostas pelos direitos de seus pares e, sobretudo, de que os direitos não são validades absolutas dentro de um espaço determinado, mas sim dotados de fronteiras flexíveis, que dialogam e eventualmente fazem concessões à esfera jurídica dos demais.

A teoria do abuso do direito, em suas diversas formulações, busca precisamente a identificação de um critério para identificação das situações em que o exercício do direito se torna abusivo e as esferas jurídicas se sobrepõem, devendo ceder aquela que se excede.

Observe-se, contudo, que a teoria do abuso do direito só poderia haver surgido em uma cultura jurídica que, como ocorria na França do século XIX, elevasse o direito subjetivo à categoria fundamental, trabalhada e, portanto, refinada permanentemente na prática judicial. Esse ambiente é crucial para o surgimento da idéia de firmar limitações aos comportamentos dos sujeitos através dos direitos próprios de cada um²⁹.

Daí que o abuso do direito, como bem leciona Menezes de Cordeiro, não pode ser tomado como “factor de ruptura dentro da continuidade jurídica traduzida pela codificação napoleônica e pela doutrina a ela subjacente: o abuso do direito visa, precisamente, encarar conjunturas novas sem perturbar a harmonia do tecido românico, cujo espírito respeita”³⁰.

1.1.1 Teoria Externa³¹

Aborda-se como “teoria externa” do abuso do direito aquelas formulações que utilizam como critério para identificá-lo a contraposição entre as normas que instituem o direito subjetivo e certos preceitos externos que lhe delimitam o exercício. Recorre-se à

foi enquadrado pelo art. 187 do Código Civil Brasileiro dentro da categoria dos atos ilícitos, pelo que essa linha argumentativa não tem pertinência se se tem em mente o ordenamento pátrio vigente.

²⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. Ob. Cit. p. 683

³⁰ *Idem, ibidem*. p. 684

³¹ Faz-se uso aqui da terminologia proposta por Sibert e adotada por Menezes de Cordeiro, na qual se contrapõem as teorias externas às teorias internas do abuso do direito. SIBERT, Wolfgang. Apud. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. Ob. Cit. p. 861.

violação de cláusulas ou princípios gerais de outras ordens normativas, que não jurídicas, ou pelo menos que não positivadas, a exemplo, sobretudo, da Moral, para reconhecer o exercício abusivo do direito.³²

Nesta linha está a tese de Ripert, enquadrada por Cunha de Sá como uma das formulações que enxergam o abuso do direito como “correctivo de moralidade que a legalidade postula ou como a carência de legitimidade ética para o exercício do direito”. Segundo Ripert, a construção do abuso do direito é inspirada pela idéia de moralidade no exercício dos direitos, proporcionando uma sanção àqueles que o exercem imoralmente.³³

Em Ripert, a reprovação do exercício do direito pelo seu sentido ético ocorreria quando, *embora na aparência o ato se encubra com a aplicação correta da regra jurídica*, foi ele motivado unicamente pela intenção de prejudicar outrem. Haveria no abuso do direito a “infração ao dever moral de não causar maldosamente a outrem um prejuízo, isto é, o espírito ou a intenção dolosa que preside o ato de exercício, que aniquilaria entre as mãos do titular o direito que ele possui.”³⁴

A malevolência na intenção do ato se revelaria, para Ripert, pelo próprio resultado do comportamento, dado que desprovido de qualquer utilidade para aquele que o exerceu. Ripert não se olvida da impossibilidade de o juiz se aventurar pela intenção do agente em busca pelo sentimento de malquerença, de modo que para verificar a infração do dever moral bastaria investigar se houve, ou não, produção de resultado útil. Havendo utilidade no comportamento, a malevolência não teria se transformado em ato e este seria irrepreensível.³⁵

Em crítica a Ripert e a outras formulações que se enquadram como teoria externa do abuso do direito, Cunha de Sá destaca que o seu inconveniente está em considerar uma legitimidade legal distinta de uma legitimidade moral, em que o exercício abusivo do direito estaria dotado da primeira, mas desprovido da segunda.³⁶

Mas não só isso. O problema principal seria tomar a ilegitimidade moral como capaz de se sobrepor a legitimidade legal, no momento de determinar a censurabilidade

³² MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. Ob. Cit. p. 874-878.

³³ DE SÁ, Fernando Augusto Cunha. Ob. Cit. p. 361 e ss.

³⁴ RIPERT, George. Apud. DE SÁ, Fernando Augusto Cunha. Ob. Cit.

³⁵ *Idem, ibidem.*

³⁶ DE SÁ, Fernando Augusto Cunha. Ob. Cit. p.392-398

do ato, sobretudo quando Cunha de Sá, filiando-se a teoria interna, acredita que é possível construir uma formulação especificamente jurídica do abuso do direito.³⁷

Em última nota quanto à teoria externa, vale pontuar que Menezes de Cordeiro, em sua crítica a tese de Ripert, destaca que falta ao seu discurso precisão na articulação da Moral com o Direto, vez que o autor francês prescinde do manuseio técnico de cláusulas gerais e da boa fé na identificação dos comportamentos abusivos.³⁸ Talvez haja aqui um ponto de contato entre a crítica de Menezes de Cordeiro e a fórmula adotada pelo art. 187 do Código Civil Brasileiro, que estabelece como critério, entre outros, a infração dos bons costumes e da boa fé para identificar o exercício abusivo do direito. Mas a positivação do abuso do direito no Direito brasileiro será alvo de análise mais adiante.

1.1.2 Teoria Interna

Trata-se por “teoria interna” aquelas formulações que buscam por um critério imanente ao direito subjetivo, intrínseco ao ordenamento jurídico, para identificar o seu exercício abusivo. Enxerga-se no abuso a infração a uma expressão específica do respectivo direito. Sendo assim, o exercício abusivo violaria, em algum nível, a essência normativa do próprio direito invocado.³⁹ A investigação pelos limites do exercício do direito seria, em última instância, uma investigação pelo conteúdo do direito em questão.⁴⁰

Nesta linha, Jossierand destaca-se, inicialmente, por traduzir o abuso do direito como um comportamento em desrespeito à função para a qual foi concebido o respectivo direito pelo ordenamento⁴¹. Jossierand considera que os direitos, mesmo aqueles de espírito egoísta⁴², são fruto de um consentimento da comunidade e, portanto, destinados a preencher uma finalidade social, sob pena de renegarem sua própria origem no ordenamento. A teoria do abuso do direito serviria, pois, para reprimir o exercício do direito em desconformidade com o seu espírito.

³⁷ DE SÁ, Fernando Augusto Cunha. Ob. Cit. p.392-398

³⁸ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. Ob. Cit. p. 682

³⁹ *Idem, ibidem*. p. 861-874.

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p.38.

⁴¹ JOSSERAND, Louis. Apud. DE SÁ, Fernando Augusto Cunha. Ob.Cit. p. 404-414.

⁴² Jossierand agrupa os direitos em três categorias: direitos não causados, direitos de espírito egoísta e direitos de espírito altruísta. Em síntese grosseira, os primeiros seriam aqueles direitos abstratos que poderiam ser exercidos de modo soberano; os segundos seriam aquelas prerrogativas que serviriam a satisfação do interesses pessoais, e os terceiros seriam destinados a realização de interesses alheios. In DE SÁ, Fernando Augusto Cunha, Ob. Cit. 404-414.

A partir das idéias de Josserand, Cunha de Sá e Castanheira Neves constroem o que Menezes de Cordeiro identificou como axiologismo-formal⁴³, vez que há naqueles autores portugueses uma convação, do que era “orientação funcional-teleológica” em Josserrand, para “valores normativos imanentes aos direitos”⁴⁴.

Em Castanheira Neves, “cada direito subjectivo implicaria uma intenção axiológica-normativa suportada e traduzida pela sua estrutura formal”⁴⁵. O abuso do direito seria, portanto, o comportamento que, no seu sentido concreto, não cumpre com a intenção normativa que fundamenta o direito invocado.

Cunha de Sá⁴⁶, por sua vez, em seu esforço por revestir de juridicidade o critério adotado para identificar o abuso do direito, argumenta que o exercício abusivo refletiria uma contradição com a valoração, em todo caso, imanente, intrínseca a cada direito subjectivo reconhecido pelo ordenamento. A causa, o modo, a finalidade têm relevância apenas enquanto já valorados e recebidos pela estrutura normativa do respectivo direito no ordenamento jurídico.

O abuso do direito, em Cunha de Sá, deve ser averiguado em concreto, com a confrontação entre o comportamento material do sujeito e o fundamento axiológico-jurídico do direito, nos moldes em que ele foi erigido no ordenamento. O cerne do abuso do direito estaria no comportamento que, embora preenchendo a estrutura formal do direito invocado, violaria materialmente o seu fundamento, o seu sentido no ordenamento.⁴⁷

Em sua crítica ao axiologismo-formal de Castenheira Neves e Cunha de Sá e a orientação teleológica-funcional de Josserrand, Menezes de Cordeiro pondera que, em última instância, essas teses redundariam apenas em um problema de interpretação do conteúdo e das fronteiras de cada direito, o que não justificaria a tentativa de uma construção científica do abuso do direito como instituto jurídico autônomo.^{48 49}

⁴³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. Ob. Cit. p. 868.

⁴⁴ Essa aproximação feita por Menezes de Cordeiro entre o axiologismo-formal e Josserand não é confessa na obra de Cunha de Sá, dado que este autor faz inclusive duras críticas a Josserand no que se refere à preocupação do autor francês com o “motivo legítimo” do comportamento, o que lhe aproximaria, segundo Cunha de Sá, das teses que tratam o abuso do direito como um corretivo ético da legalidade. In DE SÁ, Fernando Augusto Cunha. Ob. Cit. p.414-420.

⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. Apud. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. Ob. Cit. p. 868.

⁴⁶ DE SÁ, Fernando Augusto Cunha. Ob. Cit. p. 454-462.

⁴⁷ *Idem, ibidem.*

⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. Ob. Cit. p. 873-874..

⁴⁹ É digno de nota, contudo, que Menezes de Cordeiro, anteriormente crítico da teoria do abuso do direito, falando inclusive em decadência do abuso do direito, atualmente, ante a crescente utilização da teoria pelos tribunais portugueses, com fundamento no art. 334 do Código Civil Português, observa em seu

De toda forma, seja na concepção de Josserand, ou de Castanheira Neves e Cunha de Sá, é possível afirmar que a teoria interna do abuso do direito alcança a fórmula do art. 187 do Código Civil Brasileiro, na consagração do “fim econômico ou social” como balizador para identificação do exercício abusivo, no sentido que o ordenamento dê a esses escopos de acordo com o direito que se invoca.

1.2 O abuso do direito no Código Civil Brasileiro

O instituto do abuso do direito foi positivado no Código Civil Brasileiro em seu artigo 187⁵⁰, cuja redação teve por fonte imediata declarada o artigo 334 do Código Civil Português de 1966 e por fonte mediata o artigo 281 do Código Civil Grego de 1946.⁵¹

A franca importação de uma fórmula legal estrangeira não significa, contudo, que a positivação do abuso do direito no ordenamento pátrio, através do art. 187 do Código Civil, tenha se dado de modo desavisado e sem referências culturais próprias. De fato, a jurisprudência anterior ao Código Civil de 2002 já havia consolidado a construção do abuso do direito a partir da interpretação a *contrario sensu* do art. 160, I do Código Civil de 1916.

Considerando que o art. 160, I⁵² estabelecia que não constituiria ato ilícito o exercício regular de um direito reconhecido, os tribunais⁵³ reconheciam, por sua vez,

tratado do direito civil de 2005 que “o abuso do direito é uma expressão consagrada para traduzir hoje um instituto multifacetado, internamente complexo e que persegue, *in concreto*, os objectivos últimos do sistema” in MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Apud. MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 86

⁵⁰ Embora o artigo 187 do Código Civil não contenha em sua fórmula a expressão “abuso do direito”, a doutrina pátria reconhece nele a consagração do instituto no ordenamento. Nesse sentido, PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil, vol. I**, Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 675.

⁵¹ O art. 281 do Código Civil Grego, fruto da influência da doutrina germânica naquele país ao longo do século XX, tem a seguinte redação: “o exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites posto pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou econômico do direito”. É evidente a reprodução da sua fórmula no art. 334 do Código Civil Português: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito. No Código Civil Brasileiro, por fim, foi lhe dada a seguinte versão: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Para maiores detalhes sobre a influência germânica na fórmula, ver MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Ob. Cit. p. 707-718.

⁵² Art. 160 do CC de 1916: “ Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520). Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

⁵³ Nesse sentido, os seguintes julgados: “Abuso de direito: Purgação de mora em ação de despejo. O abuso do direito como ato ilícito resulta, no campo do direito civil brasileiro da interpretação, *contrario*

como sendo ato ilícito o seu exercício irregular. Por outro lado, a doutrina de então definia como “irregular” o uso de uma prerrogativa jurídica fora dos ditames da boa-fé e em desrespeito a finalidade econômico e social do direito⁵⁴.

A construção da idéia de abuso do direito a partir do art. 160, I do Código Civil de 1916, que tratava da disciplina dos atos ilícitos, fez com que a doutrina brasileira tradicionalmente vincule a idéia de abuso a de ilicitude⁵⁵, equiparação que, por si só, permanece extremamente problemática na doutrina estrangeira.⁵⁶

O enquadramento do abuso do direito sob o conceito de ilicitude consolidou-se, por fim, com o Código Civil de 2002, tendo em conta que o art. 187 define o exercício abusivo do direito a partir da locução “também comete ato ilícito”. A doutrina atual, na lição de Bruno Miragem⁵⁷, reforça a identificação entre abuso e ilicitude esclarecendo que em ambos ocorre a violação de limites previamente estabelecidos. Apenas, enquanto na ilicitude o limite evidente é o preceito normativo cujo mandamento foi diretamente violado, no abuso, a constatação da infração reporta-se ao exame dos elementos plurissignificativos do art. 187 - fim econômico ou social, boa-fé ou bons costumes.

