

PEDRO MARCOS NUNES BARBOSA, *CURSO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL*, LUMEN JURIS, 2024, 2ª EDIÇÃO

NUNO SOUSA E SILVA*

A Concorrência Desleal é o instituto mais antigo deste domínio (recente) de regulamentação jurídica da atividade económica a que chamamos Direito Intelectual¹. Tem tanto de dinâmico e flexível como de fugidio. Apesar de, ao contrário dos restantes direitos da propriedade intelectual, não ter sofrido grandes alterações na sua configuração em mais de cem anos, a concorrência desleal mantém a sua relevância teórica e prática². A abundante jurisprudência, dos dois lados do Atlântico, demonstra-o. Também por isso, tem sido objeto de crescente atenção por parte da doutrina tanto no Brasil como na União Europeia³.

Neste contexto, o livro “Curso de Concorrência Desleal” de Pedro Marcos Nunes Barbosa, aqui na sua segunda edição de 2024 (a primeira remonta a 2022 e, uma vez esgotada em formato físico, foi generosamente disponibilizada de forma gratuita em formato eletrónico), apresenta-se como uma obra de referência para o estudo do tema no Brasil. Tem igual préstimo para um jurista que se interesse pela matéria, seja qual for a sua base geográfica. O uso constante de exemplos estimula a reflexão crítica e facilita o acompanhamento da exposição dos temas.

* Doutor em Direito. LLM em Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência (MIPLC). Advogado (sócio PTCS) e Prof. Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). nsousaesilva@gmail.com. Site: www.nss.pt.

¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 8, sublinha que a ordem jurídica portuguesa foi a primeira a consagrar uma disciplina legislativa global da Concorrência Desleal (em 1894). Sendo certo que a inclusão da Concorrência Desleal no Direito Intelectual no Direito Intelectual não é incontroversa. A Concorrência Desleal, como disciplina autónoma, surge em França, para lidar com os excessos da livre concorrência (claro que, como sublinha, JOSEF KOHLER, *Der unlautere Wettbewerb*, Walther Rothschild, 1914, pp. 33 e ss., há antecedentes antiquíssimos (também no Oriente), por vezes de natureza penal, para certas práticas desleais como reclames falsos ou deturpação de mercadorias. Para um apontamento histórico e mais fontes cfr. NUNO SOUSA E SILVA, *Concorrência Desleal e Propriedade Intelectual: Os Atos de Aproveitamento*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 85, n. 244.

² Veja-se, p.e., STEFAN SCHEURER, “Artificial Intelligence and Unfair Competition – Unveiling an Underestimated Building Block of the AI Regulation Landscape”, *GRUR Int.*, 70, 9, (2021), pp. 834-845.

³ O Direito Brasileiro nesta matéria desenvolveu-se, principalmente, a partir da segunda metade do século XX. Apesar de o Código Civil de 1916 e o de 2002 tratarem, em capítulos específicos, da tutela contra atos de concorrência desleal, o grande impulso foi o Código da Propriedade Industrial de 1971. Na década de 1990, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Liberdade Económica e da Lei Antitruste, o tema ganhou ainda mais relevância.

O Autor dispensa apresentações, tendo-se já afirmado entre os cultores do Direito Intelectual na lusofonia.

A Obra, com cerca de 400 páginas, está dividida em quatro partes, num total de dez capítulos, a que acrescem uma introdução e uma conclusão.

A primeira parte trata das “Situações Jurídicas Subjetivas do Direito Civil nos Ambientes de Concorrência e da Rivalidade”. O Autor começa por distinguir *concorrência* de *rivalidade*, ambas modalidades de competição. Como escreve: “há relações de cunho económico que necessitam serem abrasivas em prol dos interesses públicos” (p. 12). Esse é o caso da concorrência, quando leal, que é “benquista por uma ordenação jurígena que se diga capitalista” (p. 56). Em contrapartida, a rivalidade é pessoalíssima e infungível, à partida não tem externalidades positivas e nem sempre é juridicamente relevante⁴. Assim, explica: “a lógica por detrás das relações de concorrência é predominantemente pecuniária, patrimonialista, fungível, despersonalizada e munida de racionalidade económica” (p. 33). Neste domínio (em contraste com o da rivalidade) não existem “nexos passionais, dogmáticos, vitalícios e de extrema lealdade” (p. 33); os agentes económicos procuram opções e têm liberdade de mudar, sem constrangimentos de relevo. Esta delimitação, a que o Autor dedica várias páginas, reagindo contra a “patrimonialização” de todas as relações humanas, é particularmente importar para proceder a uma primeira delimitação do âmbito de aplicação da concorrência desleal, apartando-a daquilo a que PEDRO BARBOSA chama o domínio existencial⁵.

