

## **A CONCORRÊNCIA DESLEAL E O CRIME DE FALSA ALEGAÇÃO DE DIREITO DE EXCLUSIVA**

Patrícia Carvalho da Rocha Porto<sup>1</sup>

### **A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO REGRA NO DIREITO BRASILEIRO**

No Brasil a livre iniciativa é prevista na Constituição Pátria no artigo 1º, IV, e a livre concorrência é prevista no artigo 170, IV. Depreende-se da leitura desses artigos que o mercado aprova e estimula a concorrência entre empresas. Concorrer é tentar abrir caminho, alargar o mercado, evitar os monopólios, mas quando esta concorrência se torna desenfreada a ponto de eliminar qualquer concorrência de forma ilegal, esta concorrência passa a ser ilícita e desleal<sup>2</sup>.

Através da *liberdade de iniciativa* e da *livre concorrência*, temos liberdade jurídica garantida pela Constituição Federal para a prática de atividades econômicas, onde o Estado regula e fiscaliza a iniciativa privada para garantir uma concorrência justa e sem excessos, proibindo os abusos de poder.

As atividades econômicas, se exercidas de forma razoável e compatível com a expectativa dos que ingressam e a praticam, não estão sujeitas à intervenção do Estado seja ela repressiva, modificativa ou de incentivo<sup>3</sup>, formando assim um espaço de liberdade, aonde o direito e as limitações impostas pelo Estado só entram quando excessos são cometidos.

A concorrência está presente em várias situações do mercado. Sendo

---

<sup>1</sup> Advogada do escritório Denis Borges Barbosa Advogados; Especialista em Direito da Propriedade Industrial – UERJ, Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Propriedade Intelectual da UERJ; Cursa a Especialização em Direito da Propriedade Intelectual na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ.

<sup>2</sup> MIRANDA. Pontes de. Tratado de direito privado – Tomo XVII. Propriedade intelectual. Propriedade industrial, São Paulo, RT, 4ª edição, 1983, p. 268

<sup>3</sup> BARBOSA, Denis Borges., *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2º ed., 2003, p. 271.

compreensível que o bom comerciante busque lucrar o máximo possível através de técnicas diversas. Entretanto, o comerciante deve estar atento que as técnicas de concorrência utilizadas devem ser legais e compatíveis com o padrão do mercado em que ele atua. Como ensina Denis Barbosa<sup>4</sup> “*a competição agressiva, mas leal, entre os agentes econômicos, é o pressuposto da utilidade social da concorrência.*”

A concorrência é livre, mas a confusão na concorrência, que faça o consumidor se confundir com as origens dos produtos, pensando que os produtos de um concorrente foram produzidos por outro, é vedada. É proibida também a prática de denegrição de concorrente. É lícito uma pessoa dizer que o seu produto é de qualidade superior ao de outra, quando essa afirmação for verdadeira, mas um concorrente não pode denegrir a imagem de outro concorrente para se beneficiar, ele não pode dizer que o seu produto é melhor porque o produto do concorrente é de péssima qualidade.

## **PARÂMETROS PARA SE VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE CONCORRÊNCIA<sup>5</sup>**

Os empresários não familiarizados com o direito não sabem ao certo quando existe concorrência e quando esta é desleal. Algumas pessoas acham que só porque um concorrente levou sua clientela ele está concorrendo deslealmente. É comum também encontrarmos empresários que acham que porque uma segunda empresa está abrindo negócio idêntico ao seu, em outra localidade não atendida pelos seus serviços, esta segunda empresa está concorrendo deslealmente.

As coisas não são tão simples, existem regras para se verificar a existência de concorrência e para a configuração de concorrência desleal.

Para que exista concorrência três requisitos básicos devem estar presentes:

1 – A concorrência deve ser atual, ou seja, os concorrentes devem estar no mercado **ao mesmo tempo;**

---

<sup>4</sup> ibidem

<sup>5</sup> Abordaremos no presente texto a concorrência pertinente para o direito de propriedade intelectual. O padrão para a concorrência econômica são outros.

Não há concorrência entre potenciais competidores. Não existe concorrência entre um competidor que já esteja estabelecido no mercado e outro que pretende se estabelecer, salvo se este competidor já tiver feito investimentos concretos para o estabelecimento do negócio.