Entretanto, ainda que o Código Civil de 2002 discipline o abuso do direito como ato ilícito, é de absoluta relevância notar que o referido diploma adota duas cláusulas de ilicitude distintas⁵⁸: o art. 186, que trata do ato ilícito, por assim dizer, genérico, e o art. 187 que trata do ato ilícito por abuso do direito.

Essa distinção no direito positivo permitiu a evolução da prática jurídica nacional para uma concepção objetiva do abuso do direito, isto é, que prescinde da presença de dolo ou culpa para sua configuração.

Observe-se que na vigência do Código Civil de 1916, a interpretação a *contrario sensu* do art. 160, I, para chegar-se ao abuso do direito, em todo caso ainda dependia da

sensu, do disposto no artigo 160 do Código Civil” (STF, RE n.º 85.816/RJ; rel. Min. Moreira Alves; j. 01.10.1976); “Se o locatário, habitualmente, só efetua o pagamento dos alugueres a que se obrigou, sob pressão do requerimento de despejo posto em juízo pelo locador, o seu reiterado pedido de purgação da mora pode ser havido com abuso de direito, e, como tal, denegado pelo juiz” (STF, RE n.º 20.817; rel. Min. Lafayette de Andrada; j. 02.09.1955).

⁵⁴ Nesse sentido, MORAES, Maria Amália Dias de. Apud. MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 81

⁵⁵ MARTINS, Pedro Baptista. Apud. MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 81

⁵⁶ Na doutrina portuguesa, por exemplo, é grande o esforço de Cunha de Sá para diferenciar abuso do direito da idéia de ilicitude formal. In DE SÁ, Fernando Augusto Cunha. Ob. Cit.

⁵⁷ MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 81

⁵⁸ *Idem, ibidem* p. 101.

conceituação de ato ilícito fornecida pelo art. 159⁵⁹, que estava estreitamente ligada à constatação de culpa no comportamento do agente da ilicitude.

Já no Código Civil de 2002, o art. 187 fornece uma conceituação própria de ato ilícito por abuso do direito, na qual não há qualquer menção ao ânimo da conduta, ficando a vinculação a elementos subjetivos restrita à definição de ato ilícito constante do art. 186⁶⁰.

A despeito de gabaritadas divergências⁶¹, é esse o entendimento que predomina na prática jurídica nacional, inclusive consagrada pelas “Jornadas de Direito Civil” promovidas pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a coordenação do Ministro Ruy Rosado Aguiar Júnior, através do enunciado n.º 37: “Art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

O ordenamento, portanto, adota no art. 187 do Código Civil uma compreensão da ilicitude que dispensa a censurabilidade da conduta na perspectiva do ânimo do agente (dolo ou culpa), importando apenas que o ato ilícito lhe seja imputável objetivamente. Afasta-se de uma concepção tradicional de ilicitude, concentrada na noção de *culpa*, e o ponto chave passa a ser a infração de um *dever legal*. Quanto ao significado dessa mudança, pertinente a reflexão de Bruno Miragem⁶²:

A rigor, a previsão do artigo 187 elimina a necessidade de se cogitar da presença ou não do dolo ou culpa para efeito de caracterizar o ilícito ali previsto. E faz isto visando uma dupla proteção: tanto dos direitos e interesses de outra parte da relação jurídica, que sofre as conseqüências do exercício abusivo referido na norma, quando da proteção do próprio ordenamento jurídico, em relação ao exercício de um poder jurídico que ele mesmo confere, mas que no seu exercício é realizado de modo antijurídico.

(...)

Essa alteração substancial é parte de um movimento de *funcionalização* do Direito Privado Brasileiro.

Além da objetivação do abuso do direito, possibilitada pelo destacamento dessa espécie de ilicitude da modalidade genérica do art. 186, o Código Civil de 2002 também

⁵⁹ Art. 159 do Código Civil de 1916: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.”

⁶⁰ Art. 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁶¹ Argumentam por uma teoria subjetiva do abuso do direito Humberto Theodoro Junior e Rui Stoco. Apud. BOULOS, Daniel M. Ob. Cit. p. 136.

⁶² Ob. Cit. p. 117-118 e 124.

trouxe outra grande contribuição: a autonomia da disciplina do abuso do direito com relação à disciplina da responsabilidade civil.

Observe-se que, enquanto ainda sobrevive no art. 186 uma referência ao dano causado pela conduta, não há qualquer menção aos resultados do abuso do direito na espécie de ilicitude definida no art. 187 do Código Civil. Isso porque, embora ordinariamente o ato ilícito produza dano, implicando a responsabilidade civil do agente, o resultado danoso nem sempre será verificado, pelo que a definição da ilicitude não pode estar a ele vinculada.⁶³

Desse modo, o art. 187 é norma que estabelece a definição jurídica do ato ilícito por abuso do direito, mas não os seus efeitos nem o conteúdo da repressão que lhe confere o ordenamento. Assim, se do ato abusivo resulta dano, a sua sanção será disciplinada também pelo art. 927⁶⁴ do Código Civil e aí sim se há de falar em responsabilidade civil. Entretanto, se do ato abusivo não resulta dano, isso não o torna menos ilícito, de modo que poderá ser reprimido de outra forma pelo ordenamento, a exemplo da invalidade do ato, ineficácia, paralisação ou inibição da conduta abusiva⁶⁵.

A opção do legislador por destacar o abuso do direito da disciplina da responsabilidade civil indica a possibilidade de que o ordenamento dê outras respostas ao ato abusivo, que não necessariamente o dever de indenizar, visando sempre à sanção que se afigure mais efetiva e adequada ao comportamento ilícito em concreto. “O interesse na proteção jurídica, por intermédio da lei (e neste caso, pelo reconhecimento e sanção da ilicitude da conduta), não se resume à reparação de danos, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais.”^{66 67}

A autonomia do abuso do direito com relação à responsabilidade civil também é reflexo da colocação do art. 187 na Parte Geral do Código Civil, na qual, filiando-se a

⁶³ BOULOS, Daniel M. Ob. Cit. p. 114.

⁶⁴ Art. 927 do Código Civil de 2002: 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.

⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 175-196.

⁶⁶ *Idem, ibidem* p.119.

⁶⁷ Cléber Lúcio Almeida, analisando o então projeto do atual Código Civil, adota o mesmo entendimento aqui exposto: “A alusão somente à finalidade econômica e social, à boa-fé e aos costumes permite afirmar que o Projeto adotou a teoria objetiva, deixando de incluir a intenção de causar dano a outrem entre os requisitos da configuração do abuso do direito (...). O dano, no Projeto, não foi alçado à condição de requisito da configuração do abuso, mas uma de suas conseqüências possíveis, o que equivale dizer que o abuso pode ser punido ainda que nenhuma lesão ocorra.” Apud RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p .517.

sistematização germânica de codificação⁶⁸, figuram as regras gerais que definem valores e parâmetros que servem como referência para a aplicação das demais disposições normativas, com possibilidade de ajustamento da respectiva consequência jurídica.⁶⁹

Daí resulta que não se deve negar abrangência ao art. 187. Na lição de Daniel Boulos⁷⁰:

A norma do artigo 187 do novo Código Civil deve ser interpretada da forma mais ampla possível, de molde a atingir não só os direitos subjetivos propriamente ditos, mas tantas outras situações jurídicas subjetivas passíveis de serem configuradas. O artigo 187, portanto, dirige-se aos direitos subjetivos patrimoniais, aos denominados direitos-deveres ou poderes funcionais, às liberdades, aos ônus jurídicos, aos direitos potestativos, aos poderes, às expectativas, às exceções, isto é, diz respeito a qualquer situação jurídica ativa, ou permissão genérica de atuação. (...)

Trata-se, pois, de uma regra de extrema generalidade, consubstanciando um verdadeiro princípio geral do direito civil, que poderá ser aplicada não só no código civil como um todo, mas em todo o Direito Privado e, até mesmo, fora dele. Verdadeira Cláusula geral, o princípio contém princípios dos mais elementares da ordem jurídica de um país.
(sublinhou-se)

1.2.1 Os limites fixados pelo art. 187 – “o fim econômico ou social”

O art. 187 do Código Civil adota o critério da violação dos limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, para identificar a nota de abuso no exercício uma dada prerrogativa subjetiva. Vê-se, pois, que os limites erigidos pela norma são conceitos plurissignificativos, cujo adensamento do sentido dependerá de um esforço hermenêutico do aplicador do direito ante o caso concreto⁷¹.

Tendo em vista o objetivo deste trabalho – a contraposição entre a concorrência desleal e os escopos da livre concorrência para caracterizar a primeira como exercício abusivo da liberdade de concorrer – será examinado aqui apenas o conteúdo da fórmula “fim econômico ou social”, sendo certo que o exame da boa-fé ou dos bons costumes seria vasto o bastante para exigir um estudo autônomo.

Antes, contudo, cabe apontar que enquanto a boa-fé e os bons costumes traduzem limites externos à estrutura do próprio direito cujo exercício se regula, representando balizadores gerais do ordenamento, o fim econômico ou social precisa ser investigado como limite intrínseco ao conteúdo normativo específico de cada direito que se invoca.⁷²

⁶⁸ BOULOS, Daniel M. Ob. Cit. p. 146

⁶⁹ MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 107.

⁷⁰ BOULOS, Daniel M. Ob. Cit. p. 150 e 157.

⁷¹ MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 102

⁷² MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. Ob. Cit. p. 661.

Daí resulta que, tendo em mente a classificação *supra* referida das teorias do abuso do direito em fórmulas internas e externas, é possível dizer que ambas foram recepcionadas pelo ordenamento pátrio. No que se refere aos bons costumes e a boa fé, o art. 187 adotou a teoria externa, valendo-se de um critério alheio ao conteúdo do direito subjetivo em si para identificar o abuso. Quanto ao fim econômico ou social, a norma reflete a teoria interna, vez que o conteúdo desses conceitos só poderá ser precisado enquanto tomados como integrantes do significado de um direito em particular no ordenamento.⁷³

De toda forma, a despeito desse aparente ecletismo teórico, há unidade na fórmula do art. 187, na medida em que todos os critérios adotados expressam padrões de condutas socialmente desejadas, que devem ser observadas pelos sujeitos de direito. Note-se que o respeito à boa-fé, aos bons costumes e ao fim econômico ou social, atuará, em todo caso, como fator de legitimação do exercício das prerrogativas individuais perante o ordenamento.⁷⁴

Portanto, os limites fixados pelo art. 187 detêm não apenas eficácia negativa, no que rejeitam determinadas ações concretas do titular no exercício dos seus direitos, mas deles se colhe também uma eficácia positiva, no que estabelecem o espaço legítimo de atuação dos sujeitos de direito, dentro do qual não poderão ser repreendidos.⁷⁵

Passe-se agora a uma análise um pouco mais específica no que se refere ao critério do fim social ou econômico estabelecido no art. 187 do Código Civil. Ainda que, a rigor, “fim social” e “fim econômico” não coincidam em significado, não é apropriado abordá-los em separado como que para colocá-los em tensão dentro da mesma norma. Poder-se-ia pensar que “fim econômico” pressupõe exclusivamente a consecução de utilidade patrimonial para o respectivo titular do direito, o que poderia resultar em contradições intransponíveis no ordenamento.⁷⁶

Será preferível assumir que o exercício de todo direito se insere em uma realidade com a qual está impreterivelmente associado e da qual o agente não pode deixar de tomar ciência. Assim os fins de cada direito, entendidos também como o fundamento para sua proteção no ordenamento, seja social ou econômico, devem demonstrar coerência entre si e, sobretudo, ante o sistema⁷⁷.

⁷³ MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 97.

⁷⁴ *Idem, ibidem* p. 102.

⁷⁵ *Idem, ibidem* p. 103.

⁷⁶ *Idem, ibidem* p. 136-137

⁷⁷ *Idem, ibidem*

Assim, quando o fim econômico de um direito subjetivo pressuponha a perseguição de uma utilidade patrimonial para o seu titular, esse ganho individual deverá reproduzir também uma utilidade social⁷⁸. Atente-se, contudo, que não se pode aqui confundir fim *social*, ao qual o particular necessariamente atenta, com fim *coletivo*. Nesse aspecto, é mais uma vez esclarecedora a lição de Bruno Miragem⁷⁹:

Ora, o fim social é aquele de interesse da sociedade, razão pela qual se previu normativamente um determinado direito subjetivo. Fim social, contudo, não se confunde com fim coletivo, afinal, pode ser o fim social de um determinado direito subjetivo a proteção de um determinado interesse individual inclusive contra a coletividade (assim, a proteção dos direitos da personalidade). Em outras hipóteses, é razoável indicar que o fim social absorve o fim econômico, uma vez que o fim social de um direito também é a realização de seu fim econômico, não se podendo dissociar o que é socialmente útil daquilo que é economicamente útil, como transparece com clareza em relação ao conteúdo e ao exercício do direito de propriedade. (sublinhou-se)

O fim econômico e o fim social mencionado pelo art. 187, interpretados de forma conjugada, não traduzem exclusivamente os valores e objetivos extraídos diretamente do Código Civil, senão de todo o ordenamento pátrio. Isso significa que, ao tentar adensar o conteúdo do fim econômico ou social de um direito em específico, o interprete deverá ter em mente a sua valoração por todo o ordenamento, em especial a sua origem nas premissas constitucionais.⁸⁰

Justamente por isso que, em atenção ao objetivo deste estudo, a investigação dos escopos do direito, ou prerrogativa, de livre concorrer será feita em atenção às previsões constitucionais e às normas de regulação da concorrência que ultrapassam a esfera do que tradicionalmente se toma por Direito Privado. É precisamente essa tarefa que se intentará realizar no capítulo que se segue.

⁷⁸MIRAGEM, Bruno Ob. Cit p. 136-137

⁷⁹*Idem, ibidem*

⁸⁰*Idem, ibidem.* p. 129.

2. Os fins econômicos e sociais da livre concorrência

2.1 O conteúdo do princípio constitucional da livre concorrência

A livre concorrência foi erigida pelo artigo 170, IV da Constituição de 1988 ao status normativo de princípio constitucional impositivo⁸¹, orientador da ordem econômica nacional, bem ao lado de princípios tradicionalmente relevantes, a exemplo da soberania nacional e da função social da propriedade.

