

RIVALIDADE, CONCORRÊNCIA DESLEAL E SEUS NOVOS PARADIGMAS

RIVALRY, UNFAIR COMPETITION AND ITS NEW PARADIGM

PEDRO MARCOS NUNES BARBOSA

Assista agora aos
comentários do autor
para este artigo



Doutor em Direito Comercial – Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Civil – UERJ. Especialista em Direito da Propriedade Intelectual – PUC-Rio. Professor Universitário – Departamento de Direito da PUC-Rio (Direito Civil, Direito Comercial e Propriedade Intelectual). Estágio Pós-Doutoral Junto ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP.
pedromarcos@puc-rio.br

Recebido em: 05.02.2021
Aprovado em: 17.08.2021

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Comercial/Empresarial

RESUMO: O presente artigo é um extrato de pesquisa conduzida junto ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo entre os anos de 2019 e 2021, tendo como foco a análise sobre a concorrência desleal e a rivalidade civil. Para além das noções conceituais de concorrência e rivalidade, se tangenciou os riscos da importação da lógica empresarial para dirimir contendas entre associações, fundações e partidos políticos. Não obstante, também se ventilou os novos paradigmas da concorrência desleal, da concorrência desleal parasitária e do aproveitamento parasitário.

PALAVRAS-CHAVE: Rivalidade – Concorrência Desleal – Abusões Relacionais – Violação à Isonomia – Terceiro Setor.

ABSTRACT: This paper is the result of a two year investigation at the Department of Private Law (University of São Paulo, Brazil) between 2019 and 2021, which mainly focused on the differences concerning rivalry and unfair competition concepts. In this sense, the paper analyzes the risks involving the intersection of principles and regulations of Private Law and Corporate Law, which may reflect on conflicts regarding not-for-profit legal entities such as political parties, foundations (of civil law tradition) etc. Finally, the paper focuses on the new paradigm of unfair competition and free-riding behaviour in the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Rivalry – Unfair Competition – Conflicting Relations – Equality Violation – Third Sector Economy.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da concorrência desleal e da rivalidade. 1.1. Das diferenças entre a Rivalidade e a Concorrência. 1.1.1. Dos destinatários da Rivalidade e a Concorrência. 1.1.2. Dos Participantes da Rivalidade e a Concorrência. 1.1.3. Do objeto produzido pela Rivalidade e pela

que os atos de deslealdade sejam co-protagonizados por um sujeito *não concorrente*, mas que auxilia da disparidade da disputa pela predileção do mercado. Entretanto, tampouco pode-se suscitar uma completa desconfiguração do instituto para exacerbar tutelas e incidir-se no que pode ser tão, ou mais, perverso: o paternalismo.

Desta sorte, para além dos atos de concorrência desleal poderem ser pontuais ou reiterados (quando se cognominará a sequência de atos de parasitismo), eles também podem ser constatados como predatórios (em geral a usurpação de distintividade) ou insidiosos (ao exemplo das técnicas de imitação que geram o “lembra, mas não parece”). Contudo, pela tutela da liberdade de iniciativa, não se pode aceitar a restrição a atos legítimos de imitação que superem a incidência concorrencial e/ou, a territorialidade ou a extensão da interdição competitiva pela existência de direitos de propriedade (direito de autor, patente, marca, desenho industrial, cultivar, nome de domínio etc.). Por tal razão, a doutrina do aproveitamento parasitário sem concorrência, em verdade, mistura a lógica paternalista (incompatível com uma economia de mercado) com o instituto da vedação ao enriquecimento sem causa, sem a devida atenção à metodologia e a excepcionalidade de seu cabimento.

Ademais, não se concebe como acertadas as tentativas de importação da lógica comercial da concorrência desleal para dirimir contendas associativas, religiosas, cluísticas ou de fundações. A hermenêutica de prestígio à autonomia do direito civil, do direito comercial e do direito público como um todo não tende a ser enriquecida com “encontros ecumênicos-metodológicos” desta sorte. Não obstante, é fundamental a observância, ainda, do respeito aos direitos intelectuais que outorgam direitos de exclusividade a seu titular, cuja causa de tutela não se confunde com aquela pertinente à da concorrência desleal. No caso dos direitos intelectuais há uma clara *ratio* de proteção às criações humanas e de estimular o desenvolvimento tecnológico, econômico e social (art. 5º, XXIX, da CRFB), enquanto o ambiente de proteção contra atos de concorrência desleal tem como marco evitar externalidades negativas advindas de uma abrasividade mais danosa do que a necessária em um regime capitalista de mercado.