O segundo capítulo, “A Teoria da Concorrência no Ambiente Privado”, visa situar a concorrência desleal no contexto mais amplo de regulação da concorrência e determinar os seus contornos, em especial a geografia, cronologia e âmbito merceológico (“identidade objetiva”). Como decorre do capítulo anterior, só há concorrência entre sujeitos que disputam a mesma clientela, no mesmo território e ao mesmo tempo. Entre as pp. 58 e 81 o Autor discorre analítica e criticamente sobre estes pressupostos, recorrendo a exemplos curiosos e ilustrativos. Além dos critérios geográficos, cronológicos e merceológicos, discute-se ainda o

⁴ Na p. 28 o Autor pergunta mesmo “Se em outro triângulo amoroso um dos candidatos ao amor da terceira finge saber cozinhar (quando em verdade ordena comida para entrega a domicílio) – e até ser premiado em uma competição de culinária – de modo a se destacar do rival (que mal sabia fazer torradas), teria ele trapaceado o princípio da prestação e estaria sujeito à lógica da concorrência desleal?”. A resposta é, evidentemente, negativa.

⁵ Outros autores enunciam a necessidade prática de um acto concorrencial, uma atuação no mercado com motivação económicas, para excluir determinados atos entre concorrentes (por exemplo atos de agressão) do âmbito da Concorrência Desleal. Ao abrigo dessa construção, OLIVEIRA ASCENSÃO, “O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal?”, in: AAVV, *Concorrência desleal*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 23-24 explica que aquele que incendeia a loja do concorrente ou que o denuncia pela prática de um crime sexual não pratica um ato de concorrência.

papel do preço e qualidade. No último capítulo da primeira parte, “A Triologia das Vedações Concorrenciais”, PEDRO MARCOS BARBOSA distingue entre concorrência ilegal, interdita e desleal. Segundo o Autor, estas modalidades de concorrência ilícita diferem quanto à fonte da ilicitude: concorrência ilegal é aquela que é proibida diretamente pela lei em sentido estrito⁶, a concorrência interdita provem essencialmente de negócios jurídicos, sendo relativa (correspondendo a um direito de crédito, obrigação em sentido escrito). Por último, a concorrência desleal funda-se nos usos e costumes e restringe-se a evitar o dano injusto – como se pode ler na página 122: “O único tipo de dano não tolerado no ambiente regular da abrasividade patrimonial competitiva é o injusto, sendo tal injustiça variável a depender das legítimas expectativas do proceder intra-segmento”.

A parte II, intitulada “As Situações Jurídicas Subjetivas da Concorrência Desleal e os Novos Paradigmas”, trata essencialmente da deslealdade, ou seja, da categorização e análise das condutas que constituem concorrência desleal. Sublinha-se a dificuldade de abordar o conceito indeterminado de deslealdade sem lirismo e o Autor entende que a deslealdade corresponde a um exercício abusivo da liberdade de concorrência. Por isso, a boa-fé objetiva será o critério principal a usar. No entanto, como explica PEDRO BARBOSA, a boa-fé nas relações empresariais não tem o mesmo significado do que nas relações civis (“no ambiente civil é possível que nenhuma das partes vise o lucro (a exemplo do casamento, assim se espera)” – p. 159) e também não tem a mesma configuração quando aplicada entre concorrentes. A estas diferenças, que aborda no capítulo quarto, chama “perfis estruturais”. Aí sublinha igualmente que o entendimento da deslealdade é geográfica, merceológica e cronologicamente determinado; por isso, determinados comportamentos, dependendo do setor e do momento, podem ser de “abrasividade máxima”, mas disseminados, o que afastará a sua qualificação como desleais.

O quinto capítulo analisa os atos típicos de concorrência desleal e procura densificar o conceito de ética profissional (“o termómetro para mensurar se há ou não deslealdade” – p. 171). Segundo o Autor “a *correttezza professionale* pode ser um critério meramente condicionante e coincidente, mas jamais determinante da hipótese de incidência da concorrência desleal” (p. 183). Analisa casos típicos em contexto societário, publicitário e aproveitamento de bens imateriais, e defende a subsidiariedade da concorrência desleal como “o único e principal instrumento em prol da probidade competitiva” (p. 211). O sexto capítulo refere-

⁶ Na medida em que a Concorrência Desleal ainda goza de tutela penal no Brasil é esse o caso, atendendo ao princípio da tipicidade penal, do artigo 195^o do Código da Propriedade Industrial Brasileiro. Porém, o art. 209^o admite a tutela civil de atos de concorrência desleal atípicos.

-se aos “Novos Paradigmas da Concorrência Desleal” e trata de atos atípicos de concorrência desleal, em especial a “utilização de cúmplices distintos dos usuais sócios, empregados ou colaboradores (atuais ou passados), bem como pelo uso abusivo de prerrogativas e expedientes tecnológicos para falsear a livre movimentação e escolha da clientela” (p. 214), mas também o papel do Estado na economia e a hipótese de violação de normas como ato de concorrência desleal,⁷ a discriminação nas condições de fornecimento e o boicote.