Cumpra aqui, antes de tratar dos escopos da livre concorrência, investigar o conteúdo jurídico do princípio constitucional em questão e os desdobramentos de sua força normativa sobre a atuação interventiva do Estado na economia.

Como ponto de partida, pode-se afirmar que a livre concorrência caracteriza um regime econômico em que “a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas, sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado.”⁸²

A partir dessa definição inicial, é pertinente diferenciar o princípio da livre concorrência do princípio da livre iniciativa, a despeito de autorizada opinião⁸³ dispensar tal sorte de distinção. Filia-se aqui, portanto, a orientação de Miguel Reale, para quem a “livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos⁸⁴.”

Pois bem. No que se refere à livre iniciativa, foi ela prevista, não apenas como princípio, mas sim fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, IV da Constituição Federal, além de diretamente contemplada no *caput* do art. 170, no capítulo referente aos princípios da atividade econômica.

A inserção do princípio da livre iniciativa no art. 170 da Constituição Federal não pode levar a crer que ela estaria restrita a uma concepção de liberdade econômica capitalista. Não deve passar despercebido pelo intérprete que a livre iniciativa é desdobramento do princípio da liberdade-matriz prevista pelo art. 5º, II da Constituição

⁸¹ Enquadramento adotado por Eros Grau com base na classificação proposta por Canotilho, segundo quem os princípios constitucionais impositivos são aqueles que no âmbito da constituição dirigente impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. In GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. p. 93 e 250.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 1409.

⁸³ “A liberdade de iniciativa implica a liberdade de concorrência e vice-versa. Dai concordarmos com a observação no sentido de que não seria necessária a consagração do princípio da livre concorrência, bastando aquele da livre iniciativa.” FORGIONI, Paula A. Ob. Cit. p. 272

⁸⁴ REALE, Miguel. Apud. MENDES, Gilmar Ferreira. Ob. cit. p. 1409.

Federal⁸⁵ e que o mesmo art. 1º, IV que a estabelece também consagra como fundamento da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho humano⁸⁶.

Nesse sentido, a observação de Eros Roberto Grau⁸⁷:

A livre iniciativa, ademais, é tomada no quanto expresse de socialmente valioso; por isso não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como *liberdade econômica*, empresarial; pela mesma razão, não pode nela, *livre iniciativa*, visualizar tão-somente, apenas, uma afirmação do capitalismo. Assim, *livre iniciativa* é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho.

A livre iniciativa pode ser reconduzida, portanto, à liberdade de escolha profissional ou à autonomia criativa e empreendedora daqueles que não detém o capital, a qual inclusive foge, nessa faceta, do poder regulamentador do Estado. É o que se aúfere da lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁸⁸:

“a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado. (sublinhou-se)

Da previsão da livre iniciativa como fundamento da República Federativa Brasileira pode-se concluir, portanto, que o ordenamento está centrado na atividade empreendedora e criativa das pessoas e dos grupos, e não na atividade do Estado, na medida em que se reconhece na iniciativa privada a principal fonte de produção de riquezas.

O sistema capitalista adotado pela ordem econômica nacional, entretanto, não se consagra constitucionalmente apenas em vista da livre iniciativa. É hora, pois, de se passar efetivamente a análise do princípio da livre concorrência que dele é corolário.

Enquanto a livre iniciativa aponta para uma noção política da liberdade individual, a livre concorrência pressupõe a possibilidade de os agentes econômicos

⁸⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Ob. Cit. p.96.

⁸⁶ “Compreender o Direito Econômico como fixado na Constituição sem atinar para a ideologia impressa nas normas constitucionais econômicas é tarefa impossível”. In. SILVA NETO, Manuel Jorge. Ob. Cit. p. 160.

⁸⁷ GRAU. Eros Roberto. Ob. Cit. p. 256.

⁸⁸ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. Apud. GRAU. Eros Roberto. Ob. Cit. p. 248/249

atuarem no mercado sem embaraços juridicamente injustificáveis, objetivando a produção, circulação e o consumo de bens e serviços.⁸⁹

Surge no princípio da livre concorrência, se comparado ao princípio da livre iniciativa, um matiz econômico mais nítido. A sua previsão constitucional indica a opção por uma organização político-econômica de cunho liberal⁹⁰, restringindo a intervenção do Estado no mercado às hipóteses em que se faça necessária para coibir o abuso do poder econômico e as práticas nocivas à própria concorrência⁹¹.

Segundo Eros Roberto Grau, a livre concorrência se afigura como um desdobramento da livre iniciativa, consubstanciado na liberdade de (1) conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal, (2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência e (3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial.⁹²

Observe-se, contudo, que ao tratar-se aqui da livre concorrência como um corolário do sistema liberal capitalista, em que a intervenção do Estado é limitada, não se tem em mente a consagração de um mercado absolutamente fluído, no qual os agentes econômicos seriam livres para disputar as presas com todas as armas e forças ao seu alcance.

Como bem observa Paula Forgioni, o princípio da livre concorrência, embora componha o sistema econômico capitalista, “há muito deixou de ser correlato a uma política de *laissez-faire*.”⁹³ O papel regulamentador do Estado se faz imprescindível no capitalismo contemporâneo para coibir práticas que, embora resultem da própria disputa de forças no exercício da concorrência, são a ela essencialmente nocivas.

O valor a ser preservado no regime capitalista é o da competitividade, e não o da liberdade ilimitada dos agentes econômicos⁹⁴, que se revela potencialmente lesiva ao próprio sistema. Nesse sentido, há de se reprimir o abuso do poder econômico, a formação de monopólios, a busca arbitrária por lucros e a apropriação desleal de vantagens competitivas alheias, dentre outras práticas que aumentam as barreiras de entrada no mercado e criam um ambiente prejudicial à maioria dos competidores e consumidores.

⁸⁹ TOLEDO, Gastão Alves de. Apud. MENDES, Gilmar. Ob. Cit. p. 1409.

⁹⁰ “O mercado liberal, também para os comerciantes e industriais, traz como correlata a idéia de livre concorrência”. FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p.58.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Ob. Cit. p. 1409-1410.

⁹² GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. p. 246.

⁹³ FORGIONI, Paula A. Ob. Cit. p.272

⁹⁴ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. Apud. GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. p. 252.

Assim, a competitividade é mais cara ao regime de livre concorrência que a liberdade pura e simples. O sistema admite, pois, gradações dos níveis de fluidez no mercado mediante a atuação regulamentadora do Estado, que se mostra crucial para a higidez e continuidade do processo concorrencial⁹⁵.

Embora a livre concorrência pressuponha a desigualdade ao final da competição, o ponto de partida deve ser um quadro de igualdade jurídico-formal entre os competidores.⁹⁶ É precisamente para estabelecer esse patamar inicial de igualdade que a Constituição prevê no art. 173, § 4º a repressão ao abuso de poder econômico que visse eliminar a concorrência e o tratamento jurídico diferenciado às micro e pequenas empresas, nos termos do arts. 171, IX e 179.

Observe-se que não há contradição entre os dispositivos constitucionais *supra* referidos e a livre concorrência. Isso porque esta última se trata de princípio jurídico e não regra de direito, pelo que a sua implementação se insere no jogo concertado de complementações e restrições recíprocas, na concretização de sua pauta axiológica⁹⁷.

Daí que, no cotejo dos valores jurídicos erigidos constitucionalmente, a livre concorrência se implementa também através da intervenção pontual do Estado no mercado, que resulta, em última análise, benéfica para a saúde do ambiente competitivo. Quanto a esse ponto, é pertinente a reflexão de Paula Forgioni⁹⁸:

É bastante natural, entretanto, que quando nos referimos à “livre iniciativa” tenhamos em mente o conceito tradicional de liberdade (sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado) e pensemos no agente econômico atuando no mercado, com o mínimo de “repressão” estatal. Mas – insistimos – essa visão da livre iniciativa (ou da livre concorrência e mesmo da autonomia privada) não exclui outra que lhe é complementar, de que essa mesma livre iniciativa, para que continue existindo, deve ser não apenas regulamentada, mas também conduzida pela autoridade governamental.

Em conclusão, quando a autoridade antitruste autoriza ou coíbe determinado comportamento do agente econômico, deve atuar o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, tal qual modernamente concebidos e existentes no seio de nossa constituição. (sublinhou-se)

Dessa forma, está no conteúdo do princípio da livre concorrência não só a asseguaração da liberdade empreendedora dos concorrentes no mercado, mas a consecução de outros valores caros à ordem econômica e essenciais à preservação da competitividade, a exemplo da igualdade formal de acesso ao mercado e da defesa dos interesses dos consumidores.

⁹⁵ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. Apud. GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. p. 252.

⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. p. 251.

⁹⁷ ALEXY, Robert. Apud. MENDES, Gilmar Ferreira. Ob. Cit. p. 1408.

⁹⁸ Ob. Cit. p. 273.

A intervenção do Estado no mercado, através da regulamentação da concentração de poder econômico – Leis antitrustes, e através do controle das práticas difusas dos concorrentes - Leis de combate à concorrência desleal, serve, portanto, em última instância, a consagração da livre concorrência.

Sendo assim, os escopos assumidos pelas normas estatais de regulamentação da concorrência acabam se confundindo com os próprios escopos do princípio da livre concorrência⁹⁹, o que justifica a identificação destes últimos a partir do estudo dos objetivos jurídico-econômicos erigidos pelo Direito Concorrencial, tarefa que se intenta realizar no tópico seguinte.

2.2 A Escola de Chicago - Maximização da eficiência e bem estar do consumidor

Com o propósito de compreender os objetivos do livre mercado e, assim, compreender também a finalidade da consagração do princípio da livre concorrência no ordenamento pátrio, se procederá à análise do debate doutrinário entre a Escola de Chicago e a Escola Ordo-liberal acerca da relevância econômica e jurídica da concorrência, discussão essa reconhecida por Calixto Salomão como “a mais importante divergência da teoria econômica em matéria de sistema antitruste.”¹⁰⁰,

Dito isso, passa-se a analisar primeiramente as principais idéias e conclusões da Escola de Chicago, ou Escola Neoclássica, que surge nos Estados Unidos nos anos 50, com os estudos de Aaron Director, desenvolvidos na década de 60 e 70 por R. Bork e R. Posner, e que se consagra nas Cortes Americanas a partir dos anos 80, durante o governo Reagan.¹⁰¹

Segundo os neoclássicos, o principal objetivo a ser alcançado pelo livre mercado é a “eficiência alocativa”, entendida esta como a maximização da produtividade econômica, em que os benefícios sociais auferidos são maiores que os respectivos custos.¹⁰² A eficiência alocativa coincide, do ponto de vista da produção, com uma

⁹⁹ Nesse sentido, a análise de Edward Thomas Sullivan e Jeffrey L. Harrison a partir dos debates que antecederam, no Congresso norte-americano, a promulgação do Sherman Act de 1890 e que representa o ponto de partida para o estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico pelo Estado: “Uma interpretação objetiva e equilibrada do histórico legislativo do Sherman Act revela que, à medida que a lei era debatida, foram discutidos vários objetivos e múltiplos valores daqueles favoráveis a sua promulgação. Hoje em dia, contudo, é pacífico que as leis antitruste foram promulgadas com o escopo precípua de encorajar a concorrência”. Apud. FORGIONI, Paula A. Ob. Cit. P. 71.

¹⁰⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. São Paulo: Malheiros. 2007. p.22.

¹⁰¹ FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 268

¹⁰² “A policy is Said to increase allocative efficiency if it gives its beneficiaries the equivalent of more dollars than it takes away from it victims” Markovits, Richard. Apud FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 174.

situação em que não existe uma alocação alternativa dos recursos disponíveis que possa aumentar a produção de um bem sem implicar, com isso, a diminuição de outros ativos.¹⁰³

Em nome da eficiência os teóricos da Escola de Chicago admitem inclusive que a livre concorrência caminhe para a concentração do poder econômico e a formação de estruturas monopolísticas, desde que com isso se alcance a níveis de economia de escala e, portanto, o acréscimo da capacidade produtiva com a redução dos custos¹⁰⁴.

Observe-se que a tese neoclássica se baseia na idéia de que a maximização da eficiência teria como principal beneficiado o público consumidor, na medida em que a redução dos custos da produção seria transmitida pelo capitalista para o preço final dos produtos, aumentando o poder de consumo e o bem-estar do consumidor final¹⁰⁵.

Dessa forma, o direito concorrencial, segundo a Escola de Chicago, tem como finalidade assegurar que o livre mercado caminhe para o alcance da maximização da eficiência, mesmo que a custo da formação de monopólios, desde que sejam maiores os ganhos em termos de redução dos preços e de bem estar do público consumidor¹⁰⁶.

Desde já, é possível apontar algumas falhas no raciocínio neoclássico. A primeira, e talvez maior delas, é a crença de que em uma economia de escala, de máxima eficiência, o “monopolista queira ‘dividir’ seus lucros com o consumidor, baixando os preços na mesma proporção do ganho de eficiência ocorrido”.¹⁰⁷

Há nos neoclássicos uma preocupação exclusiva com a maximização da riqueza global, desconsiderando a forma como ocorrerá a distribuição dessa riqueza. Entretanto, não há qualquer garantia que o ganho de eficiência produtiva obtido por um determinado grupo se converterá em ganhos repartidos com os demais grupos sociais.¹⁰⁸

Ademais, há na teoria neoclássica um exacerbado reducionismo do significado de bem estar do público consumidor. Ainda que a maximização da eficiência venha a reduzir o preço final, isso não significa para o consumidor um ganho necessariamente maior do que as perdas em termos de qualidade e diversidade dos produtos disponíveis no mercado. Existe uma gama de fatores subjetivos e objetivos que influenciam na

¹⁰³ DENOZZA, Francesco. Apud FORGIONI. Paula. Ob. Cit. p. 174.

¹⁰⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit.p 23.

