

SHAKESPEARE E A CONCORRÊNCIA DESLEAL

Gabriel Leonardos

Advogado no Rio de Janeiro e São Paulo;

Mestre em Direito (USP);

Sócio de Kasznar Leonardos Advogados

O Direito da Propriedade Industrial é um ramo do Direito Privado e destina-se a proteger precipuamente os investimentos empresariais em inovação, para, com isso, estimulá-los e produzir diversos efeitos benéficos em prol da sociedade. Dentro da proteção à propriedade industrial possui especial relevo a repressão à concorrência desleal e, na atual lei brasileira de propriedade industrial (LPI - Lei nº 9.279, de 14.05.1996), seguindo a tradição do nosso Direito, há diversos dispositivos com a finalidade de assegurar a lealdade concorrencial. Na LPI há uma “cláusula geral” que é comumente aceita como uma boa definição do crime de concorrência desleal, que é cometido por quem “emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem” (art. 195, III). A beleza, e a dificuldade, desta definição é que ela emprega um conceito juridicamente indeterminado para definir a conduta delituosa, qual seja, “meio fraudulento”, mas não há, nisso, nada de errado, pois a concorrência desleal somente se caracteriza quando um ato entra em conflito com os valores éticos de uma determinada coletividade, em determinado local, em determinada época, e tais valores podem estar em constante mutação.

Em tese, pode-se dizer que o dispositivo citado da LPI poderia até mesmo ser o único a regular todo o universo da proteção à propriedade industrial, pois o uso não autorizado de patentes, marcas ou desenhos industriais de terceiros também configura um “meio fraudulento” para desvio da clientela alheia. Há, porém importantes razões de ordem jurídica e prática para que a lei de

propriedade industrial se desdobre em 244 artigos. Para citar algumas, lembramos que a definição detalhada do que é objeto de propriedade (como é o caso das patentes, marcas ou desenhos industriais) possibilita que todo o arcabouço jurídico construído para esse direito real seja imediatamente aplicável também a esses bens imateriais. Ademais, há, na lei, penalidades mais graves para a infração de direitos sobre tais bens imateriais, ao passo que para a violação de concorrência desleal, onde se reprime uma violação a direito pessoal (e não real) do empresário, as penas – principalmente as criminais – são mais brandas. Ou seja, muito embora tecnicamente o ilícito de concorrência desleal se configure apenas na ausência de uma marca registrada (quando então a violação é de outra natureza, e mais grave), podemos dizer que a concorrência desleal *lato sensu* é o gênero, do qual os diversos capítulos da propriedade industrial são espécies, não sendo nenhum absurdo dizermos que o usurpador de marca alheia age de forma desleal.

Vale lembrar, ainda, que, para evitar dúvidas na aplicação para fins penais do conceito juridicamente indeterminado de “meio fraudulento” a lei também enumera, de modo não exaustivo, condutas específicas que se caracterizam como desleais quando cometidas em detrimento dos concorrentes, como é o caso da publicação de falsas afirmações; a imitação de “slogan” ou sinal de propaganda alheio; a imitação de nome empresarial alheio*; a atribuição a si próprio de prêmio que não obteve; a utilização de recipientes de outrem para vender produtos adulterados; e a violação ao segredo de negócio. Finalmente, a LPI traz o esclarecimento que pode haver atos de concorrência desleal não expressamente previstos no texto legal, e que podem caracterizar um ilícito civil

* Sobre a proteção do nome e da honra através deste, visando evitar o denigramento de imagem, v. a pitoresca descrição, por José Roberto de Castro Neves, do episódio de uso do nome Oldcastle por Shakespeare em peças, que levou a ilustre família nobre denominada por esse patronímico a reclamar e a pedir alteração, in Medida por medida: o direito em Shakespeare, Rio de Janeiro: GZ Ed., 2013, p. 235.

a ser reparado (art. 209). Enfim, a LPI espera do empresário que ele seja leal e inovador, e o recompensa com a proteção de suas criações intelectuais.

