

A concorrência desleal e a confusão entre produtos

CARLOS ALBERTO BITTAR
Doutor em Direito pela USP

SUMÁRIO

I — A CONCORRÊNCIA DESLEAL

1. *O princípio da livre concorrência*
2. *Preceitos que governam a concorrência: a teoria da concorrência desleal*
3. *Fundamento da teoria da concorrência desleal*
4. *Práticas que configuram concorrência desleal*
5. *Recepção da teoria nas legislações*
6. *Pressupostos para a caracterização da concorrência desleal*
7. *Tutela jurídica na concorrência desleal*

II — CONFUSÃO ENTRE PRODUTOS

8. *Noção e espécies de confusão*
9. *A confusão a respeito de marcas e modelos*
10. *A exigência de novidade da forma ou da marca*
11. *A confusão quanto a embalagens*
12. *Requisitos para o implemento da confusão*
13. *A particularização do problema na jurisprudência*
14. *Verificação em concreto*
15. *Síntese conclusiva*

I — A CONCORRÊNCIA DESLEAL

1. *O princípio da livre concorrência*

Desde que se põs o princípio da livre concorrência — inculpido até em textos de Constituições —, cada pessoa ou empresa pode instalar-se e desenvolver suas atividades negociais dentro de ampla liberdade, para a formação de sua clientela, abandonadas que foram as restrições impostas pelo sistema corporativo da Idade Média, como acentuam, dentre outros autores, TULLIO ASCARELLI (*Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*, trad., Barcelona, Bosch, 1970, pág. 158); PAUL ROUBIER (*Le Droit de la Propriété Industrielle*, Paris, Sirey, 1952, pág. 477); MÁRIO ROTONDI (*Diritto Industriale*, Padova, Cedam, 1965, pág. 461) e CARLOS ZAVALA RODRIGUEZ (*Publicidad Comercial: su Régimen Legal*, Buenos Aires, Depalma, 1947, pág. 377).

Ao Estado cabe, no mundo ocidental, evitar, quanto possível, interferência na liberdade de iniciativa das empresas — pedra de toque do desenvolvimento geral — salvo em áreas e em situações em que o interesse coletivo o exija, sob pena de sufocar a vontade particular, conforme assinalamos em nosso estudo “O Dirigismo Econômico e o Direito Contratual” (RT 526/20, em que apontamos as conseqüências do intervencionismo no plano contratual).

Admite-se que cada qual se esforce para atrair clientela, ou para conservá-la, ou mesmo, aumentá-la, de acordo com as suas necessidades, mas dentro dos meios normais de sua atividade (MARIO GHIRON: *Corso di Diritto Industriale*, Roma, 1935, págs. 16 e 30; AGOSTINO RAMELLA: *Trattato della proprietà industriale*, Milano, 1927, pág. 304; ZAVALA RODRIGUEZ: ob. cit. pág. 377).

Nesse campo, conforme se tem por pacífico na doutrina e sua jurisprudência, a oscilação da clientela é a regra, até porque se trata de fenômeno ligado à própria psicologia humana, não constituindo, por si só, qualquer ilícito.

Em verdade, é nesse sentido — e ao influxo das necessidades gerais e das próprias — que as empresas se acham autorizadas a valer-se de todos os meios leais possíveis para a expansão de seus mercados.

Assim é que a teoria da concorrência desleal — que impõe limites a essa liberdade — tem sido vista como escudo, e não como espada, consoante anota ZAVALA RODRIGUEZ, referindo-se a decisão da jurisprudência norte-americana, segundo a qual:

“The doctrine of unfair competition is a shield and not a sword” (ob. cit., pág. 378).

2. *Preceitos que governam a concorrência: a teoria da concorrência desleal*

Mas a concorrência deve manifestar-se à luz de preceitos de moral, que a governam, para a sua perfeita higidez.