¹⁰⁵“ Para os neoclássicos, eficiência é a habilidade de produzir a custos menores e conseqüentemente, reduzir os preços para o consumidor.” in SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit.p 23

¹⁰⁶*Idem, ibidem*

¹⁰⁷*Idem, ibidem*

¹⁰⁸*Idem, ibidem*

satisfação do consumidor, além do preço final do produto, que simplesmente não foram observados pela Escola de Chicago.¹⁰⁹

A intervenção do Estado no mercado, através do Direito Concorrencial, deve estar baseada, segundo os neoclássicos, na consecução de metas econômicas indissociáveis - maximização da eficiência e redução de preços para o consumidor – o que demonstra um tecnicismo excessivo na medida em que não leva em conta outros valores a serem alcançados com o livre mercado que não são matematicamente aferíveis¹¹⁰. Como aponta Calixto Salomão:

A atribuição de apenas um objetivo à regra jurídica, com base na correção indiscutível e matemática de pressupostos econômicos, é de difícil aceitação. O que a teoria neoclássica aplicada ao direito pretende é, na verdade, atribuir valor absoluto às premissas econômicas, capazes de indicar diretamente o sentido das regras jurídicas, sem que isso possa ser contestado com base em considerações valorativas ou distributivas. Isso é feito através de conceitos econômicos aos quais se pretende atribuir certeza matemática¹¹¹.

A despeito das críticas formuladas pela doutrina¹¹², os neoclássicos trazem para o Direito Concorrencial métodos descritivos econômicos relevantes para a compreensão de muitos dos fenômenos do mercado a serem regulados pelo Estado¹¹³. No mais, é significativa a eleição do bem estar do consumidor, ainda que restritivamente interpretado, como interesse a ser alcançado pela concorrência e pelas normas que a disciplinam, o que, em certa medida, teve reflexo na ordem econômica brasileira, no art. 170, V da Constituição Federal.

2.3 A Escola Ordo-Liberal – A escolha da melhor opção no mercado

Passa-se agora à análise dos preceitos teóricos do Ordo-liberalismo, ou da Escola de Freiburg, principal contraponto à Escola de Chicago¹¹⁴. Surgido a partir dos anos 30 na Alemanha, como crítica ao livre jogo de monopólios que preponderou durante a República de Weimar, o Ordo-liberalismo consolida-se no pós-guerra como um meio de conciliar as aspirações internas alemãs de prosperidade social com as

¹⁰⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit. p. 24, 33.

¹¹⁰ FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 177-179.

¹¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit. p.29.

¹¹² A respeito da teoria neoclássica, afirma Sullivan: “Although it does not provide to the law a single glorious goal, it distinctly has it uses”. SULLIVAN, Lawrence Anthony. Apud FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 180.

¹¹³ FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 180.

¹¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit. p.25.

pressões externas norte-americanas, que pretendiam fazer da Alemanha um bastião do liberalismo¹¹⁵.

O prefixo “ordo” se refere à ordem, idéia consubstanciada na proposta dos ordoliberalis de que o livre mercado deve estar submetido a uma regulamentação prévia e sistemática, evitando o intervencionismo aleatório do Estado por fatores conjunturais e assegurando o desenvolvimento ordenado e equilibrado da atividade econômica.¹¹⁶ O objetivo é evitar o risco de abuso do poder econômico pelos detentores de capital através de estruturas monopolísticas sem, com isso, comprometer o fluxo regular do mercado.¹¹⁷

Observe-se, portanto, que o Ordo-Liberalismo não prega o intervencionismo estatal, vez que o Estado deve se fazer presente na economia unicamente através do Direito Concorrencial, garantindo uma “concorrência administrada” com a correção das disfuncionalidades inerentes ao mercado.¹¹⁸

O que os ordoliberalis prezam no regime de livre mercado é a *possibilidade de competição efetiva* entre os agentes econômicos, sendo este o principal valor a ser resguardado pelo Direito Concorrencial. É preciso que o Estado garanta a igualdade de condições mínimas na prática concorrencial, verificadas, sobretudo, na liberdade de acesso e permanência no mercado. Daí a preocupação em coibir práticas monopolísticas que aumentam as barreiras de entrada no mercado e instauram um ambiente de concorrência artificial.¹¹⁹

De acordo com o ordoliberalismo, a grande vantagem da livre concorrência, garantido o pleno acesso ao mercado e o fluxo de informação, é a possibilidade de descoberta e livre escolha das melhores opções no mercado¹²⁰, com base em uma

¹¹⁵ RAIMUNDO, Lício da Costa. **A Volta do Estado: as raízes do conservadorismo alemão frente à crise contemporânea**. p. 5. Disponível em <http://www.sep.org.br> em 09-julh-2010.

¹¹⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Elementos de definição da função econômica do direito**. In ARGUMENTUM – Revista de Direito da Universidade de Marília. p. 20. Disponível em <http://www.unimar.br/publicacoes/2009/argumentum> 8 em 09-jul-2010.

¹¹⁷ “O termo ordoliberal provém, portanto, da idéia de que é possível eliminar as falhas de mercado do modelo liberal, aproveitando o que este tem de melhor. A intervenção do Estado permanece, assim, conformada às regras do mercado.” RAIMUNDO, Lício da Costa. Ob. Cit.

¹¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit. p. 20.

¹¹⁹ *Idem, ibidem*. p. 27-28

¹²⁰ “Competition is essentially a process of the formation of opinion: by spreading information, it creates that unity and coherence of the economic system which we presuppose when we think of it as one market. It creates the views people have about what is best and cheapest, and it is because of it that people know at least as much about possibilities and opportunities as they in fact do. It is thus a process which involves a continuous change in the data and whose significance must therefore be completely missed by any theory which treats these data as constant. Individualism and economic order”. F. A. HAYEK. Apud. SALOMÃO FILHO, Calixto Ob. Cit.

pluralidade de fatores que excede largamente o critério do preço mais baixo. Nas palavras de Calixto Salomão Filho¹²¹:

Fundamental para a existência de um processo de livre escolha e de descoberta das melhores opções do mercado não é apenas a existência de um preço não alterado por condições artificiais de oferta e de demanda, que, portanto, represente a utilidade marginal do produto (como querem os neoclássicos), mas, também, que exista efetiva pluralidade real ou potencial de escolha entre produtos, com base em preço, qualidade, preferências regionais, etc. A possibilidade de escolha assume, portanto, um valor em si mesmo. Note-se, no entanto, que como para o ordo-liberal a possibilidade de escolha estende-se a todos os agentes do mercado, consumidores e produtores, a existência de concorrência não é obrigatória. Basta que seja potencial. Dai por que conceito fundamental para a teoria ordo-liberal na análise das posições de poder sobre o mercado é a verificação da criação ou não de barreiras à entrada de outros competidores no mercado. Segundo eles, esse tipo de barreira é um dos maiores males de qualquer sistema concorrencial, pois limita a liberdade de escolha tanto de consumidores, quanto de produtores. (sublinhou-se)

A valorização da possibilidade de escolha das melhores opções do mercado revela uma preocupação dos ordo-liberais não só com o interesse dos concorrentes, que devem ter garantido o direito de tomar parte na competição, mas também dos consumidores, na medida em que a liberdade para optar entre uma variedade de produtos no mercado é também essencial à satisfação e bem estar do público consumidor.

O ordo-liberalismo consegue assim desmontar uma das principais premissas da Escola de Chicago, o paradoxo de Bork, baseada na suposição neoclássica de que a proteção da concorrência, com o combate aos monopólios, seria contrária aos interesses dos consumidores. Por outro lado, paradoxalmente, ainda segundo os neoclássicos, a proteção dos interesses dos consumidores só seria possível em prejuízo da concorrência, através da liberação das estruturas monopolísticas de máxima eficiência.¹²²

Os ordo-liberais demonstram, contudo, que a disciplina da concorrência, com a restrição dos monopólios, resguarda também a livre escolha dos consumidores, de modo que não há uma necessária contradição entre o combate aos monopólios e a defesa do interesse dos consumidores. Isso seja porque a maximização de eficiência não implica obrigatória redução de preços, seja porque a pluralidade de competidores no mercado também interessa ao público consumidor, que tem garantido a sua liberdade de escolha.¹²³

¹²¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit. p. 28

¹²² *Idem, ibidem* p. 29

¹²³ *Idem, ibidem*

Talvez uma das principais contribuições do ordo-liberalismo tenha sido notar que não é possível estabelecer um único objetivo para o livre mercado, a ser resguardado pela atuação do Direito Concorrencial, a exemplo do que fizeram os neoclássicos em sua busca pela maximização da eficiência. A preservação da livre concorrência atende a interesses diversos, ora dos consumidores, ora dos concorrentes, que não necessariamente se contradizem, pelo que é possível a sua co-existência nos processos de regulação do mercado.

2.4 A concorrência-instrumento

A partir do debate entre as idéias dos neoclássicos e dos ordo-liberais, pode-se tentar agora entender em que sentido evoluiu a disciplina da concorrência e que aspectos do livre mercado são valorizados atualmente pelo ordenamento brasileiro, isto é, tentar compreender quais os escopos econômicos e sociais erigidos para o princípio constitucional da livre concorrência. É isso o que se almeja com o presente capítulo deste trabalho.

A busca dos neoclássicos pela maximização da eficiência e pela redução dos preços para os consumidores, e a preocupação dos ordo-liberais com a possibilidade de livre escolha da melhor opção disponível do mercado revelam que são múltiplos os interesses a serem alcançados com o regime de livre mercado e com os mecanismos estatais para discipliná-lo.

E porque são diversos os interesses perseguidos com a proteção da livre concorrência, eles não podem ser pré-determinados com base em metas analíticas, a exemplo da maximização da eficiência, mas devem ser definidos em observância à política econômica adotada por cada Estado como um reflexo do conjunto dos valores protegidos pelo ordenamento.¹²⁴

Surge assim a concepção da concorrência como “instrumento à consecução de uma dada política econômica (concorrência-instrumento)”¹²⁵. Os objetivos da livre concorrência e, portanto, do Direito que a tutela, servem aos escopos maiores erigidos pelo Estado na busca pelo desenvolvimento nacional. Nas palavras de Fábio Nusdeo¹²⁶:

A tutela de concorrência e a repressão aos abusos do poder econômico são objetivos de caráter múltiplo, inseridos no próprio conjunto da política econômica de cada país, com o qual devem guardar uma necessária coerência. É por esse motivo que se tem

¹²⁴ FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 164.

¹²⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge. Ob. Cit. p. 174.

¹²⁶ NUSDEO, Fábio. Apud. FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 164.

observado, ao longo da história econômica dos vários países, posições e atitudes diversas frente aos mesmos. Tal diversidade tem refletido menos diferenças de cunho doutrinário e ideológico e muito mais as preocupações com as metas assinadas para a economia de cada país em determinados momentos históricos. (sublinhou-se)

Nesse sentido, pertinente ainda a lição de Frignani e Waelbroeck¹²⁷:

Não devemos fazer da concorrência um dogma, um mito; a concorrência, entendida como liberdade de ação do empresário, ou como estrutura aberta do mercado, é um instrumento de política econômica que tem que ser adaptado no tempo e no espaço. A história da aplicação da disciplina antitruste, em todo o mundo, às vezes demonstra o sacrifício do princípio (ou da norma) no altar de outros objetivos conjunturais e imediatos.(sublinhou-se)

Sendo assim, os diversos interesses que dialogam no livre mercado, sejam dos concorrentes ou dos consumidores, são “reciprocamente instrumentais”¹²⁸ e eventuais contraposições devem ser resolvidas em atenção aos valores que o ordenamento estatuiu como predominantes na busca pelo desenvolvimento político-econômico do país.

Essa visão da concorrência como instrumento prepondera na Europa, onde o livre mercado não tem um fim em si mesmo, senão alcançar os objetivos de igualdade, dignidade e democracia fixados pela Comunidade no art. 2º do Tratado da União Européia.¹²⁹

No Brasil, a Constituição e a Legislação em matéria concorrencial também concebem a livre concorrência como um instrumento à consecução de uma pluralidade de interesses estabelecidos como orientadores do desenvolvimento nacional.¹³⁰

Em primeiro lugar, a concorrência deve ser protegida em consonância com todos os outros valores elencados no art. 170 do Constituição Federal, a saber, a defesa do consumidor, a função social da propriedade, a proteção da micro e pequena empresa, a valorização do trabalho humano, a redução das desigualdades regionais e sociais, entre outros. Na lição de Eros Roberto Grau¹³¹:

o princípio da liberdade de concorrência ou da livre concorrência assume, no quadro da Constituição de 1988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados; seu conteúdo é determinado pela sua inserção em um contexto de princípios, no qual e com os quais subsiste em harmonia.

O Supremo Tribunal Federal, na oportunidade do julgamento da ADI 319, já se pronunciou inclusive sobre a necessidade de, em face da atual Constituição, “conciliar o

¹²⁷ FRIGNANI, W. G. e WAELBROECK. Apud. FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 194-195.

¹²⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit. p. 37.

¹²⁹ FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 182

¹³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit. p. 35.

¹³¹ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. p. 255

fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social”¹³².

O art. 173, § 4º da Constituição Federal, por sua vez, coíbe o exercício da concorrência mediante abuso do poder econômico em busca da dominação dos mercados e aumento arbitrário dos lucros. Aí transparece a concepção de que a livre concorrência não é assumida no ordenamento brasileiro como um fim em si mesmo e o Estado deve atuar restando as disfuncionalidades nocivas ao próprio mercado e, sobretudo, à comunidade¹³³.

Essa orientação constitucional se reflete na legislação ordinária. A Lei 8.884/94, que dispõe sobre o abuso de poder econômico no mercado, estabelece já em seu artigo 1º que ela se orienta não só pelo princípio da livre concorrência, mas também pela função social da propriedade pela defesa dos consumidores. Por sua vez, o art. 54, II da referida Lei impõe como requisito para autorização das concentrações econômicas no mercado a demonstração de que os seus benefícios sejam “distribuídos equitativamente entre seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro.”