O inter-relacionamento entre a violação de marca alheia e a concorrência desleal é tão intenso que ele foi discutido no primeiro processo judicial relativo a contrafação de marcas ocorrido no Brasil, que foi a ação movida em 1874 pela empresa Meuron & Cia., fabricante do rapé AREIA PRETA, contra a empresa Moreira & Cia. que comercializava o concorrente rapé AREIA PARDA. A ré dessa causa imitava não apenas a marca e o nome empresarial anteriores, como também praticamente confessava sua deslealdade ao imitar o “trade dress” do produto original, ou seja, o formato da embalagem, e a apresentação de desenhos e textos sobre a mesma. O advogado do autor da ação foi o grande RUY BARBOSA (à época, muito jovem, com apenas 24 anos), que pediu que se condenasse o infrator pelo crime de “falsificação de papéis”, previsto no Código Penal do Império. No entanto, após ter tido êxito em primeira instância, e em face da tipicidade fechada que rege o Direito Penal (segundo a qual se a conduta delituosa não estiver descrita adequadamente no tipo penal não há como se caracterizar a ocorrência do crime), em sede de apelação o Tribunal de Relação da Bahia proferiu decisão absolutória, o que viria a criar condições políticas para que, pouco depois, viesse a ser promulgada a primeira lei de marcas de nosso país, a Lei nº 2.692, de 23.10.1875.

Aliás, alguns anos após, reuniu-se em Paris uma conferência diplomática com o objetivo de negociar o primeiro tratado internacional versando sobre a proteção da propriedade industrial. O Brasil estava presente naquela reunião, e em 1883 foi assinada a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, cujo art. 10º prevê a repressão à concorrência desleal e obriga a todos os países signatários a preverem em suas legislações nacionais métodos para efetivar essa repressão. Após sucessivas modificações através de

conferências diplomáticas posteriores, a atual redação desse dispositivo (em vigor no Brasil por força da promulgação do tratado pelo Decreto nº 635, de 21.08.1992), além de enunciar algumas condutas específicas que devem ser reprimidas, também consagra uma “cláusula geral” que utiliza um conceito juridicamente indeterminado, neste caso “honestidade”; senão vejamos: “Art. 10º (2) – Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial”.

Vimos, portanto, que a fraude no comércio possui uma longa história, mesmo no caso de um país jovem, como o nosso. Essa história remonta à Antiguidade, até porque a alma humana não mudou, e podemos citar Levítico, 19,35-36: “Não usem medidas desonestas quando medirem comprimento, peso ou quantidade. Usem balanças de pesos honestos, tanto para cereais como para líquidos. Eu sou o Senhor, Deus de Vocês, que os tirei da terra do Egito.” O livro Levítico foi escrito entre 1440 e 1400 AC, ou seja, há mais de três mil anos, e sua autoria é atribuída a Moisés! Assim, não é surpresa que encontremos diversas menções a comerciantes desonestos na literatura e na doutrina jurídica, desde há muitos séculos.

Para avançarmos no tempo e chegarmos até a Idade Média, encontramos em Dante Alighieri aquela que é comumente citada como a mais grave condenação literária da fraude praticada por falsários, e a imitação de uma marca alheia para vender “gato por lebre” não deixa de ser uma forma de falsificação **. Na “Divina Comédia”, escrita entre 1304 e 1321, Dante reserva espaço para os falsários no Oitavo Círculo do Inferno (chamado de “Malebolge” em italiano, ou “fossos malditos”). Note-se que no inferno dantesco há nove círculos; ou seja,

** A respeito das íntimas conexões entre o falseamento, a imitação, a adulteração, a dissimulação e a “pirataria”, v. Elisabeth Kasznar Fekete, “Falsificação, Fraude e ‘Pirataria’: suas Correlações no Direito Brasileiro e suas Repercussões no Direito Internacional”, in Revista da ABPI nº 79, Nov/Dez. 2005, pp. 11-28.

os fraudadores estão muito próximos da punição máxima! O Oitavo Círculo está dividido em dez “Bolgias”, ou “fossos”, semelhantes aos de um castelo, e os fossos estão ligados entre si por pontes. Os falsificadores foram colocados na décima e última Bolgia deste círculo (bem depois dos corruptos, que estão na Quinta Bolgia, e dos ladrões, que estão na Sétima Bolgia).