Com efeito, domina o mundo negocial o princípio da honestidade, pressuposto necessário ao regime da livre concorrência, ao qual se associa o da lealdade ou correteza profissional, voltado especialmente para a concorrência. Esses princípios são as pilstras mestras na matéria. (v. PASTERIS: *La Correttezza nella Disciplina della Concorrenza Sleale*, Milano, Giuffrè, 1962; ASCARELLI: ob. cit., págs. 199 e segs.; ROTONDI: ob. cit., págs. 466 e segs. e 500; REMO FRANCESCHELLI: “Sulla concorrenza sleale”, in *Studi Reuniti*, Milano, Giuffrè, 1959, págs. 383 e segs.; LUIGI SORDELLI: *Problemi Giuridici della Pubblicità Commerciale*, Milano, Giuffrè, 1968, págs. 139 e 203 e segs. e *La Concorrenza Sleale*, Milano, Giuffrè, 1955, págs. 64 e segs. e 70 e segs.; CARLO SANTOGATE: *Concorrenza Sleale e Interessi Protetti*, Napoli, Jovene, págs. 2 e segs.; TITO RAVÀ: *Diritto Industriale*, Torino, Torinese, 1973, págs. 329 e segs.; WALDEMAR FERREIRA: *Instituições do Direito Comercial*, S. Paulo, Max Limonad, 1956, nº 2, pág. 333; e HERMANO DUVAL: *Concorrência Desleal*, S. Paulo, Saraiva, 1976, págs. 29 e segs., dentre inúmeros outros autores).

Mas o acirramento da concorrência, a estandardização dos produtos, a sofisticação dos mercados e a ânsia de negócios foram fazendo exsurgir determinadas ações, de cunho direto, que invadiam a esfera de direitos da concorrência, conforme acentuamos em nosso artigo "Concorrência desleal na publicidade: a denigração de concorrente" (in *Diário Legislativo IOB*, nº 845, de 27-5-80, pág. 799).

Dai, a construção da teoria da concorrência desleal, assentada sobre os pressupostos referidos, na Inglaterra, com o "Merchandise Marks Act", de 1877, estendendo-se, depois, a vários outros países.

Repousa essa teoria, basicamente, na necessidade de proteção dos direitos dos concorrentes, que uma ação contrária à moral ou à lei possa ferir.

De fato, conforme acentua LUIGI DI FRANCO:

"Il concetto giuridico di concorrenza sleale è per presupposto il fatto economico della concorrenza e più precisamente della libera concorrenza, della quale costituisce una deviazione turbatrice del senso morale che deve precedere ai rapporti dell'industria e del commercio, e la cui inosservanza assurge a fonte di illecito" (*Proprietà Industriale, Letteraria ed Artistica*, Milano, SEL, 1928, pág. 435).

Com isso, distinguem-se os atos de concorrência em leais e desleais — e por isso ilícitos — "con lo que" — escreve ASCARELLI:

"se quieren precisamente sancionar determinados actos de concurrencia y sancionarlos no porque sean actos de concurrencia, sino porque son "desleales", porque violan, puede decirse, las "reglas del juego" y precisamente en interés del funcionamiento de éste" (ob. cit., pág. 161).

Com efeito, determinadas ações, quando incorretas, imorais, ou contrárias às normas que imperam no comércio, podem refletir-se negativamente na esfera da concorrência, turbando-lhe seus direitos.

Podem surgir em atividades e procedimentos utilizados nos negócios, resultando em prejuízos morais ou patrimoniais a outros comerciantes, ou industriais, ou mesmo, aos consumidores.

Configuram abuso aos costumes do comércio ou da indústria, ou seja, forma especial de abuso de direito, a que CARVALHO DE MENDONÇA chama de "abuso de direito de livre concorrência", fundado em JOSSE RAND ("De l'esprit des droits", nº 172) (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Rio, Freitas Bastos, 1955, vol. I, pág. 308). Nesse sentido, é, aliás, a doutrina (v. POUILLET: "Traité des marques de fabrique", pág. 8) e a jurisprudência do direito comparado (v. Acórdão da Corte de Donai, França, em 2-10-62, in *Ann. prop. ind.*, 1964/58; Corte de Lyon, em 2-10-57, mesmo repertório, 1958/24.)

Ora, a lei não pode permitir a prosperação de tais práticas; daí por que, em todo o mundo, têm sido editadas normas para a repressão da concorrência desleal, envolvendo ações que obnubilam o processo normal de desenvolvimento dos negócios.

A doutrina tem considerado como de concorrência desleal, nas palavras de ZAVALA RODRIGUEZ:

“todo procedimiento de un concurrente dirigido a sustraer, en provecho propio, la clientela ajena sin empeñar la propia fuerza económica para contraponerla a la de su rival” (ob. cit., pág. 379).

Nesse sentido, PIERRE e FRANÇOIS GREFFE definem os contornos da figura, salientando:

“Il y a a concurrence déloyale dès lors qu'un commerçant commet, dans l'exercice et au bénéfice de son commerce, à l'encontre d'un autre commerçant, une activité similaire, un acte ou une faute susceptible de porter préjudice à ce dernier et cela dans le but de détourner sa clientèle” (*La Publicité et la Loi*, Paris, Litec, 1977, pág. 113), aliás na linha tradicional (v. EDOARDO BOSIO: *Trattato dei Marchi e Segni Distintivi di Fabbrica, della Contraffazione e della Concorrenza Sleale*, Torino, 1904, pág. 566).