**2 - Para existir concorrência as atividades devem ser praticadas por concorrentes que atuem nos mesmos ramos de atividades ou em ramos afins.**

As empresas devem desfrutar da mesma clientela, as atividades devem se dirigir a um mesmo tipo de clientela, cuja preferência pretendam captar.<sup>6</sup> Os produtos e serviços devem ser os mesmos ou afins. Existirá concorrência desleal entre concorrentes que produzam bens que se destinam a satisfazer alternativamente as necessidades humanas. Existe, por exemplo, concorrência entre empresas do ramo de sucos e refrigerantes. As atividades não são as mesmas, mas existe uma identidade entre elas.<sup>7</sup>

**3 – A concorrência deve ocorrer no mesmo espaço geográfico;**

Além de a atividade ter de ser a mesma ou em um ramo afim, obrigatoriamente ela deve ocorrer em um espaço geográfico comum.

Por exemplo, se “A” tem uma empresa com uma determinada característica no Rio de Janeiro e não tem nenhum planejamento concreto em expandir o seu negócio para o Nordeste, “A” não pode impedir que “B” abra um negócio parecido com o seu, com *idéias e conceitos semelhantes*<sup>8</sup> naquela região, desde que esse conceito não seja protegido por direito de exclusividade e que não exista um aproveitamento parasitário<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup>ASCENSÃO. José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Lisboa: Almedina, 2002, p. 115

<sup>7</sup> Op. Cit, Loc. Cit

<sup>8</sup> Faz-se necessário explicar que quando falamos de idéias e conceitos estamos falando de criações que não são protegidas por nenhum direito de exclusiva, como marcas, patentes, direitos autorais, desenhos industriais. As idéias não são passíveis de proteção. O que se protege é o conteúdo expresso dessa idéia desde que esse conteúdo atenda aos requisitos de proteção de algum dos institutos da propriedade Intelectual, caso contrário essa idéia ou conceito é livre para ser apropriados por terceiros.

<sup>9</sup> A cópia servil ou o aproveitamento parasitário, ou seja, a imitação dos elementos característicos de um produto ou serviço ou estabelecimento, do aviamento de uma empresa, quando feito em seus aspectos funcionais, necessários para o funcionamento de um negócio semelhante, ou para a elaboração de um produto ou prestação de um serviço pratica um ato de concorrência parasitária, mas este ato não é *per si* um ato ilícito nem de concorrência desleal. **A concorrência parasitária será e concorrência desleal, quando constatada neste ato a possibilidade de confusão entre produtos, serviços e estabelecimentos de origens distintas.**

que cause confusão ao público consumidor.

## CONCORRÊNCIA DESLEAL

Mesmo que se verifique a existência de concorrência, precisa-se comprovar a existência de concorrência desleal. Lembre-se: a concorrência é saudável, o que se deseja reprimir são os abusos, a concorrência desleal.

Precisa-se primeiramente esclarecer que atos de *concorrência desleal* não são atos desleais, ou desonestos no sentido que a sociedade conhece. A palavra desleal no termo *concorrência desleal* não pode ser entendida como concorrência moralmente reprovável. Alguns atos de concorrência, apesar de nem sempre serem “moralmente” aceitos, podem ser lícitos, legais<sup>10</sup>, de acordo com as regras do mercado em que se atua. O parâmetro para se verificar a existência de concorrência desleal não é um parâmetro legal, mas sim fático. Um ato de concorrência desleal é um ato contrário à prática de um determinado mercado, um ato lesivo à livre concorrência.

Um ato pode ser prejudicial para determinados concorrentes e, no entanto pode ser leal, pois é usual naquele mercado, não sendo, por essa razão, um ato de concorrência desleal. Não é ilegal um cliente angariar clientes de outro, eles estão no mercado para brigar pela clientela e essa briga é salutar para a sociedade, já que é um incentivo para a produção de bens de qualidade superior vendidos a um menor preço, entretanto, isso deve ser feito observando as regras do mercado competitivo. Um concorrente não pode atuar em desacordo com as regras estabelecidas no mercado, de forma a concorrer deslealmente com outros competidores.