Dante inicia da seguinte forma sua narração do suplício dos falsários, antes de subdividi-los em algumas espécies, entre as quais estavam os alquimistas: “Quando finalmente estávamos no meio da ponte que atravessa este último claustro do Malebolge pudemos vê-lo por completo, e ouvir gritos tão terríveis que me levaram a cobrir os ouvidos, Amontoados naquela vala estavam centenas de doentes, com seus membros apodrecendo como leprosos. O ar estava dominado por um cheiro forte de carne podre. Descemos por uma via à esquerda da saída da ponte até chegar a um ponto onde se tinha uma visão mais nítida daquele poço, onde são punidos os **falsários**. A visão era terrível. Por todo o vale se estendiam montes de espíritos empilhados tão cansados que mal se moviam.” (Canto XXIX, tradução com adaptação em prosa de Helder da Rocha, disponível no site www.stelle.com.br, nosso o grifo, acesso em 20.10.2016). Enfim, podemos bem imaginar que Dante tenha sofrido algum revés nas mãos de falsários para condená-los a tão dura privação em sua obra magistral.

Chegamos, finalmente, ao bardo, que, aparentemente, jamais experimentou desventuras diante de comerciantes desleais tais como, especulamos, Dante teria sofrido, pois na vasta obra de Shakespeare não se encontra, até onde a conhecemos, referência expressa a comerciantes que mentem no comprimento ou peso de mercadorias (um problema desde a Antiguidade, vimos acima), ou que vendem um produto inferior como se fosse outro, de melhor qualidade, como o faziam os falsários de Dante. Mas podemos traçar um paralelo entre

duas importantes peças de Shakespeare com fenômenos associados à concorrência desleal, quais sejam, a disseminação de informações falsas sobre um concorrente, em Otelo; e o parasitismo, em Ricardo II.

Já vimos acima que a LPI enuncia como uma conduta de concorrência desleal a publicação, por qualquer meio, de “falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem” (art. 195, I). Aliás, na esfera internacional a vetusta, e ainda atual, Convenção de Paris também menciona esse ato dentre os poucos de que trata expressamente: “Deverão proibir-se particularmente (...) as falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;” (Art. 10 bis (3) § 2º). O Direito protege, dessa forma, a reputação do empresário.

Todos sabemos que é necessário tempo e esforço para construir uma boa reputação, e ela pode ser rapidamente perdida por acusações ou rumores, verdadeiros ou não. Na liça dos negócios, não é incomum que um empresário inescrupuloso se veja tentado a disseminar informações falsas a respeito de concorrentes (por exemplo: os hambúrgueres de uma determinada rede de “fast food” contém carne de rato!) e, caso isso ocorra, a conduta é reprimida pelo Direito.

Em Otelo, escrita em 1603-1604, peça na qual a reputação dos personagens é continuamente questionada, há uma das frases mais poderosas a respeito da conspiração da reputação alheia. Nesse diálogo não se cuida da reputação empresarial, o “goodwill”, e sim da reputação pessoal, mas o que é uma empresa senão a projeção, na esfera dos negócios, da personalidade do empreendedor? Aliás, atualmente, tanto o Superior Tribunal de Justiça expressamente reconhece (Súmula 227) que as pessoas jurídicas podem sofrer

danos morais, que são os danos causados à sua reputação, como o Código Civil de 2002 (art. 52) consagra que as pessoas jurídicas fazem jus à proteção dos direitos da personalidade, entre os quais encontra-se o direito à “honra, a boa fama ou a respeitabilidade” (art. 20), no que couber.

Vejamos a lição que nos traz Iago (Ato III, Cena 3):

“OTELO — Que pretendes dizer com isso?