Essas práticas — que se inserem sob a epígrafe de “concorrência desleal” — recebem, no entanto, denominações diversas na doutrina, chamando-as alguns autores de “concorrência ilícita” (BOZZINI: *La Concorrenza Illecita nei Trafici*, Milano, 1904 e PATRIARCA: *Concetto Fondamentale della Concorrenza Illecita*, Torino, 1915), enquanto outros reservam essa designação para as violações exsurcidas no curso de um contrato: deixando a expressão “concorrência desleal” para a violação extracontratual. Prevalece, no entanto, a sinonímia (LUIGI DI FRANCO: ob. cit., pág. 470; AGOSTINO RAMELLA: ob. cit., pág. 320; MARIO GHIRON: ob. cit., pág. 50; ROTONDI: ob. cit., pág. 474; ZAVALA RODRIGUEZ: ob. cit., pág. 379).

Deve-se, outrossim, apartar, como o faz ROUBIER, do contexto da concorrência desleal (concurrance déloyale), concorrência proibida (concurrance interdite), isto é, a configurada por meio de atos vedados na disciplina ética da atividade (ou profissão) (ob. cit., pág. 482 e 483), caracterizando-se por “un usage excessif de la liberté” (pág. 483).

A esse propósito, aliás, cumpre anotar que, em certos setores da atividade empresarial (ou profissional), os princípios citados têm sido cristalizados em normas de comportamento, impostos, a nível ético, aos profissionais do setor, como, por exemplo, na publicidade — em que existem normas éticas aprovadas nacional e internacionalmente — exatamente porque valiosa mola propulsora para a atomização negocial, em face de seu extraordinário poder de comunicação (v. a respeito: PIERRE ROBERT DUPERTIUS: *Le Droit d'Auteur dans le Domain de la Publicité Commerciale*, Lausanne, Nouvelle Bibliothèque de Droit et de Jurisprudence, 1964, págs. 10 e segs.; MAURIZIO FUSI: *I Contratti di Pubblicità*, Milano, Giuffrè, 1968, págs. 2 e 3; GUSTAVO GHIDINI: *Introduzione allo Studio della Pubblicità Commerciale*, Milano, Giuffrè, 1968, págs. 141 e segs.; JEAN CLAUDE DASTOT: *La Publicité: Stratégie de l'Entreprise*, Ver-

viers, Gerard & Cia., 1973, págs. 61 e segs.; BERNARD DE PLAS e HENRI VERDIER: *La Publicité*, Paris, Presses Universitaires, 1976, dentre outros).

3. *Fundamento da teoria da concorrência desleal*

Fixados os primeiros lineamentos da teoria da concorrência desleal, cumpre-nos procurar o seu fundamento.

Nesse passo, diferentes teorias têm procurado explicar a natureza do direito protegido, podendo centrar-se em duas posições principais e antagônicas: teoria do direito de propriedade e do direito da personalidade.

Defendem, dentre outros, a tese de que se cogita de amparo a direito de propriedade (e sobre clientela), VIVANTE e ZAVALA RODRIGUEZ: (ob. cit., pág. 309), aos quais se opõem RAMELLA (ob. cit., pág. 134); GHIRON (ob. cit., pág. 330) e DI FRANCO (ob. cit., pág. 462) que se definem pela proteção a direito da personalidade (ASCARELLI também se inclui dentre os subjetivistas: ob. cit., págs. 192 e 193).

Importante para o próprio entendimento de sua essência e pelas conseqüências práticas, a discussão leva-nos a inclinar-nos para a orientação segunda, em consonância, aliás, com a posição que temos a respeito dos direitos de personalidade, perfeitamente admissíveis para as pessoas jurídicas (v. o nosso artigo: "Os direitos da personalidade em face do projeto de Código Civil", in *Justitia*, nº 99, págs. 163 e segs.), como, por exemplo, os direitos ao nome, à honra e outros compatíveis.

Claro é que em sua extrinsecação podem alcançar bens materiais, sem, contudo, apartar-se do caráter exposto, inobstante as discussões que ainda existem a respeito.

Mas, em última análise, o fulcro desse direito se encontra na proteção devida a criações humanas, pelo respeito à sua personalidade, embora os reflexos patrimoniais lhe imprimam conotações *sui generis*, que inspiraram a identificação de categoria especial, denominada de "direitos intelectuais" (v. nosso *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, S. Paulo, RT, 1977, págs. 14 e segs.).