---

A concorrência desleal através da cópia servil só ocorre quando feito sistematicamente, **com intuito de confundir** a clientela, com a finalidade de desviar a mesma, fazendo-a acreditar que um produto ou serviço de um imitador é da mesma origem que a do concorrente imitado. Um competidor pratica a concorrência desleal quando se aproveita do esforço de outro, que se esmera na difícil tarefa de constantemente inovar e se diferenciar no seu segmento mercadológico copiando as características não funcionais do negócio, produto ou serviço daquele competidor, com o escopo de poupar esforço e dinheiro e desviar a clientela alheia, **criando confusão** na mente do consumidor.

<sup>10</sup> MIRANDA. Pontes de. Tratado de direito privado – Tomo XVII. Propriedade intelectual. Propriedade industrial, São Paulo, RT, 4ª edição, 1983, p. 268 e p. 271.

Se um competidor entra em um mercado sabendo do grau de agressividade praticado neste mercado ele entrará preparado e utilizará as armas que usualmente seus concorrentes utilizam. Se as regras de um mercado forem modificadas no meio do caminho, pegará todos os demais concorrentes de calças curtas. Deve-se sempre obedecer às regras do jogo. Mudá-las no meio da partida é desleal.

Existe concorrência desleal entre concorrentes quando estes pratiquem os atos previstos no artigo 195 da LPI<sup>11</sup> ou qualquer ato não tipificado neste artigo que cause confusão, denigra a imagem do concorrente, ou provoque falsas alegações que induzam o consumidor a erro ou prejudique de alguma forma o concorrente.

---

<sup>11</sup> Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

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

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

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

Para Pontes de Miranda<sup>12</sup>, no que tange à concorrência desleal, é contrário a direito tudo aquilo que, reproduzindo ou imitando, traz confusão; não há confusão se há distinguibilidade.

Brito Filomeno<sup>13</sup>, no livro código do consumidor comentado afirma que o fim mediato das leis anti-concorrenciais é, certamente, a defesa do consumidor, uma vez que ele é o destinatário final de tudo o que é colocado no mercado. Ou seja, não obstante o direito da concorrência desleal defender e regular primariamente as relações entre as empresas na economia de mercado, ela exerce uma função secundária de proteção ao consumidor, em situações que este corre risco de ser confundido e enganado por práticas de concorrência desleal.

### **DA FALSA ALEGAÇÃO DE DIREITO DE EXCLUSIVA:**

Dentre as diversas práticas desleais, falaremos neste artigo de uma muito peculiar e muito comum entre empresários, sejam eles desavisados e desconhecedores, sejam eles pessoas cientes de que os atos que cometem prejudicarão seus concorrentes.

A prática em comento é a de falsa alegação de direito de exclusiva. Esta prática é tipificada no artigo 195, XIII da LPI e é um dos crimes de concorrência desleal.

O crime de falsa afirmação de exclusiva está previsto no artigo 195, XIII da LPI/96, que prevê que comete crime de concorrência desleal quem: XIII – “*vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem ser.*”

Esta prática é mais comum do que se imagina. Algumas vezes é cometido por má fé do concorrente, mas outras vezes se verifica que esse crime é cometido sem intenção, por desconhecimento da lei, mas nem assim deixa de ser crime.

---

12 MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado – Tomo XVII. Propriedade intelectual. Propriedade industrial, São Paulo, RT, 4ª edição, 1983, p. 316.

13 FILOMENO, José Geraldo Brito e outros. *Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 86.

Não raro, um comerciante querendo amedrontar possíveis contrafatos informa na embalagem de seu produto que ele é objeto de patente, quando na verdade só o que existe é um pedido de patente. Também é muito comum um comerciante ser titular de um desenho industrial e colocar em seu produto ser titular de uma patente, por puro desconhecimento dos institutos, ou alegar direito de exclusiva que não mais possui, pois o prazo de exclusividade já expirou.