A Lei 9.279/96, que em sua parte final sanciona os atos de concorrência desleal e, portanto, reprime as práticas difusas dos concorrentes que comprometam a higidez do livre mercado, também estabelece como premissa em seu artigo 2º a defesa do interesse social e a promoção do desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Daí se pode notar, imanente à disciplina constitucional e infraconstitucional da concorrência, uma preocupação com a repressão das estruturas e práticas predatórias que possam limitar ou falsear a igualdade de condições de acesso e permanência do mercado e, por outro lado, uma preocupação com a defesa dos interesses do público consumidor e com a distribuição das riquezas auferidas com o aumento da eficiência¹³⁴.

Esses valores devem ser buscados como parte de um objetivo maior de desenvolvimento nacional qualitativo que assegure a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, nos termos do art. 170, *caput*, da Constituição Federal.¹³⁵

A respeito da idéia de desenvolvimento qualitativo almejada pela ordem econômica nacional, mais uma vez é oportuna a lição de Eros Roberto Grau¹³⁶:

¹³² STF. ADI 319 QO, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1993, DJ 30-04-1993 PP-07563 EMENT VOL-01701-01 PP-00036

¹³³ FORGIONI, Paula. Ob.Cit. p. 190-191.

¹³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit. p. 36.

¹³⁵ FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 191.

A idéia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade, por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Dá porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento. (sublinhou-se)

De tudo isso, o que se pretende concluir é que o princípio da livre concorrência, entendido em seu contexto constitucional, tem como fim econômico e social à implementação de uma proposta de desenvolvimento nacional qualitativo, pela qual devem ser resguardados no livre mercado interesses diversos, assegurando-se o progresso econômico com aumento da eficiência, o bem estar dos consumidores e a distribuição das riquezas geradas.

Assim, ainda que sejam múltiplos os escopos da liberdade de concorrência, ela deve ser entendida “não como uma liberdade anárquica, porém social”¹³⁷, exercida pelos agentes no mercado em atenção a sua função “instrumental a todo o sistema e com ele harmonizado”¹³⁸.

¹³⁶ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. p. 259

¹³⁷ *Idem, ibidem.* p. 257

¹³⁸ FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 163.

3. A Concorrência desleal e a sua elástica definição

Como visto, o art. 170 da Constituição Federal estatui na ordem econômica o regime da livre concorrência. Essa liberdade genérica, contudo, se distanciada de seus escopos constitucionais, abre espaço para práticas abusivas por parte dos concorrentes¹³⁹, que se mostram nocivas ao mercado a aos interesses dos que nele participam.¹⁴⁰

Justamente da necessidade de “colocar freios à disputa selvagem”¹⁴¹ no mercado, surgem, a partir do final do século XIX¹⁴², as primeiras leis para a disciplina da concorrência desleal. Intenta-se, com isso, recortar do espaço de liberdade jurígena da autonomia privada aquelas práticas ilícitas que devem ser repreendidas, a fim de assegurar a higidez e viabilidade do livre mercado¹⁴³.

A repressão legal da concorrência desleal é acompanhada, entretanto, da dificuldade de se apresentar um conceito exaustivo e definitivo das práticas concorrenciais ilícitas que se pretende combater. Isso decorre do que Edoardo Bosio¹⁴⁴ chamou de caráter omnímoto da concorrência desleal, capaz de assumir tantas formas quanto a malícia humana, que por sua vez, é outro conceito plurissignificativo¹⁴⁵.

Diante disso, a doutrina tem se valido da idéia implícita na concorrência desleal de violação às regras do jogo, para referi-la por meio de imagens sugestivas como “cut-throat competition”¹⁴⁶, “dirty tricks”¹⁴⁷, ou “ultrapassagem pela direita”¹⁴⁸, que, embora a primeira vista causem certo impacto, dizem muito pouco sobre sua substância no momento de aplicar o conceito a um caso concreto.

¹³⁹ “Não há dúvida que a concorrência desleal pressupõe um grau mínimo de liberdade de comércio e indústria” in LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 21

¹⁴⁰ “Por otra parte, los efectos de la competencia desleal sobre la incertidumbre, los costos de transacción y las expectativas de los agentes, desvirtúan la dinámica del mercado, debido a que tales prácticas distorsionan el proceso de competencia.” In CARPIO, Miguel. Ob. Cit.

¹⁴¹ PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2001 p. 14.

¹⁴² A edição da primeira lei específica sobre concorrência desleal ocorreu na Alemanha, em 27 de maio de 1896. O principal marco normativo, contudo, data de 1900, com a revisão de Bruxelas da “Convenção de Paris de Proteção da Propriedade Industrial”, quando é inserido no texto da convenção o art. 10 bis dispondo diretamente sobre concorrência desleal.

¹⁴³ LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 23.

¹⁴⁴ BOSIO, Edoardo. Apud JABUR, Wilson Pinheiro. Ob. Cit. p. 337.

¹⁴⁵ “Aquí surge un problema que ha generado interés no sólo en el área económica, sino en otros ámbitos como por ejemplo la filosofía; dicho inconveniente radica en el hecho de que no todos los individuos conciben la ética de la misma forma, por lo tanto, en un mercado, en el que participan miles de personas nunca podrá encontrarse una percepción homogénea del bien y el mal.” In CARPIO, Miguel. Ob. Cit.

¹⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Apud JABUR, Wilson Pinheiro. Ob. Cit. p. 340

¹⁴⁷ JABUR, Wilson Pinheiro. Ob. Cit.

¹⁴⁸ LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit.

A definição problemática da concorrência desleal decorre, em parte, da similitude entre os seus objetivos e àqueles da concorrência lícita. Um agente econômico no mercado, atue ele lealmente ou não, sempre buscará o aumento de sua clientela mediante a redução da clientela de seus concorrentes. Daí se conclui que há na concorrência um propósito típico de auferir vantagem causando a terceiros danos emergentes e lucros cessantes pela captação de sua clientela¹⁴⁹.

Essa dinâmica concorrencial, à qual é imanente o dano recíproco entre seus participantes, é descrita com precisão por Adelaide Menezes Leitão¹⁵⁰:

Na realidade, as situações de concorrência revelam-se em fluxos e refluxos de situações favoráveis e desfavoráveis, e que se traduzem, juridicamente, em formas de titularidades de vantagens de uns e de supressão de vantagens de outros, em termos concomitantes e correlativos. Ora, é precisamente esta concomitância e esta correlatividade que evidencia o conceito de dano concorrencial.

Admitindo o dano concorrencial como uma constante no mercado¹⁵¹, seja nas práticas lícitas ou ilícitas, é inapropriado utilizar como parâmetro para delimitar a concorrência desleal a verificação da intenção de prejudicar ou a produção de resultado prejudicial aos demais concorrentes. A origem da ilicitude não está no sacrifício dos outros concorrentes, mas no fazê-lo sem a paga de um esforço competitivo liso¹⁵², com a violação de valores e interesses caros ao ordenamento.¹⁵³

3.1 O regime legal da concorrência desleal e as cláusulas gerais

A delimitação do âmbito da concorrência desleal pressupõe, portanto, diferenciar os *meios* lícitos e ilícitos de provocar o dano concorrencial. Nesse sentido, as tentativas de regulação legal da concorrência desleal têm buscado enumerar exemplificativamente as práticas concorrenciais desleais já reconhecidas pelo ordenamento, destacando-as assim do universo das práticas lícitas.¹⁵⁴

¹⁴⁹VASCONCELOS, Pais de. Apud. LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 143.

¹⁵⁰ Ob. Cit. p. 48.

¹⁵¹ “A concorrência, é cediço, prejudica os concorrentes, mas esses prejuízos podem ser lícitamente causados, desde que resultantes ‘de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação aos seus competidores’” in FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 276

¹⁵² DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 280.

¹⁵³ LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 49.

¹⁵⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e prática da concorrência desleal**. Rio de Janeiro: Universitária. 2005. p. 46.

É o caso do n.3 do art. 10.º bis¹⁵⁵ da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, incorporada pelo Brasil através do Decreto n.º75.572/75, que lista como práticas desleais aquelas suscetíveis de confundir ou induzir a erro o consumidor bem como aquelas denigratórias da imagem dos demais concorrentes.

Seguindo essa linha, a Lei brasileira de Propriedade Industrial, L. 9. 279/96, apresenta, nos quinze incisos do seu art. 195, um extenso rol com as condutas tipificadas como crimes de concorrência desleal, sancionadas com pena de detenção de três meses a um ano, ou multa.

Entretanto, o casuísmo de que lança mão tanto a Convenção de Paris quanto a LPI brasileira está sempre exposto ao risco de dominar apenas fragmentariamente a matéria da concorrência desleal, sem exaurir o seu conceito e suas possibilidades de manifestação. Esse risco é evitado pela utilização de cláusulas gerais¹⁵⁶, em ambos os diplomas, que permitem comportar aquelas condutas que, embora não descritas, também possam configurar concorrência desleal.

No caso da Convenção de Paris, o n. 2 do art. 10 Bis prevê que “Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial” (sublinhou-se). A fórmula indica, portanto, que as práticas elencadas no n.3 do art. 10 Bis são exemplificativas e não taxativas.

A LPI Brasileira, por sua vez, dispõe expressamente em seu art. 209¹⁵⁷ que há atos de concorrência desleal não previstos na Lei os quais, não obstante, autorizam os

¹⁵⁵ Art. 10 Bis da Convenção de Paris: 1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal.2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.3) Deverão proibir-se especialmente:1.º Todos os atos susceptíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 2.º As falsas afirmações no exercício do comércio, susceptíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 3.º As indicações ou afirmações cuja utilização no exercício do comércio seja susceptível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabrico, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.

¹⁵⁶ “Como se constatou a disciplina da concorrência desleal dificilmente prescinde de uma cláusula geral. Com efeito, o sistema de combinar cláusula geral com a tipificação exemplificativa de actos concretos é utilizado pelo “direito comparado” desde o começo da disciplina e o ilícito de concorrência desleal em constante metamorfose parece não prescindir desta técnica normativa.” In LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 121

¹⁵⁷ Art. 209 da LPI: ¹⁵⁷ 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. § 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. § 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a

prejudicados a buscar eventual ressarcimento cível, bem como a sustação liminar do ato para prevenir dano irreparável ou de difícil reparação.

Dado o já mencionado caráter omnímoto da concorrência desleal, as cláusulas gerais, aliadas a uma tipologia exemplificativa, assumem importância na sua disciplina legal, pois decorrem do reconhecimento do sistema de sua incapacidade de captar integralmente a fenomenologia da matéria. Assegura-se com isso uma mobilidade normativa que possibilita processar os casos atípicos que, embora não previstos literalmente, também são relevantes para o ordenamento¹⁵⁸.

É a presença de conceitos indeterminados nas cláusulas gerais da disciplina da concorrência desleal, a exemplo de “atos contrários aos usos honestos”, na Convenção de Paris, ou “atos tendentes a prejudicar os negócios alheios”, na LPI Brasileira, que concede a necessária elasticidade à interpretação e aplicação da fórmula legal. Aqui é mais uma vez elucidativa a lição de Adelaide Menezes Leitão¹⁵⁹:

A cláusula geral contém um mandato para o desenvolvimento do direito; trata-se de um tipo especial de norma que se caracteriza pela construção aberta do tipo contendo um conceito jurídico indeterminado de natureza normativa. O juiz não opera por subsunção, antes tem de realizar uma valoração estando autorizado a realizar uma interpretação criativa do direito. As Cláusulas gerais encontram-se do ponto de vista sistemático entre os tipos legais fechados e o direito judicial *praeter legem* transferindo, desta forma, verdadeiras tarefas legislativas para o juiz.

Os conceitos indeterminados presentes nas cláusulas gerais que compõem a disciplina legal da concorrência desleal não fornecem todos os critérios necessários para a sua concretização. O intérprete deverá buscá-los na valoração dos interesses protegidos em jogo no caso concreto¹⁶⁰.

É necessário aqui ter em conta que a repressão da concorrência desleal não tem como propósito exclusivo a defesa dos interesses individuais dos concorrentes lesados¹⁶¹. Há outros valores a presidirem a disciplina, dentre eles a defesa da clientela e

apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.

¹⁵⁸ GOUVEIA, Bacelar. Apud. LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 99.

¹⁵⁹ Ob. Cit. p. 121.

¹⁶⁰ GOUVEIA, Bacelar. Apud. LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 99.

¹⁶¹ Em sentido aparentemente diverso, Fabio Ulhoa Coelho: “A concorrência desleal se diferencia da outra forma de ilicitude competitiva (a infração a ordem econômica), na medida em que as lesões produzidas pela primeira não alcançam outros interesses além dos do empresário diretamente vitimado pela prática irregular.” In COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, vol. 1.** São Paulo: Saraiva. 2002. p.189

do próprio mercado¹⁶². Nesse sentido, Paula Forgioni¹⁶³ destaca a dupla finalidade das normas de repressão da concorrência desleal: a proteção dos concorrentes e a proteção da coletividade contra os excessos da concorrência.

Daí resulta que ao se aplicar o conceito de concorrência desleal, a partir de uma fórmula legal aberta, o intérprete irá se pautar por valores que excedem o direito privado e conectam-se com interesses supra-individuais. Não se trata apenas de um direito de reparação de danos, mas um direito de ordenação dos comportamentos desleais no mercado.¹⁶⁴

A defesa de interesses coletivos marca a aproximação da disciplina de uma dimensão pública, conformada pelos valores constitucionais que orientam a ordem econômica.¹⁶⁵ É aqui que se encontra o ponto de diálogo entre a repressão da concorrência desleal e o direito antitruste de defesa da concorrência¹⁶⁶:

Com efeito, quer o Direito da Concorrência quer a Concorrência Desleal possuem uma dimensão filoconcorrencial, pois ambos podem desempenhar um papel fundamental na defesa do sistema concorrencial e na ordenação e funcionamento adequados do mercado, potenciando as suas virtualidades e contribuindo para promover a respectiva utilidade social e econômica. Não esqueçamos, porém, que existem entre estes dois complexos normativos numerosos pontos de tensão, atrito ou mesmo conflito. No entanto, como matérias jurídicas que se complementam, poder-se-á afirmar que a defesa da concorrência livre protege a concorrência leal e vice versa, na medida em que ambas, em última instância, protegem a concorrência *tourt court*.¹⁶⁷ (sublinhou-se)

Há uma aproximação ao direito da defesa da concorrência, pois, na medida em que a repressão à concorrência desleal objetiva o bom funcionamento do livre mercado, a sua disciplina também se orienta pelo mesmo princípio constitucional da livre concorrência que embasa o direito antitruste.