4. *Práticas que configuram concorrência desleal*

No conceito de "concorrência desleal" podem ingressar inúmeras práticas — que se perdem ao infinito, dentro da inesgotável gama de ações e procedimentos que a maquinação humana engendra (v. a respeito, RODRIGUEZ: ob. cit., págs. 390 e segs.; os GREFFE, ob. cit., pág. 113) — muitas delas já bem delineadas, tanto na doutrina, quanto na legislação e na jurisprudência, e também suscetíveis de configurar-se na publicidade, daí por que o interesse dos estudiosos desse campo (v. nosso artigo específico, já citado).

Assim, têm sido destacadas, na casuística da matéria, certas ações, que vêm sendo estratificadas em normas, como caracterizadoras de concorrência desleal, em virtude do grau de maturação alcançado a seu respeito, na vivência jurídica.

Mas, a doutrina, em esforço de classificação, tem proposto, ao longo dos tempos, a reunião dessas práticas em esquemas distintivos e sob ângulos diferentes, como DI FRANCO (ob. cit., pág. 444); RAMELLA (ob. e loc. cit.); GHIRON (ob. cit., v. I, apenso I, com extensa e minuciosa enumeração), e PUILLET (ob. cit.) (v. RODRIGUEZ: ob. cit., págs. 390 e 391; ROTONDI: ob. cit., págs. 488 e 489; ROUBIER: ob. cit., págs. 504 e segs.; dentre inúmeros outros autores).

Alguns escritores chegam a longas enumerações, outros preferem cingir-se à clássica divisão em atos contratuais e extracontratuais, sem, no entanto, exaurir-se a matéria, que, realmente, dado o seu caráter multifário, não comporta esquemas rígidos de classificação (ROUBIER, por exemplo, divide em quatro categorias os atos de concorrência desleal, a saber: os de confusão; os de denigração; os de desorganização interna do concorrente; e os de desorganização do mercado; ob. cit., pág. 504).

Dai por que as legislações se têm abtido de definir concorrência desleal, enunciando, apenas, fórmulas gerais, em convenções, códigos ou leis especiais, mas tipificando, de outro lado, para efeito penal — em virtude do rigor necessário nesse campo — as ações já classicamente admitidas como tal.

Assim, no caso concreto, é que se verificará a existência, ou não, de concorrência desleal, ante à situação discutida (v. PIERRE GREFFE: *Protection des Dessins et des Modèles*, Paris, Sirey, 1961, pág. 100).

5. *Recepção da teoria nas legislações*

A recepção da teoria da concorrência desleal nas legislações tem obedecido, pois, ao esquema enunciado.

Assim, alguns países têm normas especiais sobre a matéria, como a França, a Alemanha, a Áustria, a Itália, o Brasil; outros se apóiam em princípios gerais de direito, como a Inglaterra e os EUA; ou ainda, em normas gerais de códigos, para efeito de reparação de dano (coexistindo também essas regras com normas penais, como na França e no Brasil) v. a respeito: DI FRANCO: ob. cit., págs. 444 e segs.; ASCARELLI: ob. cit., págs. 28 e 158 e segs.; ROTONDI: ob. cit., pág. 482; GIUSEPPE AULETA e VITO MANGINI: *Marchio e Diritto d'Autore sulle Opere dell'Ingegno*, Bologna, Zanichelli, 1977, págs. 13 e segs.; ALAIN CASALONGA: *Traité Technique et Pratique des Brevets d'Invention*, Paris, Librairie Générale, 1949, págs. 5 e segs.; ROGER DE FOURÈS: *Le Droit et la Publicité*, Paris, J. Delmas, 1968, págs. 48 e segs.; os GREFFE: ob. cit., págs. 113 e segs.; LUIGI SORDELLI: *Problemi*, ob. cit., págs. 135 e segs.; GUSTAVO GHIDINI: págs. 81 e segs.; MARIO FABIANI: *Modelli e Disegni Industriali*, Padova, Cedam, 1975, págs. 2 e segs.; FRANCO BENUSSI: *La Tutela del Disegno Industriale*, Milano, Giuffrè, 1975, págs. 33 e segs.; MAURIZIO FUSI: *La Comunicazione Pubblicitaria nei suoi Aspetti Giuridici*, Milano, Giuffrè, 1970, págs. 37 e segs.; ZAVALA RODRIGUEZ: ob. cit., págs. 337 e segs.; ENZO ROPPO: "Una politica del diritto per la pubblicità commerciale", in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1974, LXXII, págs. 300, 308, 310, 311 e segs., em colaboração com BESSONE e ALPA; LUIGI MOSCO:

La Concorrenza Sleale, Napoli, Jovene, 1956, págs. 5 e segs.; e EMMA-NUELLE SELLA: *La Concorrenza Sleale*, Torino, Bocca, 1915, págs. 10 e segs.).