Todas as práticas mencionadas acima, cometidas intencionalmente ou não, são crimes de falsa alegação de direito de exclusiva. Essas práticas amedrontam a concorrência que, por medo de cometer algum crime de violação de direito de propriedade intelectual, se abstêm de utilizar o produto que na verdade não é objeto de nenhuma exclusividade. Além de amedrontar a concorrência, essa falsa afirmação induz os consumidores a erro, pois estes ao acreditarem na falsa afirmação do competidor desonesto, deixam de comprar produtos de outros competidores por medo de comprarem produtos contrafeitos.<sup>14</sup> A concorrência desleal na prática em comento resulta da falsa informação que se presta em relação ao produto.<sup>15</sup>

Esse crime gera repressão severa para o praticante. A tipificação da falsa alegação de direito de exclusiva como crime é considerada pelos autores atuais<sup>16</sup> uma inovação no Direito brasileiro, apesar de no Decreto 7903/45, ter existido norma similar, que era a falsa indicação de privilegiado<sup>17</sup>, cuja prática punida consistia na menção da indústria ser patenteada, sem sê-lo, ou tendo sido, no momento da menção, a patente ter se extinguido pelo decurso do prazo, ter sido anulada ou declarada caduca.<sup>18</sup>

Além do crime de concorrência desleal do artigo 195 XIII da LPI, quem afirma ter direito de exclusiva sem o ter ainda incorre nos crimes de concorrência desleal previstos no inciso II deste artigo: *“presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa*

---

<sup>14</sup> PIERANGELI, José Henrique. Crimes contra a Propriedade Industrial e crimes de concorrência desleal. Rio de Janeiro: RT, 2003, p.382.

<sup>15</sup> Ibidem p.380.

<sup>16</sup> PIERANGELI, José Henrique. Crimes contra a Propriedade Industrial e crimes de concorrência desleal. Rio de Janeiro: RT, 2003, p. 380. e DANNEMANN, Comentários à Lei da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 408.

<sup>17</sup> Este crime teve esta denominação dada por Gama Cerqueira em seu *Tratado de Direito Industrial*, VII, Tomo I, Parte II, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1952, p. 344, *apud* DANNEMANN, *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 408.

<sup>18</sup> DANNEMANN, *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 408.

*informação, com o fim de obter vantagem”, e no inciso III deste artigo, que determina ser crime de concorrência desleal quem “ emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio alheio clientela de outrem”.*

O crime do inciso II do artigo 195 da LPI o comerciante comete ao informar enganosamente para os consumidores que os demais competidores estariam violando os seus direitos de exclusiva e que os produtos de terceiros seriam contrafeitos. Basta que o competidor divulgue verbalmente ter direito que não possui em proveito próprio e em detrimento de seus concorrentes, para que o crime se configure.<sup>19</sup>

O crime do inciso III do artigo 195 da LPI é cometido pelo comerciante ao utilizar-se de afirmações mentirosas, dadas ao público consumidor com o intuito de desviar a clientela dos demais concorrentes.<sup>20</sup>

As penas previstas para os crimes acima são de detenção e vão de três meses a um ano ou multa, de acordo com o artigo 195 da LPI. Estes crimes são crimes de ação penal privada, e somente se procede mediante queixa crime, art. 199 da LPI.

O artigo 207 da LPI também permite que os concorrentes lesados, independente da ação criminal, intentem as ações cíveis cabíveis para reaver suas perdas e danos, na forma dos artigos 186 e 927 do Código Civil vigente. Essa possibilidade da ação civil, independente da ação criminal, está prevista no artigo 935 do Código civil vigente.

---

<sup>19</sup> DELMANTO, Celso. *Crimes de Concorrência Desleal*, São Paulo: USP, 1975, p. 42 Apud PIERANGELI. José Henrique. *Crimes contra a Propriedade Industrial e crimes de concorrência desleal*. Rio de Janeiro: RT, 2003, p.286.

<sup>20</sup> DELMANTO, Celso. *Crimes de Concorrência Desleal*, São Paulo: USP, 1975 apud DANNEMANN, *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 393.



## BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO. José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Lisboa: Almedina, 2002;

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2.ed. Rio de Janeiro:Lumens Júris, 2003;

DANNEMANN, *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

DELMANTO, Celso. *Crimes de Concorrência Desleal*, São Paulo: USP, 1975;

FILOMENO, José Geraldo Brito e outros. *Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2000;

PIERANGELI. José Henrique. *Crimes contra a Propriedade Industrial e crimes de concorrência desleal*. Rio de Janeiro: RT, 2003;

MIRANDA. Pontes de. *Tratado de direito privado – Tomo XVII. Propriedade intelectual. Propriedade industrial*, São Paulo, RT, 4ª edição, 1983