Por fim, nota-se que as novas facetas da concorrência desleal se espraiam para a inobservância da regra-princípio da isonomia material, da capacidade de concorrer com bases regulatórias-tributárias-laborais de igual porte. O Estado pelas suas ações e omissões, assimetrias e acertos, acabará influenciando na ótica promocional pro-competitiva, ou em retrocessos que engendrem a concentração de poder econômico e oligopólios.

BIBLIOGRAFIA

- AMORIM, Ana Clara Azevedo de. *Parasitismo Económico e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa e. Indenização Punitiva. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 36, p. 135-168, 2006.

- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do Direito do Comerciante à Renovação do Arrendamento*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1940.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARONSON, Ronald. *Camus e Sartre: o fim de uma amizade*. Trad. Caio Liudvik. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.
- ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali*. 3. ed. Milano: Giuffré, 1960.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina 2010.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 3. reimp. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *E-stabelecimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em Crise. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 15, p. 33-48, jan.-mar. 2018.
- BARBOSA, Denis Borges. *A Concorrência Desleal e sua Vertente Parasitária*. Disponível em: [www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/concorren- cia_desleal.pdf.]. Acesso em: 09.10.2020.
- BARCELONA, Pietro. *El Individualismo Proprietario*. Trad. Jesús Ernesto García Rodríguez. Madri: Editorial Trotta, 1996.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BARRETO Filho, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial – fundo do comércio ou fazenda mercantil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BAZZANEZE, Ricardo. Avaliações falsas na internet como ato de concorrência desleal. In: LUPION, Ricardo; ARAÚJO, Fernando (Orgs.). *Direito, Tecnologia e Empreendedorismo*. Porto Alegre: FAPERGS, 2020.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a Uma Outra Modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BESANKO, David et al. *A Economia da Estratégia*. Trad. Christiane de Brito. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2012.

- BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria e prática da concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva 1989.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia Ordenação Regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BODEWIG, Henning Frauke (Org). *International Handbook on Unfair Competition*. München: Beck, 2013.
- CABRAL, Filipe Fonteles & MAZZOLA, Marcelo Leite da Silva. *O Teste 360º de Confusão de Marcas*. *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 132, p. 14-22, set.-out. 2014.
- CAMELIER, Alberto. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARVALHO, Orlando de. *Direito Civil (Direito das Coisas)*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1969.
- CARVALHO, Orlando de. *Direito das Empresas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2012.
- CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.
- CATALAN, Marcos Jorge. *Morte da culpa na responsabilidade contratual*. 2. ed. In- daiatuba: Foco, 2019.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos Fundamentais para a Proteção Autoral de Obras Literárias, Artísticas e Científicas. Peculiaridades da Obra de Artes Plásticas. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (Orgs.). *Direito da Arte*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Obras Póstumas e Direito de Autor. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero. *Direito Civil*. Estudos em Homenagem a José de Oliveira Ascensão. São Paulo: Atlas, 2015, v. I.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Violações de direito autoral: *plágio*, “*auto-plágio*” e *contrafação*. In: MATTES, Anita et al (Coords.). *Direito Autoral Atual*. São Paulo: Elsevier, 2015.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Da Responsabilidade Civil no Código de 2002 – aspectos fundamentais. Tendências do Direito Contemporâneo Reflexões sobre a Autonomia Negocial. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson. *O Direito e O Tempo, Embates Jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CUEVAS, Guillermo Cabanellas de las et al. *Derecho de la Competencia Desleal*. Buenos Aires: Heliasta, 2014.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil III*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.
- DELMANTO, Celso. *Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- DUVAL, Hermano. *Concorrência Desleal*. São Paulo: Saraiva, 1976.
- ESTRÊLA, Hernani. *Da Comercialização do Direito Civil*. *Revista Forense*, v. 185, n. 56, p. 675-676, set.-out. 1959.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão, Dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962, v. VII.
- FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. A nova parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito Empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, A Empresa e O Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- IRTI, Natalino. *L'Ordine Giuridico del Mercato*. Bari: Laterza, 1998.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard Allen. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- LEONARDOS, Thomas. *Concurrencia Desleal*. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1936.
- LESSIG, Lawrence. *Code And Other Laws Of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.
- LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- LUPION GARCIA, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais*. Contornos dogmáticos dos deveres de Conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MAGALHAES, José Maria Vilhena Barbosa de. *Do estabelecimento Comercial*. Estudo de Direito Privado. Lisboa: Ativa, 1951.
- MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1956, v. III.

- MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- McMANIS, Charles R. *Intellectual Property and Unfair Competition*. St. Paul: West Publishing, 2004.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico – A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2017.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORATO, Antonio Carlos. *O Direito de Autor em Obra Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MORATO, Antonio Carlos. A aplicação dos princípios contratuais sociais no enriquecimento sem causa. In: Christiano Cassetari. (Org.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao Professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MOSCO, Luigi. *La Concorrenza Sleale*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1956.
- NIETZSCHE, Friederich. *O Anticristo*. Trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011.
- PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direito Comercial das Empresas: apontamentos Teóricos – Práticos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.
- PLATÃO. *O banquete*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2009.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1983, t. XVII.
- POSNER, Richard Allen. *A problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ROUBIER, Paul. *Droits Intellectuels ou Droits de Clientèle*. Paris: Siney, 1935.

- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- SANTAGATA, Carlo. *Concorrenza Sleale e Interessi Protetti*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1975.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.
- SCHECHTER, Roger E. *Unfair Trade Practices & Intellectual Property*. Black Letter Series. 2. ed. Eagan: West Publishing Corporation, 2002.
- SCHMIDT, Lélío Denicoli. *A Distinividade das Marcas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SCIRÉ, Francesco. *Concorrenza Sleale e Sfruttamento Del Lavoro Altrui*. Milão: Giuffré, 1994.
- SEARLE, John R. *Mente, Linguagem e Sociedade: filosofia no mundo real*. Trad. por F. Rangel, Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- SINGER, Joseph William. *No Freedom Without Regulation*. The Hidden Lesson of the Subprime Crisis. London: Yale University Press, 2015.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.
- SILVEIRA, Newton. *Direito de autor no design*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SMEE, Sebastian. *A Arte da Rivalidade*. Trad. Celia Euvaldo. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- SOARES, José Carlos Tinoco. “Concorrência Desleal” vs. “Trade Dress” e/ou “Conjunto Imagem”. São Paulo: Tinoco Soares, 2004.
- SODRÉ, Gilberto de Abreu Carvalho. *Responsabilidade Civil-Concorrencial*. Introdução ao Direito Concorrencial Privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SPECK DE SOUZA, Fernando. *Diálogo das Fontes*. Fundamentos, experiência jurisprudencial e crítica metodológica. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed., São Paulo: Método, 2011.
- TOURINHO, José Basto. *Fundo de Comércio: Origem – Evolução – Atualidade*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1954.

VANDELVELDE, Kenneth J. *Pensando Como Um Advogado*. Trad. Gilson Cezar Cardoso de Souza. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. *Responsabilidade Civil Preventiva. A proteção Contra a Violação dos Direitos e a Tutela Inibitória Material*. São Paulo: Malheiros, 2014.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Civil; Comercial/Empresarial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Análise de eventual concorrência desleal em litígio que discute a titularidade originária de obra de engenharia (parecer), de Antonio Carlos Morato – *RDCC* 12/431-445;
- Concorrência desleal: aspectos civis, de Carlos Leduar Lopes – *RDPriv* 11/25-67 e *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 3/349-396;
- Constituição econômica brasileira: a tutela da livre-iniciativa contra o abuso de poder econômico e a concorrência desleal, de Natália Ferreira dos Santos – *ReDE* 11/417-435;
- Novas formas de concorrência desleal em face dos avanços tecnológicos, de Rubia Maria Ferrão de Araujo e Guilherme Cunha Braguim – *ReDE* 11/407-415; e
- Reprimindo a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados, estratégias desleais de marketing, motores de busca na internet e violação aos direitos de marca, de Edson Beas Rodrigues Jr. – *RT* 961/35-93.