A relevância da problemática da concorrência desleal fez com que alcançasse a normatização, a nível internacional, na denominada "União de Paris" para a proteção da propriedade industrial (cujo texto inaugural data de 23-3-1833), em que encontra definição (art. 10). Também em acordos plurinacionais vêm sendo editadas normas inibidoras de práticas desleais, como no Tratado de Roma (da Comunidade Econômica Européia) — em que recebem conceituação (art. 85) — e no da CECA (art. 65).

No Direito brasileiro, devem, de início, ser acentuados os princípios fixados na Constituição federal para a ordem econômica, dentre os quais avultam os de a) harmonia entre as categorias de produção e b) a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado este pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros (art. 160, IV e V).

Na regulamentação jurídica da matéria, encontram-se normas no Código Penal (que prevê o crime de concorrência desleal), no Código da Propriedade Industrial (em que, ao lado do referido delito, inserem-se outros, inclusive com a atividade publicitária) e na lei denominada "antitruste" (Lei nº 4.137, de 10-9-62, em que se capitula, dentre outras figuras, a concorrência desleal por meio de exigência de exclusividade para publicidade, art. 2º, V, letra a).

No Código Penal foi definido o delito de concorrência desleal (art. 196 e § 1º), em cujo conceito se incluem práticas consistentes em: denigração do concorrente (publicidade difamatória ou divulgação de falsa informação sobre o concorrente); desvio de clientela; confusão entre estabelecimentos ou produtos; propaganda com falsa atribuição de mérito especialmente reconhecido (propaganda em que se insere prêmio ou distinção não obtidos); violação de segredo (com abuso de confiança), conforme a sistemática estabelecida pelo Dec.-Lei nº 7.903, de 27-8-45 (art. 178) (v. NELSON HUNGRIA: *Comentários ao Código Penal*, Rio, Forense, 1958, vol. VII, págs. 380 e segs.; MAGALHÃES NORONHA: "Concorrência desleal", Verbete in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 17, págs. 214 e segs.; JOÃO DA GAMA CERQUEIRA: *Tratado da Propriedade Industrial*, Rio, Forense, 1946, vol. II, tomo I, págs. 325 e segs. e vol. II, págs. 24 e segs).

As disposições dos arts. 169 e 180 do Decreto-Lei nº 7.903/45 (antigo Código da Propriedade Industrial) — que substituíram as dos arts. 187 e 196 do Código Penal — continuam em vigor, em face de texto expresso do atual Código da Propriedade Industrial (Lei nº 5.772, de 21-12-71: art. 128). Ressalva-se ao prejudicado o direito de ressarcimento por prejuízos causados em virtude de atos não capitulados, mas que caracterizem concorrência desleal e que firam a reputação ou os negócios alheios, ou criem confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais, ou entre produtos e artigos postos no comércio (Decreto-Lei nº 7.903/45: art. 178, parágrafo único) (v. também, sobre a matéria,

no Direito brasileiro, CARVALHO DE MENDONÇA: ob. cit., vol. V, págs. 235 e segs.; WALDEMAR FERREIRA: ob. cit., págs. 145 e segs. e 337 e segs.; JOÃO DA GAMA CERQUEIRA: *Privilégio de Invenção e Marcas de Fábrica e de Comércio*, S. Paulo, Livraria Acadêmica, 1931, págs. 9 e segs.; HERMANO DUVAL: ob. cit., págs. 389 e segs. e JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES: *Crimes contra a Propriedade Industrial*, S. Paulo, RT, 1980, págs. 2 e segs.).

6. Pressupostos para a caracterização da concorrência desleal

Por essas razões, na delimitação do campo de incidência da concorrência desleal, são fixados certos pressupostos, por doutrina e jurisprudência, para a identificação de sua existência em concreto (ASCARELLI: ob. cit., págs. 160 e segs.; ROTONDI: ob. cit., págs. 482 e segs.; ROUBIER: ob. cit., págs. 482 e segs.; RODRIGUEZ: ob. cit., págs. 381 e segs.).