IAGO — Um nome imaculado, caro senhor, para a mulher e o homem é a melhor joia da alma. **Quem da bolsa me priva, rouba-me uma ninharia; é qualquer coisa, nada; pertenceu-me, é dele, escravo foi de mil pessoas. Mas quem do nome honrado me espolia, me priva de algo que não o enriquece, mas me deixa paupérrimo.**

OTELO — Pelo céu, quero saber o que ora pensas.” (tradução de Ridendo Castigat Mores, disponível em www.ebooksbrasil.org/adobeebook/otelo.pdf, nosso o grifo, acesso em 22.10.2016)

Como é feliz a construção: quem me difama não se enriquece, mas me deixa pobre! Pouco antes, na mesma peça (Ato II, Cena 3), Cássio lamentava, se bem que de forma exagerada, que estava ferido e sem possibilidade de cura pois teria perdido sua reputação, à qual dava importância maior que a de seu corpo: “Reputação, ó reputação. Oh! Perdi a reputação, perdi a parte imortal de mim próprio, só me tendo restado a bestial. Minha reputação, Iago, minha reputação!” Para lhe confortar, Iago responde: “A reputação é um apêndice ocioso e enganador; obtido, muitas vezes, sem merecimento, e perdido sem nenhuma culpa.” Iago fala, naturalmente, com conhecimento de causa, pois ao longo da peça esmera-se em difamar os demais personagens, Otelo, Desdêmona e Cássio! Enfim, aquilo que se fala de uma pessoa (seja ela uma

pessoa natural ou uma pessoa jurídica) é, muitas vezes, mais significativo do que aquilo que se pode medir objetivamente, como o patrimônio. Como diz o povo, às vezes, mais importante que ter dinheiro é ter crédito!

Passemos a Ricardo II. No direito da propriedade industrial é comum falar-se do “aproveitamento parasitário” que, a rigor, é uma forma de usurpação dos esforços alheios sem que haja uma efetiva relação de concorrência entre os empresários. Assim como a parasita viceja graças aos esforços do hospedeiro, ou seja, valendo-se da energia e vitalidade de quem lhe supre os elementos que necessita para viver e se desenvolver, da mesma forma, o parasita empresarial vale-se dos investimentos alheios na criação e desenvolvimento de uma marca, de um “design” original, dos investimentos em controle de qualidade, publicidade e assistência pós-venda. O parasita estimula as suas próprias vendas, sem ter todos os custos em que o empresário inovador teve que incorrer.

Estamos, nesse ponto, repita-se, fora do âmbito clássico da concorrência desleal, pois o parasita lança um produto que não concorre diretamente com o produto original e de elevada reputação, mas deste utiliza diversas características, dessa forma “pegando carona” nos investimentos alheios. O parasitismo é um dos temas mais interessantes da propriedade industrial, pois de um lado existe a necessidade jurídica de se coibir o locupletamento (ou seja, o enriquecimento sem causa) e de proteger os investimentos do empresário inovador; e, de outro lado encontra-se o domínio público, a liberdade empresarial, uma vez que, como regra geral, onde não existe um direito de propriedade (ou seja, uma marca, patente ou desenho industrial registrado) deveria ser livre a utilização de quaisquer bens intelectuais. Esse conflito entre restrição e a liberdade de atuação recomenda que se analise cada caso diante

de suas particularidades, e não é banal tentar construir uma regra geral para a doutrina do aproveitamento parasitário.

Assim, por exemplo, há casos em que estamos diante de uma marca reconhecida que é protegida em determinado ramo suetuário de negócios (joias, alta costura, perfumes), e, posteriormente, aquela mesma expressão passa a ser utilizada por terceiro como marca para produtos populares e menos sofisticados (ferramentas manuais, confeitos, papel higiênico), ocorrendo um evidente inconformismo do dono da marca para artigos de luxo. Outra hipótese igualmente comum é a peça publicitária para vender determinados produtos ou serviços (refrigerantes, seguros), em que há um personagem que utiliza um produto afamado (dirigindo um carro esporte exclusivo) cuja marca pode ser percebida claramente, ou seja, um caso em que o anunciante do produto popular tenta “pegar carona” na reputação do fabricante dos produtos famosos.

Diante de tais situações, fala-se de aproveitamento parasitário e, portanto, de uso ilícito da marca ou de outras características do produto original, devido ao locupletamento do fabricante do novo produto que deseja beneficiar-se do poder de atração da marca mais antiga. Ademais, a conduta da empresa imitadora pode causar um dano relevante à empresa mais antiga, que tem que suportar a diluição do poder de atração e distintividade de sua marca (mais tradicional e sofisticada), como uma decorrência da convivência com os novos produtos, menos exclusivos.