Isso permite afirmar que, embora sejam distintas as disciplina, há entre elas um idioma comum, o que abre espaço para tentar caracterizar as práticas desleais como

¹⁶² “A doutrina, tanto a estrangeira como a nacional, não oferta uma causa única, ou preponderante, para justificar a responsabilidade decorrente da concorrência desleal. Ora apresenta-se como fundamento de sua repressão a proteção do fundo de comércio, ora o aviamento, ora a proteção da atividade empresarial, ora a tutela da clientela, ora a defesa do patrimônio alheio, ora a tutela de um direito de personalidade, por se tratar de manifestações da pessoa jurídica suscetíveis de proteção (v.g nome e criações intelectuais); ora o fundamento está no respeito à moral profissional, usos e costumes do comércio, colocando-se como ilícito civil.” In PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Ob. Cit. p. 11.

¹⁶³ Ob. Cit. p. 284.

¹⁶⁴ LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 25-26

¹⁶⁵ *Idem, ibidem*.

¹⁶⁶ “De outra parte, considerando-se que também as normas de concorrência desleal (de forma mediata) fomentam a concorrência e o progresso tecnológico, colocam-se pontes entre as duas legislações que nos permitem, em alguns casos, a interpenetração das matérias.” In FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 293.

¹⁶⁷ LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 135

abuso do direito por violarem os fins da liberdade de concorrer, estes últimos estudados no capítulo segundo deste trabalho à luz das escolas do Direito antitruste.

Assim, os valores e escopos imanentes ao princípio da livre concorrência podem pautar a aplicação pelo intérprete da cláusula geral de concorrência desleal diante de um dado caso concreto. É o que se pretenderá fazer no capítulo seguinte com apoio na fórmula legal do abuso do direito. Antes, contudo, é conveniente dar um pouco mais de substância à idéia de concorrência desleal, através de uma breve análise dos pressupostos que lhe atribui a doutrina.

3.2 Pressupostos da concorrência desleal

Em primeiro lugar, cumpre observar que a LPI brasileira reprime por um lado as condutas desleais tipificadas criminalmente no art. 195 e por outro as condutas atípicas classificadas como ilícitos cíveis através da cláusula geral do art. 209. Daí se falar no duplo enquadramento da concorrência desleal, sendo certo que a responsabilidade civil é independente da criminal, nos termos do art. 935 do Código Civil.¹⁶⁸

Considerando que a repressão das práticas desleais difere, sejam elas classificadas como ilícitos penais ou cíveis, os pressupostos para a sua verificação não coincidem, sobretudo porque os segundos não estão submetidos ao princípio da reserva legal que rege o direito penal.¹⁶⁹

Cumpre destacar, portanto, que o objeto desta análise são as condutas desleais classificadas como ilícitos cíveis da concorrência, com base na cláusula geral do art. 209, dispensando para sua configuração o rígido preenchimento de um dos tipos penais listados no art. 195 da LPI.

Pois bem, o primeiro pressuposto elencado pela doutrina para a verificação da concorrência desleal no âmbito cível é, em realidade, um pressuposto negativo: a desnecessidade de dolo¹⁷⁰ ou intenção de lesar. O dolo é na verdade requisito dos tipos penais da concorrência desleal, bastando para a verificação do ilícito cível que o agente tenha atuado com negligência¹⁷¹.

¹⁶⁸ “Prospera na matéria, tanto no exterior quanto no Brasil, a tese do duplo enquadramento (civil e penal), podendo o lesado obter, sucessiva ou simultaneamente, a apreensão de coisas, a cominação e a reparação, afora a apenação do agente por crime, quando for o caso.” in BITTAR, Carlos Alberto. Ob. Cit. p. 76

¹⁶⁹ FIGUEIREDO, Paulo Roberto da Costa. Apud. ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Ob. Cit. p. 132

¹⁷⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Ob. Cit. p. 47.

¹⁷¹ PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Ob. Cit. p. 18

O segundo pressuposto é também negativo: a desnecessidade de dano¹⁷². É suficiente o dano potencial¹⁷³ ou o perigo de dano, pois a simples implementação da conduta desleal no mercado já a sujeita a reprimenda do ordenamento¹⁷⁴. Isso é facilmente verificável na fórmula legal do art. 209 da LPI, que fala em atos *tendentes* a prejudicar os negócios alheios, isto é, basta a vocação para prejudicar, dispensando-se o prejuízo efetivo.

A desnecessidade de dano é de grande relevo para a compressão de que a repressão não-penal da concorrência desleal não se restringe a seara da responsabilidade civil¹⁷⁵. Havendo dano, a sanção abarcará também o ressarcimento cível, porém, mesmo que não se verifique prejuízo efetivo, o interessado poderá defender-se de outro modo da conduta desleal. Para isso poderá se valer das prerrogativas dos §§ 1º e 2º do art. 209 da LPI e das medidas que lhe dispõe o Código de Processo Civil¹⁷⁶ a fim de inibir ou paralisar a atuação desleal.

O terceiro pressuposto da concorrência desleal é a colisão de interesses¹⁷⁷. É necessário que os atos sejam praticados em função do conflito de interesses em um ambiente concorrencial, com o ataque a um agente econômico com o qual exista competitividade¹⁷⁸, atue ele no mesmo ramo comercial ou no mesmo território, seja em atividade industrial, comercial ou profissional.

Marco Antonio Pereira, no entanto, destaca que esse pressuposto deve ser relativizado, tendo em conta que é possível verificar concorrência desleal entre empresários atuando em ramos e territórios diverso, em especial com a atual

¹⁷² BITTAR, Carlos Alberto. Ob. Cit. p. 48

¹⁷³ LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 56

¹⁷⁴ PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Ob. Cit. p. 18

¹⁷⁵ “De notar que o recurso ao dano não representa a circunscrição da concorrência desleal ao campo da responsabilidade civil, obnubilando outras conseqüências jurídicas da violação do presente normativo.” LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 56

¹⁷⁶ Carlos Alberto Bittar faz um apanhado das providências disponíveis, elencando as medidas cautelares (CPC, Arts. 798 e 799), em que realça, de um lado, a busca e apreensão (CPC, arts. 839 e segs.), com alcance amplo, como instrumento eficaz, preventivo e preparatório, para cessar evitar ou obviar a violação, e, de outro, os protestos, notificações e interpelações, para efeito de prevenção de responsabilidades, conservação ou ressalvar formal de direitos (CPC, arts. 867 e segs.). Ademais, é cabível também ação tendente a impedir o ato de concorrência desleal, mediante a cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito (CPC, arts. 632 e segs., ou 642 e segs., conforme o caso, se obrigação positiva ou negativa). Ob. Cit. p. 78.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*. p. 48

¹⁷⁸ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin. 2004. p. 139.

diversificação das possibilidades de acesso a bens e serviços a partir de qualquer lugar do globo.¹⁷⁹

O quarto pressuposto para verificação da concorrência desleal é a existência de clientela, mesmo que apenas em potencial¹⁸⁰. Tendo em conta que a disputa pela clientela preside a concorrência¹⁸¹, seja ela praticada de forma lícita ou ilícita, um concorrente nunca terá contra si um ato de concorrência desleal se dele não se pode arrebatar uma clientela¹⁸² efetiva ou impedir-lhe a captação de uma clientela em potencial.

O quinto e último pressuposto da concorrência desleal é também o mais problemático. Deve o ato, além de tudo, ser suscetível de repreensão. A prática deve de algum modo destacar-se dos usos normais do comércio, violando preceitos de direito ou de moral na busca abusiva por auferir vantagens sobre os concorrentes¹⁸³.

Marcus Elidius Michelli de Almeida identifica esse pressuposto com a própria deslealdade na concorrência. Entretanto, se por um lado a deslealdade pode assumir infinitas formas, conferindo à disciplina da concorrência desleal a elasticidade necessária para abarcar as práticas não previstas em lei, por outro a subjetividade desse conceito gera dificuldades na sua aplicação pelo intérprete¹⁸⁴. Em um ramo no qual os atos dos concorrentes são naturalmente destinados a causar danos a seus pares¹⁸⁵, é problemático diferenciar os atos lesivos lícitos, porque dentro de uma disputa são de vantagens e desvantagens, daqueles atos excessivos, nocivos ao ordenamento e merecedores da reprimenda da Lei.

É justamente para tentar lidar com essa problemática que se propõe aqui a caracterização da concorrência desleal como ato de abuso do direito. Pretende-se com isso buscar pela censurabilidade do ato de concorrência desleal na violação dos limites

¹⁷⁹ Ob. Cit. p. 19.

¹⁸⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Ob. Cit. p. 48

¹⁸¹ “A clientela é o fim que buscam os concorrentes, logo, impossível imaginar-se um ato de concorrência desleal que não busque arrebatar o público consumidor” in PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Ob. Cit. p. 19

¹⁸² ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Ob. Cit. p. 141.

¹⁸³ BITTAR, Carlos Alberto. Ob. Cit. p. 49.

¹⁸⁴ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Ob. Cit. p. p. 141-142.

¹⁸⁵ É emblemática a passagem com que José Oliveira Ascensão abre sua obra intitulada “Concorrência Desleal”: “Na concorrência não há crueldade nem compaixão. Tudo se passa de modo muito semelhante ao da selva. Mata-se e morre-se com inocência. Em relação à vida da selva aperfeiçoou-se espantosamente o engenho, mas há uma idêntica neutralidade em relação a camadas superiores da vida do espírito. Os sentimentos humanos estão tão longe da vida dos negócios como estão da vida da selva.”. Apud. JABUR, Wilson Pinheiro. Ob. Cit. p. 343

impostos pelo art. 187 do Código Civil, em específico os fins econômicos ou sociais do direito invocado.

Acredita-se que o esforço do intérprete para identificar os atos de concorrência desleal será menor na medida em que se busque, não pela deslealdade, com toda a subjetividade que isso implicaria, mas sim pela desconformidade entre o exercício da liberdade de concorrer e os escopos erigidos pelo ordenamento para o princípio da livre concorrência.

Nessa dissonância, entre a conduta do concorrente e os fins econômicos e sociais que legitimam o regime da livre concorrência, pode estar a nota tônica da concorrência desleal e da sua censurabilidade. É essa a idéia que se tentará construir a seguir.

4. Caracterização da concorrência desleal como abuso da liberdade de concorrer

4.1 A aplicabilidade do instituto do abuso do direito à concorrência desleal

Importa aqui tentar justificar a aproximação entre o abuso do direito e a concorrência desleal, isto é, verificar se há coerência em trazer para o âmbito da regulação da concorrência um instituto tradicionalmente de direito privado.

Como já observado no capítulo 1 deste estudo, a repressão ao abuso do direito está positivada na parte geral do Código Civil, em seu art. 187, entre as regras gerais que servem como parâmetro para a interpretação e aplicação das demais disposições normativas.¹⁸⁶

No direito português, onde o abuso do direito também está disposto na parte geral do Código Civil, em seu art. 334, Oliveira Ascensão já afirmou tratar-se o referido preceito de regra de máxima generalidade, aplicável em toda a ordem jurídica, e não apenas no Direito Civil.¹⁸⁷

Na doutrina pátria, Bruno Miragem¹⁸⁸, dentre outros¹⁸⁹, filia-se ao mesmo entendimento do citado mestre português:

O aspecto mais relevante da cláusula geral do artigo 187 do Código Civil situa-se principalmente em sua amplitude e abrangência, assim como pelos limites ao exercício dos direitos subjetivos que positiva. A determinação da ilicitude do exercício de um direito subjetivo, por si, expressa um caráter de norma de controle sobre o exercício dos direitos subjetivos e demais prerrogativas individuais por seus titulares, em toda e qualquer relação jurídica.

Com isso se pretende afirmar que a abrangência da fórmula legal do abuso do direito transcende os limites do Código Civil, permitindo a sua aplicação também ao âmbito da concorrência desleal na disciplina do comportamento concorrencial.

Cumprido destacar, entretanto, que autorizada doutrina¹⁹⁰ defende a inaplicabilidade da figura do abuso do direito a liberdades genéricas, a exemplo da liberdade de iniciativa e de concorrência, pelo que não seria possível, segundo essa linha de pensamento, a caracterização da concorrência desleal como exercício abusivo da liberdade de concorrer.

¹⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 107.

¹⁸⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Apud. BOULOUS, Daniel M. Ob. Cit. p. 158

¹⁸⁸ MIRAGEM, Bruno, Ob. Cit. p. 101

¹⁸⁹ BOULOUS, Daniel M. Ob. Cit.

¹⁹⁰ Nesse sentido, Adelaide Menezes Leitão seguindo a linha de Carneiro de Frada. In. LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 152.

Nesse sentido, Roubier¹⁹¹ argumenta pela restrição da figura do abuso do direito a esfera dos direitos subjetivos, que se diferenciariam das liberdades na medida em que aqueles constituiriam bens incorpóreos criados pela organização jurídica, suscetíveis de serem cedidos ou transmitidos, ao passo que as liberdades, por oposição, seriam inalienáveis e imprescritíveis¹⁹².

Contudo, Cunha de Sá realça no pensamento de Roubier o reconhecimento de outras prerrogativas jurídicas individuais ao lado dos direitos subjetivos. A partir daí, o mestre português afirma que, quer se trate de direitos subjetivos, liberdades, faculdades ou poderes, o que releva é que todos constituem vantagens, isto é, prerrogativas das quais os indivíduos podem se valer, em um ou outro sentido, ainda que não seja através da transmissão ou da renúncia, características dos direitos subjetivos¹⁹³.