São os seguintes os requisitos assentados na doutrina universal:

a) Desnecessidade de dolo ou fraude, bastando a culpa do agente.

O princípio, que se mostra coerente com a teoria geral da responsabilidade civil (de que alguns autores consideram modalidade especial a concorrência desleal, como ASCARELLI: ob. cit., pág. 160), é admitido universalmente (v. ROUBIER: ob. cit., pág. 500; DI FRANCO: ob. cit., págs. 451 e 452; RODRIGUEZ: ob. cit., pág. 381).

Assim tem decidido a jurisprudência do direito comparado, como na França (Corte de Cassação, em 27-2-51, in *Ann. Prop. Ind.*, 1951/30; *idem*, 11-6-56, no mesmo repertório, 1956/161) e na Itália (Cassação, 9-2-1934: *Foro Ital.*, 1934, n° 50; Cassação, 7-5-63: *Arch Resp. Civ.*, 1964/181; e 14-3-38, *Foro It.*, 1938/956).

b) Desnecessidade de verificação de dano em concreto.

Não se exige a concretização de dano: basta a possibilidade ou o perigo de sua superveniência.

Também aqui existe concordância na doutrina universal (ASCARELLI: ob. cit., pág. 164; ROTONDI: ob. cit., pág. 482; ROUBIER: ob. cit., pág. 507). Nesse passo, aliás, rompe-se com a teoria tradicional, em que se demanda a existência de dano.

O princípio foi posto pela jurisprudência, na França, estendendo-se depois a outros sistemas. Contenta-se com o perigo de dano (v. os GREFFE: ob. cit., pág. 114). Nesse sentido, têm decidido os tribunais europeus, considerando suficiente a demonstração do risco de dano (como o Trib. com. de Paris, em 25-7-68).

Objetiva a ação, *in casu*, a cessação dos atos de concorrência definidos como reprováveis.

c) Necessidade de existência de colisão de interesses, consubstanciada na identidade de negócio e no posicionamento em um mesmo âmbito territorial.

Para que haja o implemento da concorrência desleal, mister se faz que existam campos colidentes de interesses. Vale dizer: que os atos

ou procedimentos repreensíveis sejam praticados em função de concorrente, da mesma atividade negocial e em um mesmo âmbito territorial.

Assim, a diversidade de negócios ou de bases de atuação elide a configuração da concorrência desleal.

Também aqui têm a doutrina e a jurisprudência se mostrado concordes (ROUBIER: ob. cit., pág. 498; ROTONDI: ob. cit., pág. 480; ASCARELLI: ob. cit., pág. 181, em que cita várias hipóteses em que é impossível a colisão; RODRIGUEZ: ob. cit., págs. 394 e 395).

d) Necessidade de existência de clientela, mesmo em potencial, que se quer, indevidamente, captar.

Exige-se, ainda, para a caracterização de concorrência desleal, a existência de clientela, mesmo em potencial, aliás, objetivo precípua visado, no todo ou em parte, pelo agente.

Todo o direcionamento das ações, nesse campo, se volta para a clientela. É a disputa por sua captação que qualifica, pois, o ato como de concorrência desleal, quando por meios abusivos buscada.

Essa é a doutrina universal (ASCARELLI: ob. cit., págs. 175 e 200; RODRIGUEZ: ob. cit., pág. 394; ROTONDI: ob. cit., pág. 503; ROUBIER: ob. cit., pág. 502; SORDELLI: *Problemi*, ob. cit., págs. 138 e segs.).

e) Ato ou procedimento suscetível de repreensão.

O ato ou procedimento de concorrência deve descartar-se das práticas usuais dos negócios. Há que ser qualificado, por ausência ou desrespeito a preceitos de moral ou de direito, em função dos pressupostos enunciados.

Cumpra que se caracterize a deslealdade; que se trate de ato repreensível; que constitua abuso, na justificativa mesma da própria existência da teoria da concorrência desleal.

Doutrina e jurisprudência têm assentado esse pressuposto, de forma pacífica (ASCARELLI: ob. cit., pág. 208; ROUBIER: ob. cit., pág. 491; ROTONDI: ob. cit., pág. 474; os GREFFE: ob. cit., pág. 113).

7. Tutela jurídica na concorrência desleal

Na tutela dos direitos em questão, identificam-se vários e diferentes remédios, nas leis, na doutrina e na jurisprudência, desde medidas cautelares — inclusive busca e apreensão de material, como, por exemplo, no caso de contrafação — até ações de caráter inibitório, cumuladas, ou não, com indenização por perdas e danos (ASCARELLI: ob. cit., págs. 194 e segs. e 228 e segs.; ROUBIER: ob. cit., págs. 483 e segs.; ROTONDI: ob. cit., págs. 267 e segs.; FABIANI: ob. cit., págs. 87 e segs.; entre inúmeros outros autores).