A terceira parte, recupera o conceito de rivalidade para abordar “As Situações Jurídicas Subjetivas do Aproveitamento Parasitário e o Diálogo com a Rivalidade e a Concorrência”. PEDRO BARBOSA insere a concorrência desleal no domínio exclusivo das relações comerciais de concorrência. Nesse sentido, adota uma visão dualista e restritiva do seu âmbito de aplicação. Como conclui no sétimo capítulo, dedicado ao Sujeito Ofensor no Ato Ilícito da Concorrência Desleal, (pp. 282-283): “Factualmente, nem todo ramo profissional é igual. Não só as aptidões são profundamente distintas no mister do matemático, do taxidermista e do ourives, como nem toda sociedade é guiada para a produção ou convívio na abrasividade intersubjetiva de fito lucrativo. A eventual atuação *ultra vires* de fundações, sindicatos, entidades religiosas, associações ou partidos políticos deveria ser um sinal de alerta das autoridades e do ombudsman, mas jamais ser causa atrativa da tutela e do discurso ínsito à concorrência desleal”.

No capítulo oitavo aborda “Concorrência Desleal Comum, Concorrência Desleal Parasitária e o Aproveitamento Parasitário Sem Concorrência”, correspondendo a uma discussão dos atos de aproveitamento. PEDRO BARBOSA segue a noção de parasitismo que é maioritária entre nós. Como explica, só há parasitismos concorrenciais se o comportamento for reiterado e resultar de uma série coordenada de atos. Além disso, sublinha, existem vários pressupostos positivos e negativos para a repressão do parasitismo através da concorrência desleal. O Autor rejeita a tutela de puros atos de aproveitamento fora do contexto concorrenciais, aquilo a que chama aproveitamento parasitário sem concorrência, concluindo que “O desejo de controle de um bem imaterial, uma vantagem comercial, ou de uma singularidade criativa fora do âmbito competitivo – *rectius*, do cerne da titularidade – é pura megalomania” (p. 325). Neste capítulo, como leitor particularmente interessado, gostaria de ter visto mais diretamente abordada a questão das relações com os direitos exclusivos da propriedade intelectual. Esse ponto é abordado no capítulo décimo, mas apenas para tutela das criações distintivas.

⁷ Sobre esse tema entre nós *vide* SANDRA GOMES CASTRO, *A violação de normas jurídicas como ato de concorrência desleal?*, 2022, disponível para consulta em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/41246/1/203309529.pdf>

Concluindo a terceira parte, o capítulo nono dedica-se à responsabilidade civil no âmbito da Concorrência Desleal. O Autor segue a via do abuso do direito, rejeitando as teses de tutela da empresa ou da pessoa coletiva, e, por isso, à luz do artigo 187 do Código Civil brasileiro⁸, dispensa a prova de intenção do infrator e mesmo da culpa.

O décimo capítulo, novo nesta segunda edição e único da (também nova) parte IV (“Aplicação Concreta da Tutela Contra a Concorrência Desleal”) diz respeito ao *trade-dress*, designado “Conjunto-Imagem”, que define como “(a) uma criação humana distintiva, (b) despida de exclusividade, (c) protegida pelo fenômeno da posse resguardada contra atos de concorrência desleal, (d) com a finalidade auxiliar de elevar o contraste de um produto, de um serviço ou de um estabelecimento empresarial perante o seu destinatário, (e) constituída de linhas, cores, arranjos, figuras organizadas, elementos sonoros, texturas, cheiros ou outros elementos desde que sejam capazes de, no conjunto, realizarem o auxílio distintivo” (p. 373). Baseado na jurisprudência, enuncia seis critérios para determinar se a imitação do conjunto-imagem constitui uma imitação ilícita.

A conclusão da Obra sintetiza em poucas páginas os principais resultados de cada capítulo.

A obra tem um pendor académico e de profunda reflexão. Não é um Manual ou uma análise superficial do Direito vigente. Nesse sentido tem uma vocação perene. Por outro lado, não se desliga dos interesses da prática e da necessidade eminente de dar soluções aos casos da vida real; ou seja, é útil, estando recheada de exemplos.

Vale a pena ler, até pela prosa que, não descurando da objetividade e precisão, mantém leveza e pendor literário, recorrendo a inúmeros referências culturais (das belas artes à filosofia, passando pelo cinema, literatura, música, desporto e festas populares) e da atualidade⁹. Por tudo isso, o “Curso de Concorrência Desleal” é uma obra que merece lugar na biblioteca dos cultores do Direito Intelectual e que, atrevo-me a dizer, não só instruirá como divertirá grande parte deles.

⁸ Muito semelhante ao art. 334^o do Código Civil português.

⁹ Além disso a erudição é evidente. O autor desta recensão aprendeu várias palavras, nomeadamente *precata*, *zetética*, *tripudiar* e *perquire* e descobriu preciosidades, como o festival Boi-Bumbá e a canção *Faroeste Caboclo*.