Em *Ricardo II*, escrita em 1595, Shakespeare coloca na fala de um jardineiro (os criados sempre falam com mais desinibição e sinceridade!) a crítica ao parasitismo. Um criado e um jardineiro discutem sobre o destino do Rei, naquele ponto da peça já em evidente decadência (Ato III, Cena 4):

“(A rainha e as damas se retiram.)

(Entram o jardineiro e dois criados.)

JARDINEIRO — Olha aqueles damascos pendurados; vai amarrá-los. São como crianças turbulentas que os pais a dobrar forçam sob a opressão de seu pródigo peso. Põe estacas nos ramos mais descidos. Tu aí, faz ao jeito dos carrascos: decapita as vergônteas mais viçosas, as que se sobressaem na república. Em nosso Estado há uma bitola apenas. **Enquanto cuidais disso, eu tiro as ervas daninhas, que desviam, sem proveito, toda a seiva do solo, em prejuízo das flores benfazejas.**

PRIMEIRO CRIADO — Por que causa devemos observar, no âmbito estreito deste recinto, a lei, a forma e todas as proporções, mostrando, como exemplo digno de ser seguido, o nosso Estado de fundamentos firmes, quando é certo que nossa terra, esse jardim cercado pelo mar, está cheio de cizânias, suas flores mais belas se estiolam, asfixiadas, as árvores frutíferas carecentes de poda, arruinadas as sebes, os canteiros em desordem e as ervas boas cheias de lagartas?

JARDINEIRO — Cala-te! O causador de tal desordem da primavera já perdeu as folhas. As ervas más, que estavam protegidas por sua fronde extensa e que, tirando-lhe a seiva, pareciam sustentá-la, arrancadas já foram com as raízes por Bolingbroke; ao duque me refiro de Wiltshire, Bushy e Green.

PRIMEIRO CRIADO — Que estás dizendo? Morreram?

JARDINEIRO — Sim, morreram. Além disso, Bolingbroke apossou-se do monarca dissipador. **Que pena não ter este cultivado o país como o fazemos com o jardim. Na sazão apropriada fazemos incisão na casca, a pele das árvores frutíferas, por medo de que o excesso de seiva e sangue as deixe muito orgulhosas, vindo a se destruírem pela própria riqueza. Se ele houvesse feito assim com as pessoas ambiciosas e de influência, elas teriam tido vida bastante para dar os frutos do dever e ele enfim os gostaria. Suprimimos os ramos parasitas para que os produtivos viver**

possam. Tivesse ele feito isso, e não teria perdido o cetro em tal madraçaria.” (tradução de Carlos A. Nunes, disponível em www.ebooksbrasil.org/eLibris/ricardo2.html, nosso o grifo, acesso em 20.10.2016)

Percebe-se, assim, que em sua simplicidade o jardineiro salienta a perfeita analogia entre as plantas e a ociosidade (“madraçaria”) do Rei. Fiando-se em seu direito divino de reinar, o Rei não podou a ambição dos que o cercavam, e estes, em lugar de servirem para a glória do reinado, sugaram – tal como parasitas – a energia do trono, levando à sua ruína. Ricardo II, nessa analogia, é como a marca afamada, que, se não toma medidas enérgicas para coibir o aproveitamento parasitário por empresários que desejam “pegar carona” em sua reputação, finda por diluir-se e deixar de ser objeto de desejo dos consumidores. Assim como ocorreu com o Rei, confiar em um direito divino não é suficiente; para manter a majestade é necessário, com a mesma diligência com que um jardineiro que apara as ervas daninhas, que o dono da marca afamada esteja continuamente tomando medidas jurídicas contra os seus imitadores.

A repressão à concorrência desleal é a pedra fundamental do direito da propriedade industrial, e há diversas justificativas para que os investimentos de empresários diligentes recebam a proteção legal. Mas tratando-se de um ramo do Direito Privado, sem que o empresário inovador tome ele próprio as medidas necessárias para preservar seus direitos, inevitavelmente empresários desleais se aproveitarão de sua energia, talento e recursos, tal como as parasitas que destruíram o reinado de Ricardo II, na colorida analogia feita pelo jardineiro de Shakespeare.

-O-O-O-