Claro é que a especificação das medidas e a sua utilização dependem das nuances de cada caso e da estratégia que, na hipótese, se pretenda adotar.

Subsídios valiosos, para a definição em concreto, encontram-se na doutrina e na jurisprudência, especialmente do direito comparado, em que, pela vivência, a matéria já alcançou — como se verifica — grau maior de maturação.

II. A CONFUSÃO ENTRE PRODUTOS

8. *Noção e espécies de confusão*

Fixados, assim, os pressupostos da existência de concorrência desleal, cumpre-nos volver à sua casuística, reafirmando, de modo geral, a inexistência de fórmulas prontas ou arquétipos, à exceção de certas ações já suficientemente identificadas pela experiência jurídica e sancionadas por doutrina, legislação e jurisprudência.

E, nesse passo, deter-nos-emos na figura da confusão — que nos interessa no presente estudo — salientando, *ab initio*, que se pode verificar tanto em relação a estabelecimento (confusão entre estabelecimentos), quanto em relação a produtos (confusão entre produtos), ou seus componentes.

Caracteriza-se a confusão, em uma análise geral, por meio de práticas destinadas a impingir aos consumidores, em detrimento do concorrente visado, determinado produto, aproveitando-se da imagem do outro (seja de seu estabelecimento, seja do próprio produto). É, como as demais figuras, suscetível de configuração também por vários e diferentes expedientes, encontrando-se bem definida juridicamente em suas linhas básicas.

Com efeito, conforme anota ASCARELLI:

“La primera categoría de actos de concurrencia desleal, que podemos definir, por tanto, como la de los actos de confusión (talvez o la primera cuya atención se impuso y cuyos confines se hallan ciertamente mejor delimitados)...”

São os atos de concorrência:

“cuyas modalidades violen el interés a la diferenciación entre los concurrentes”, ou “actos que conciernen a la desviación de la clientela de un concurrente determinado” (ob. cit., pág. 203).

E, adiante, acrescenta:

“Son estos los actos idóneos (y también bajo este aspecto nos encontramos con aquella noción de idoneidad que podrá ser constatada, en el caso concreto, recurriendo a máximos de experiencia) para crear una confusión con los productos, la empresa, los locales y, más generalmente, la actividad de otro empresario, incluso con independencia de una confusión entre los correspondientes signos distintivos” (págs. 203 e 204).

9. *A confusão a respeito de marcas e modelos*

Grassou a propósito, na doutrina, intensa discussão quanto à abrangência, no contexto dessa figura, de marcas e modelos patenteados.

Uma corrente sustentava que, como se tratava de matéria específica, regulada em lei própria, não se inseria nesse campo. A regulamentação em apartado já significava limitação de concorrência e de forma mais eficaz (RAMELLA: ob. cit., pág. 362).

Outra teoria, ao revés, entendia que, no âmbito de concorrência desleal, deveriam ingressar, indistintamente, todos os atos de competência, a saber, todos os que respeitem a modelo, marca, patente, nome comercial e outros (DI FRANCO: ob. cit., pág. 438; GHIRON: ob. cit., pág. 88; RODRIGUEZ: ob. cit., págs. 383 e segs.).

Com isso, admitiu-se que, conforme a hipótese, nos dois campos a matéria poderia abarcar-se; como, por exemplo, na violação de marca feita para estabelecer-se confusão.

A doutrina acabou por sufragar a última posição, sendo ora pacífica a questão (v. dentre outros autores: ROTONDI: ob. cit., pág. 453; GHIRON: ob. cit., II, pág. 105; RAMELLA: ob. cit., pág. 506; ASCARELLI: ob. cit., pág. 514; ROUBIER: ob. cit., pág. 506; CARLO CHRISTOFARO: *Trattato del Diritto di Autore e d'Inventore*, Torino, Bocca, 1931, págs. 497 e segs. — que especifica outros meios — e FABIANI: *Modelli*, ob. cit., págs. 87 e segs.).

Acentua ASCARELLI que:

“Acto de concurrencia desleal por ser idóneo a crear confusión será, así, no solo el uso de nombres, siglas, etiquetas, signos y cualquier otro elemento que sirva para identificar el producto y que provoque una confusión entre productos o actividades, sino el recurso a palabras, slogans o dibujos publicitarios... cuya identidad o semejanza se traduzca en una posibilidad de confusión de productos o actividades...”