Ainda segundo Cunha de Sá, ao exercício das prerrogativas individuais se deve contrapor o *fundamento axiológico normativo* que a todas elas preside, independente da forma que assumam, seja direito subjetivo, faculdade ou liberdade. É nessa contraposição, da qual pode emergir a contrariedade entre o exercício e o fundamento normativo de uma dada prerrogativa, que é possível encontrar o ilícito do exercício abusivo¹⁹⁴:

Em toda e qualquer prerrogativa jurídica, é-nos dada uma estrutura que é axiologicamente fundada; se o sujeito viola o íntimo sentido da faculdade que lhe é reconhecida ou concedida, se o seu concreto comportamento é o oposto do valor que materialmente lhe preside e a orienta, mas se mascara, na aparência, como o respeito dos limites lógicos formais da norma que a concede ou reconhece, se finge (ou se acoberta com) os quadros estruturais de uma determinada faculdade, deparamo-nos com a mesma realidade dogmática que tecnicamente vem sendo individualizada como abuso do direito. É acto abusivo o excesso dos limites axiológicos-materiais de um qualquer direito subjectivo, como de igual modo e pela mesma razão é acto abusivo a violação do fundamento valorativo de uma prerrogativa individual do sujeito, mascarada pelo enquadramento da actuação nos limites formais dessa mesma prerrogativa¹⁹⁵. (sublinhou-se)

Há, na admissão da figura do abuso do direito ao âmbito das liberdades individuais, a recusa a uma concepção absolutista e geométrica das liberdades, rejeitando a idéia de que sejam elas um espaço reservado ao arbítrio exclusivo e

¹⁹¹ ROUBIER, Paul. Apud. DE SÁ, Cunha. Ob. Cit. 599 – 604.

¹⁹² Cunha de Sá esclarece, contudo, que Roubier “adverte expressamente que as chamadas liberdades públicas não são inferiores aos direitos subjetivos, como têm pelo contrário uma base mais sólida e é pela própria circunstância de a liberdade ser uma prerrogativa mais extensa que o direito propriamente dito, que Roubier entende que ela escapa a toda apreciação judiciária a título de abuso dos direitos” In Cunha de Sá. Ob. Cit. p. 604.

¹⁹³ *Idem, ibidem* p. 611-612

¹⁹⁴ *Idem, ibidem*

¹⁹⁵ *Idem, ibidem* p. 616-617.

soberano do indivíduo, a exemplo do que houve para superação dos argumentos de Planiol com relação ao direito subjetivo. E justamente porque as liberdades individuais não conferem um espaço de atuação delimitado e insuscetível de reprimenda pelo ordenamento que se lhes é aplicável a idéia de exercício abusivo.¹⁹⁶

Na doutrina pátria, Daniel M. Boulous¹⁹⁷ é expresso ao afirmar a aplicabilidade da norma do art. 187 do Código Civil ao exercício não apenas dos direitos subjetivos propriamente ditos, mas também a “tantas outras situações jurídicas subjetivas passíveis de serem configuradas”, a exemplo da liberdade econômica ou associativa.

Bruno Miragem¹⁹⁸, por sua vez, vai mais além para argumentar que, na verificação do abuso, direito subjetivo e liberdade se equivalem:

Não se pode distinguir, portanto, quando se trate de identificar o abuso do direito, o que se trata de um *direito subjetivo* determinado e o que, na ausência de previsão normativa, constitui mero exercício de *liberdade*, insuscetível de controle de sua regularidade. Esta diferenciação meramente terminológica pode ocultar a tentativa de colocar a salvo uma ou outra categoria, do exame da regularidade do exercício de um poder que a ordem jurídica reconhece. Ou como direito subjetivo expressamente previsto em lei, ou como liberdade, assegurado pela regra jusfundamental que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei”. Direito e liberdade, para efeito de reconhecimento do abuso, se equivalem, porquanto o direito se perfaz do exercício ou não da prerrogativa que ele assegura, assim também como o fato de que se dizer da existência de uma liberdade significa uma permissão genérica de atuação, entendida igualmente como um direito subjetivo de atuação em conteúdo pleno de tudo o que não seja vedado. (sublinhou-se)

Quer-se com isso concluir, a despeito de autorizadas opiniões divergentes¹⁹⁹, que a doutrina admite a aplicação da figura do abuso do direito à seara das liberdades individuais. Assim sendo, parece haver espaço para tentar caracterizar a concorrência desleal a partir da fórmula do art. 187 do Código Civil, confrontando-se o comportamento dos concorrentes aos fins econômicos e sociais da sua respectiva liberdade de concorrer.

4.1.2 Pontos de contato entre o abuso do direito e a concorrência desleal

Em verdade, são diversos os exemplos de aproximações entre o abuso do direito e a repressão à concorrência desleal na experiência de ordenamentos estrangeiros. No Direito Francês, na ausência de previsão legal expressa que proscresse os atos de

¹⁹⁶ DE SÁ, Fernando Augusto Cunha. Ob. Cit. p. 611-612.

¹⁹⁷ Ob. Cit. p. 150-152.

¹⁹⁸ Ob. Cit. p. 133.

¹⁹⁹ Nesse sentido, Adelaide Menezes Leitão seguindo a linha de Carneiro de Frada. In. LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 152.

concorrência desleal, a jurisprudência tratou de reprimir os excessos dos concorrentes com base na idéia de abuso do direito e nos esquemas da responsabilidade civil por ato ilícito²⁰⁰.

Já quanto ao Direito Alemão, Adelaide Menezes Leitão observa uma mudança de perspectiva na construção teórica da concorrência desleal, passando-se de uma tese individualista fundada na violação do direito alheio e no desvalor dos resultados, para um direito de ordenação social, baseada no desvalor da ação e na caracterização da concorrência desleal a partir do abuso do direito e da liberdade de iniciativa econômica.²⁰¹

Na Espanha, Font Galán defendeu a repressão da concorrência desleal por meio da aplicação do art. 7.º- 2 do Código Civil Espanhol, dispositivo que veda o abuso do direito, o que permitiria a construção da disciplina como um direito de ordenação de condutas, e não apenas como um direito de reparação de danos. Ademais, segundo o autor, com isso seria possível o controle da função desempenhada no ordenamento pela liberdade de empresa e pelo direito de competir, vez que essas prerrogativas seriam verdadeiros direitos sociais institucionalmente limitados e funcionalizados.²⁰²

Na doutrina pátria, por sua vez, Carlos Alberto Bittar é expresso em conceituar a concorrência desleal como “forma especial de abuso de direito”, ou “abuso de livre concorrência”, destacando que a repressão cível às condutas desleais dos concorrentes deve obedecer aos postulados da disciplina do ato ilícito, que retira seu fundamento legal, dentre outros dispositivos, do art. 187 do Código Civil.²⁰³

Mas para o propósito deste estudo, merece destaque, sobretudo, a lição de Tulio Ascareli²⁰⁴, no sentido de que a concorrência desleal violaria a justificação, ou, para lançar mão aqui da terminologia de Cunha de Sá²⁰⁵, o fundamento axiológico normativo da liberdade de concorrência:

Para poder jugar se requiere no hacer trampa; el mismo principio de la libre concurrencia exige que las modalidades de la concurrencia en el caso concreto no choquen con la justificación de la libertad de concurrencia, esto es, con la posibilidad, que esta tiende a garantizar, del triunfo de los mejores, juzgados por los consumidores a través de la preferencia manifestada por determinados bienes en la satisfacción de sus necesidades. Por ello, el principio general de la libertad de ejercicio de la actividad privada y de la consiguiente libertad de concurrencia va siendo flanqueada por la

²⁰⁰ LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 106-109.

²⁰¹ *Idem, ibidem*. p. 129.

²⁰² FONT GALÁN. Apud. LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 113

²⁰³ BITTAR, Carlos Alberto. Ob. Cit. p. 44 e 51.

²⁰⁴ ASCARELLI, Tulio. Apud. ALMEIDA. Marcus Elidius Michelli. Ob. Cit. p. 120.

²⁰⁵ Ob. Cit.

disciplina de la concurrencia desleal, esto es, por la represión legal de aquellas modalidades de concurrencia, de aquellos actos de concurrencia, en contraste con la finalidad misma que la justifica. (sublinhou-se)

A doutrina dá sinais, portanto, de que é viável estabelecer diálogo entre o abuso do direito e a concorrência desleal, salientando que se pode reconhecer nas práticas desleais uma infração à *justificação* da livre concorrência no ordenamento, o que se coaduna com o propósito deste estudo de caracterizar a concorrência desleal a partir da violação dos fins sociais e econômicos da livre concorrência.

Cumprir notar ainda alguns pontos significativos de contato entre o abuso do direito e a concorrência desleal. Como visto no capítulo 1 deste estudo, o Código Civil de 2002, além de destacar a disciplina do ato ilícito da responsabilidade civil, positivou duas cláusulas distintas de ilicitude: o art. 186, que trata do ato ilícito genérico, e o art. 187, que dispõe sobre o ato ilícito por abuso do direito²⁰⁶.

Acredita-se que essa construção legislativa assemelhou os pressupostos para verificação do abuso do direito aos pressupostos da concorrência desleal. Em primeiro lugar, a fórmula do art. 187 do Código Civil, prescindido de qualquer referência ao dano, permitiu que a configuração do abuso do direito não esteja vinculada a um resultado danoso²⁰⁷, o que entra em sintonia com os pressupostos da concorrência desleal, que, como visto no capítulo 3 deste estudo, também dispensa o dano efetivo para sua verificação, sendo suficiente o dano concorrencial potencial.²⁰⁸

A desnecessidade de produção de dano harmoniza as possibilidades de reprimenda à concorrência desleal e ao abuso de direito, considerando que ambas as disciplinas vão além da responsabilidade civil, na medida em que o ordenamento também assegura a possibilidade de inibir ou paralisar as condutas abusivas ou desleais, com a remoção dos seus efeitos práticos, mesmo quando não haja a constatação de dano efetivo.²⁰⁹

A proscrição do abuso do direito em dispositivo próprio, o art. 187 do Código Civil, também foi responsável pela objetivação do instituto, vez que as referências ao ânimo do agente ficaram restritas a fórmula do art. 186, que trata do ato ilícito

²⁰⁶ MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 101

²⁰⁷ BOULOS, Daniel M. Ob. Cit. p. 114.

²⁰⁸ Nesse sentido: BITTAR, Carlos Alberto. Ob. Cit. p. 48; LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 56; PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Ob. Cit. p. 18

²⁰⁹ No que se refere às múltiplas possibilidades de reprimenda das condutas desleais, para além da responsabilidade civil, ver LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 56 e BITTAR, Carlos Alberto. Ob. Cit. p. 78. No que se refere às diversas respostas do ordenamento aos atos abusivos, ver MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 175-196.

genérico²¹⁰. Aqui há outra identificação entre a disciplina da concorrência desleal e do abuso do direito, já que ambos dispensam a verificação de dolo do agente para a censura do comportamento abusivo ou desleal²¹¹.

Sendo assim, além dos posicionamentos doutrinários *supra* indicados, que estabelecem diálogo entre os dois institutos, acredita-se haver também uma similitude na disciplina da repressão cível à concorrência desleal e ao exercício abusivo do direito, o que indica a aplicabilidade da figura do abuso do direito na tentativa de caracterização das práticas concorrenciais desleais.

4.2 A concorrência parasitária como exercício abusivo da liberdade de concorrer

Na tentativa de dar aplicação a proposta deste estudo, busca-se agora caracterizar como abuso do direito uma das práticas que, dando exemplo da ampla fenomenologia da concorrência desleal, é reconhecida pela doutrina como ato de concorrência desleal, apesar de não estar elencada no rol das condutas típicas do art. 195 da LPI brasileira: a concorrência parasitária²¹².

O parasitismo econômico, ou concorrência parasitária, se configura quando um concorrente atua a sombra de outro, aproveitando-se, direta ou indiretamente, dos seus esforços e de suas iniciativas econômicas para adquirir credibilidade e penetração no mercado.²¹³ O concorrente parasita lança, sistematicamente, mercadorias ou serviços análogos aos ofertados pelo parasitado, se utilizando das suas mesmas técnicas de comercialização, porém sem ter que arcar com os custos e os riscos do desenvolvimento do produto.²¹⁴

Note-se, entretanto, que a concorrência parasitária não incorre em confusão entre os produtos. Normalmente, o produto parasita apresenta marca, cores e sinais próprios. Isto é, apesar de adotar as mesmas características que conferiram sucesso ao original, o produto parasita adota identidade claramente distinta, ofertando-se com um preço final

²¹⁰ MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 101 e 117-118.

²¹¹ Quanto à desnecessidade de dolo para configuração da conduta desleal, ver BITTAR, Carlos Alberto. Ob. Cit. p. 47; PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Ob. Cit. p. 18.

²¹² “Alguns, pouco avisados, afastam a concorrência parasitária como um ato de concorrência desleal, afirmando que ela não encontra previsão legal, dentre aqueles atos enumerados no artigo 195 do Código de Propriedade Industrial. Tal assertiva é de todo verdadeira, porém esquecem os ditos defensores que os atos elencados no dispositivo mencionado não esgotam os atos de concorrência desleal.” In ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Ob. Cit. p. 175

²¹³ PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Ob. Cit. p. 148

²¹⁴ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Ob. Cit. p. 181

bastante inferior, já que o concorrente parasita não precisa recuperar os altos investimentos para a elaboração e lançamento do produto no mercado.²¹⁵

É esclarecedora a lição de José Oliveira Ascensão²¹⁶:

Vamos supor que uma empresa imita sistematicamente o modo de actuar de outra. Actua nos mesmos sectores de mercado, lança produtos análogos, utiliza idênticas técnicas de comercialização e assim por diante. Percorre assim sistematicamente as vias abertas pela iniciativa da primeira empresa. Haverá confusão? Elemento por elemento não há de certo. Os produtos não vêm apresentados como sendo os produtos da outra empresa, nem vem qualquer outro elemento a que se recorra. Quando se invade um domínio de actividade idêntico e mesmo que se apresente produto análogo, a apresentação faz-se em nome próprio, e não no nome do concorrente.

Adelaide Menezes Leitão ressalta que, em princípio, fora do domínio dos bens tutelados pela propriedade industrial, a imitação de iniciativas econômicas é livre, desde que não haja apropriação indevida de um direito alheio registrado de Propriedade Industrial. Não havendo confusão entre os produtos, a imitação só se tornará parasitária e, portanto, desleal, quando ocorrer de modo sistemático, configurando uma agressão pela recepção indireta dos esforços e bons resultados de outrem.²¹⁷

A importância do caráter sistemático da imitação para a configuração da concorrência parasitária é bem apontada por José Roberto D’Affonseca Gusmão²¹⁸:

A concorrência parasitária consiste na procura, por um concorrente, de inspiração nas realizações de outro, no tirar partido, indevidamente, do resultado dos esforços e das inovações do concorrente no plano tecnológico, artístico ou comercial, sem estar agindo em manifesta violação dos direitos do concorrente. Os atos do parasita, tomados isoladamente, não constituiriam atos ilícitos; mas a sua repetição, a sua constância e o claro objetivo de colar-se na direção tomada pelo concorrente, indicam uma situação de concorrência parasitária.

A concorrência parasitária constitui modalidade de concorrência desleal de baixa agressividade, vez que o concorrente parasita não busca o fracasso total do parasitado, pelo contrário, deseja que ele permaneça ativo no mercado para poder continuar a seguir de perto os seus passos e a tirar proveito de suas iniciativas econômicas.²¹⁹

A concorrência parasitária pode ser enquadrada na fórmula legal do art. 209 da LPI Brasileira como “ato tendente a prejudicar os negócios alheios”²²⁰. Contudo, a baixa agressividade da prática, aliada a constatação de que a concorrência lícita também

²¹⁵ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Ob. Cit. p. 181

²¹⁶ Apud. ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli. Ob. Cit. p. 178.

²¹⁷ LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 80-81.

²¹⁸ GUSMÃO, José Roberto D’Affonseca. Apud. ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Ob. Cit. p. 185

²¹⁹ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Ob. Cit. p.177.

²²⁰ *Idem, ibidem* p. 183.

está tipicamente direcionada a prejudicar os negócios alheios²²¹, evidencia a imprecisão do dispositivo legal para identificar a ilicitude da concorrência parasitária. Essa imprecisão talvez possa ser sanada utilizando-se o abuso do direito como critério interpretativo de apoio.²²²

Tendo em conta que, no regime de livre concorrência, a imitação, desde que não viole algum direito registrado de Propriedade Industrial, também é livre²²³, pode-se entender que o concorrente parasita utiliza sua liberdade de forma abusiva, obtendo vantagens de forma sistemática à custa do concorrente parasitado²²⁴.

Recorrendo a fórmula do art. 187 do Código Civil, é possível afirmar que a concorrência parasitária ultrapassa os limites impostos pelos fins econômicos e sociais da liberdade de concorrência. Observe-se que fim econômico e social não devem ser entendidos como em tensão dentro da mesma norma, mas sim como confluentes, na medida que da utilidade patrimonial aferida do exercício de um direito deve resultar também uma utilidade social.²²⁵

Nesse sentido, a liberdade de concorrer, nos moldes como foi estatuída no art. 170 da Constituição Federal e regulamentada pela legislação ordinária (L. 8.884/94 e L. 9.279/96), pressupõe uma preocupação com a repressão das estruturas e práticas predatórias que possam limitar ou falsear as condições de acesso e permanência do mercado e, por outro lado, uma preocupação com a defesa dos interesses dos consumidores e com a distribuição das riquezas auferidas com o aumento da eficiência²²⁶, visando, em última instância, o desenvolvimento nacional qualitativo.²²⁷

²²¹ Como analisado no capítulo 3 deste estudo: “A concorrência, é cediço, prejudica os concorrentes, mas esses prejuízos podem ser licitamente causados, desde que resultantes ‘de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação aos seus competidores’” in FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 276

²²² Marco Antonio Marcondes Pereira observa que “Deve-se enfrentar o parasitismo econômico, seja qual for sua forma de manifestação, sob a ótica da fraude à lei ou abuso de direito, mas a jurisprudência pátria não tem o hábito de fazê-lo.” In. Ob. Cit. p. 151.

²²³ LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 80-81.

²²⁴ “Na realidade, na concorrência parasitária o concorrente utiliza o seu direito de forma abusiva, para conseguir uma vantagem. O parasita age além dos limites de seu direito, isso porque não o utiliza de forma regular, fica aguardando um concorrente detentor de um direito apresentar algo de novo, para então parasitá-lo, sob o manto de seu próprio direito. Já o concorrente parasitário utiliza seu direito como um manto, para esconder a real intenção, ou seja, um ato de deslealdade para com o concorrente.” In ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Ob. Cit. p.205.

²²⁵ MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 137.

²²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit. p. 36.

²²⁷ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. p. 257-259

A concorrência parasitária se afasta do *fundamento axiológico normativo*²²⁸ da liberdade de concorrer na medida em que o concorrente parasitário se aproveita sistematicamente das iniciativas alheias, apropriando-se de uma vantagem competitiva decorrente do esforço econômico de outrem.

Deturpa-se, assim, processo essencial ao regime de livre concorrência através do qual se assegura a descoberta e prevalência das melhores opções no mercado²²⁹. Nesse sentido, concorrência parasitária viola o que José Oliveira Ascensão chamou de idéia motriz da concorrência, isto é, a idéia de que “as prestações dos vários operadores econômicos se devem defrontar no mercado com o mínimo de constrangimentos, para que vença o melhor”²³⁰.

Ademais, o concorrente parasitário, ao tirar proveito dos investimentos alheios em inovação, afeta a sua rentabilidade, reduzindo o interesse dos empresários em alocar recursos na busca por novos e melhores produtos, prejudicando o ritmo do progresso tecnológico²³¹, este último um dos propósitos essenciais da livre concorrência²³².

Assim, seja sob a ótica dos concorrentes, que vêem falseado o processo meritocrático da livre concorrência, seja sob a perspectiva dos consumidores, que em última instância terão seu bem-estar afetado pela desaceleração do progresso tecnológico, a concorrência parasitária desrespeita os fins econômicos e sociais da liberdade de concorrer e, nesse sentido, poderia ser caracterizada como ato ilícito com apoio no abuso do direito e na fórmula do art. 187 do Código Civil.

Conclui-se que o instituto do abuso do direito pode servir como critério de apoio para aplicação do art. 209 da LPI, através da identificação das práticas de concorrência desleal não tipificadas no rol do art. 195 da LPI, mas que ainda assim, a exemplo da concorrência parasitária, fazem jus a reprimenda do ordenamento pela sua caracterização como ilicitude cível.

²²⁸ DE SÁ, Fernando Augusto Cunha. Ob. Cit.

²²⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. Cit. p. 28

²³⁰ ASCENSÃO, José Oliveira. Apud. PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. Ob. Cit. p. 13

²³¹ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Ob. Cit. p.205.

²³² Bernini considera a livre concorrência como um instrumento para salvaguarda dos interesses dos consumidores e do progresso tecnológico, destacando que essa orientação tem prevalecido nos sistemas econômicos dos principais países europeus no período posterior a Segunda Guerra Mundial. Apud. FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p.90

Conclusão

O propósito deste trabalho foi tentar demonstrar a funcionalidade da aplicação do instituto do abuso de direito no reconhecimento dos atos atípicos de concorrência desleal, considerando que a deslealdade²³³ sempre poderá se manifestar sob novas formas no comportamento dos concorrentes e o ordenamento precisa dispor de meios para reprimi-la, independentemente da faceta que assuma.

Para tanto, a concorrência desleal foi apresentada como exercício abusivo da liberdade de concorrer. Contudo, para que essa idéia faça sentido, é necessário ter em mente a concepção da livre concorrência, não como um valor em si mesmo, mas como um instrumento²³⁴ a serviço dos fins estatuídos pela ordem econômica constitucional. Isto é, a liberdade de concorrência deve ser exercida em consonância com os outros valores elencados no art. 170 da Constituição Federal, dentre eles a valorização do trabalho humano, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, e a redução das desigualdades sociais.²³⁵

O concorrente que se deixa levar pela animosidade intrínseca à disputa de mercado e se afasta dos valores constitucionais imanentes ao princípio da livre concorrência exerce a sua liberdade de forma abusiva, escapando ao âmbito da concorrência lícita, para adentrar no campo da arbitrariedade e da ilicitude.

Tentou-se encontrar expressão legal para esse raciocínio na fórmula do art. 187 do Código Civil. A nota de ilicitude da concorrência desleal, que a destaca da animosidade concorrencial lícita, estaria na atuação do concorrente contrária aos fins econômicos ou sociais da liberdade de concorrer. As práticas atípicas de concorrência desleal são suscetíveis de repreensão, não pela intenção do agente de causar dano concorrencial, já que esta é uma constante também na concorrência lícita²³⁶, mas sim por constituir exercício abusivo do direito e, portanto, ato ilícito nos termos do art. 187 do CC.

A viabilidade dessa aproximação entre a concorrência desleal e o abuso do direito demonstra-se não só pela colocação do art. 187 na parte geral do CC, o que permite irradiar a sua influência no ordenamento²³⁷, inclusive sobre a seara da regulação

²³³ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Ob. Cit. p.141.

²³⁴ FORGIONI, Paula. Ob. Cit. p. 89-90.

²³⁵ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit. p. 255

²³⁶ VASCONCELOS, Pais de. Apud. LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit p. 154

²³⁷ BOULOS, Daniel M. Ob. Cit. p. 150 e 157.

da concorrência, mas também pela consonância entre os parâmetros para a repressão dos atos abusivos e dos atos de concorrência desleal.

A concorrência desleal, assim como o ato abusivo, prescinde para ser constatada da verificação do dolo no comportamento do agente. No mesmo sentido, concorrência desleal e abuso do direito são institutos que igualmente dispensam a produção de dano efetivo para acionar a reprimenda pelo ordenamento. Em ambos os casos, o interessado não está adstrito ao pleito pelo ressarcimento cível, sendo-lhe facultado também a possibilidade de inibir ou paralisar as condutas abusivas ou desleais, com a remoção de seus efeitos práticos, mesmo quando não haja a constatação de dano efetivo.²³⁸

Sendo assim, pode haver funcionalidade em se utilizar do abuso do direito como critério de apoio na identificação das práticas desleais, na medida em que os pressupostos para sanção do ato abusivo não constituem óbice para a verificação do ato desleal, e vice-versa, prescrevendo-lhes ainda o ordenamento possibilidades análogas de reprimenda.

A exemplo do que se intentou com a análise da concorrência parasitária, quando se demonstrou que uma prática desleal não tipificada pode ser caracterizada como ilícita a partir da contrariedade aos fins da livre concorrência, acredita-se que outras práticas não elencadas pelo art. 195 da LPI poderiam ser mais facilmente reconhecidas pelo interprete na medida em que se recorra ao instituto do abuso do direito.

Almeja-se, com essa idéia, um ganho na efetividade da repressão à concorrência desleal, dispondo o ordenamento de mais um mecanismo para identificar a deslealdade na dinâmica concorrencial e assegurar a higidez na disputa do mercado.

²³⁸ No que se refere às múltiplas possibilidades de reprimenda das condutas desleais, para além da responsabilidade civil, ver LEITÃO, Adelaide Menezes. Ob. Cit. p. 56 e BITTAR, Carlos Alberto. Ob. Cit. p. 78. No que se refere às diversas respostas do ordenamento aos atos abusivos, ver MIRAGEM, Bruno. Ob. Cit. p. 175-196.

Referências

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

BENTLY, Lionel, SHERMAN, Brad, **Intellectual Property**. Oxford:Oxford University Press. 2001.

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

BOLOUS, Daniel M. **Abuso do direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método. 2006.

BRASIL Decreto nº 75.572, de 8 de Abril de 1975. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade industrial revisão de Estocolmo, 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 abr. 1975. Disponível em < <http://www.informefederal.com.br/downloads/cup75572.pdf>>. Acesso 09 set. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 09 set. 2010.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso 09 set. 2010.

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso 09 set. 2010.

BRASIL. Lei n.º 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jun. 1994. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8884.htm>>. Acesso 09 set. 2010.

BRASIL. Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 mai. 1996. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso 09 set. 2010.

BRASIL. STF. ADI 319 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1993, DJ 30-04-1993 PP-07563 EMENT VOL-01701-01 PP-00036. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000108800&base=baseAcordaos> > Acesso em 09 set. 2010.

BRASIL. STF. RE 20817, Relator(a): Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/1955, ADJ DATA 25-07-1955 PP-02527 ADJ DATA 20-07-1953 PP-02011 EMENT VOL-00130 PP-00354. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000021478&base=baseAcordaos> >. Acesso em 09 set. 2010.

BRASIL. STF. RE 85816-RJ, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, julgado em 01/10/1976. Disponível em < [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(85816.NUME.OU85816.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(85816.NUME.OU85816.ACMS.)&base=baseAcordaos) >. Acesso em 09 set. 2010.

CARPIO, Miguel. **La competencia desleal y sus efectos en la dinámica del mercado.** Disponível em < <http://www.procompetencia.gov.ve/dinamicamercado.html>. > Acesso em 09 nov.2009

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2002.

DE SÁ, Fernando Augusto Cunha. **Abuso do Direito.** Coimbra: Almedina. 1973.

DIMOULIS, Dimitri. **Elementos de definição da função econômica do direito.** In ARGUMENTUM – Revista de Direito da Universidade de Marília. Disponível em < <http://www.unimar.br/publicacoes/2009/argumentum> >. Acesso em 8 de jul. 2010.

DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres.** Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros. 2002.

JABUR, Wilson Pinheiro. Pressupostos do ato de concorrência desleal. In: **Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócios e concorrência desleal.** São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITÃO, Adelaide Menezes. **Estudo de direito privado sobre a cláusula geral de concorrência desleal.** Coimbra: Almedina. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva. 2009.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina. 1984.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado.** Rio de Janeiro: Forense. 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil, vol. I,** Rio de Janeiro: Forense. 2005.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2001

RAIMUNDO, Lício da Costa. **A Volta do Estado: as raízes do conservadorismo alemão frente à crise contemporânea**. Disponível em < <http://www.sep.org.br>> em 09-julh-2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**. São Paulo: Malheiros. 2007

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr. 2001.