E adiante:

“Acto de concurrencia desleal será una disposición de escaparates, una presentación de locales y una presentación de recipientes de productos, de tal naturaleza que puedan engendrar confusión”, com base na jurisprudência (Torino, 25-4-1919; *Riv. Dir. Comm.*, 1919, II/572; Milano, 18-2-51, *Riv. Dir. Ind.*, 1952, III/66; Como, 5-3-52, *Giun. It.*, 1952, I, 2/385) (ob. cit., pág. 205).

A propósito dessa figura, salienta ROUBIER que se explicita por todos os meios que tenham por objeto “d’usurper la place qu’occupe une maison rivale dans la confiance du public et, à la faveur de procédés hypocrites et perfides, d’essayer de dériver la clientèle à son profit”.

Refere-se, então, a “tous les moyens qui tendent à une confusion entre les établissements eux-mêmes, qu’il s’agisse d’ailleurs d’un nom patronymique ou d’une raison commerciale; ceux qui tendent à créer une confusion entre les producteurs d’un pays à appellation d’origine par l’emploi du nom de ce lieu de production, alors qu’une telle désignation est fausse; ceux encore qui tendent à créer une confusion

par la similitude des enseignes ou des devantures extérieures des boutiques” (ob. cit., pág. 505) e também “les moyens qui tendent à établir une confusion entre les produits par l’imitation des signes distinctifs, comme les marques” (pág. 506).

Verifica-se, pois, que a confusão pode perpetrar-se por formas várias, inclusive mediante a contrafação de formas de produtos, ou a usurpação de características de sua identificação (DI FRANCO: ob. cit., pág. 474), exigindo-se, no entanto, absorção substancial de seus elementos essenciais.

10. *A exigência de novidade da forma ou da marca*

A esse propósito, cumpre assentar-se, de início, que a forma do produto, ou da marca, deve ser nova, não necessariamente brevetada.

Novidade e utilidade são seus requisitos essenciais, consoante doutrina, jurisprudência e legislação, em todo o mundo (v. dentre outros textos: MARIO ARE: *L’Oggetto del Diritto di Autore*, Milano, Giuffrè, 1963, págs. 52 e segs.; PIOLA CASELLI: *Trattato del Diritto di Autore*, Torino, Turinese, 1927, pág. 96; ALAIN CASALONGA: ob. cit., págs. 34 e segs.; MAURIZIO AMMENDOLA: *Invenzione, Marchio, Opera dell’Ingegno*, Milano, Giuffrè, 1977, pág. 26 e entre nós, GAMA CERQUEIRA: *Privilégio*, ob. cit., pág. 128 e *Tratado*, ob. cit., I, págs. 88 e segs.).

DI FRANCO resume o entendimento geral:

“La novità va distinta in *intrinseca* ed *estrinseca*. La prima può anche essere disegnata col nome di priorità ed originalità. Tale requisito importa che l’invenzione non sia già acquista in alcun modo al patrimonio di un precedente inventore o addirittura del convivere sociale. E, più che condizione legale di brevettabilità, è condizione essenziale di esistenza dell’invenzione” (ob. cit., pág. 49).

E adiante:

“L’altro requisito della *novità estrinseca*, richiesto dalla legge per la tutela dell’invenzione, importa che essa, pure essendo originale, non sia stata resa già prima di domandare la privativa.”

“Per un’esatta interpretazione del criterio di notorietà bisogna aver riguardo ancora una volta al precipuo della singolare tutela dell’invenzione industriale, che se esplica in considerazione del vantaggio, od utilità, con essa apportato al convivere sociale. Se questa utilità è già acquista, sia pure accidentalmente alla società civile, l’autore non potrà più rivendicare la privativa” (ob. cit., pág. 50).

11. *A confusão quanto a embalagens e rótulos*

Essas mesmas condições e requisitos são requeridos também para a embalagem, que, no direito comparado, pode ser registrada como

modelo de utilidade (v. entre outros: FUSI: ob. cit., pág. 69) ou marca (na jurisprudência italiana: Corte de Milão. 6-12-63; *Riv. Dir. Ind.*, 1964, II/94; Milão, 19-1-1961, *Riv. Dir. Ind.*, 1961, II/92).

Cumpra esteja presente o requisito da novidade: a embalagem deve conter elementos distintivos próprios, como disposição, cor e função individualizadora (v. REMO FRANCESCHELLI: *Trattato*, cit., I, pág. 490 e "Contenuto e limiti del Diritto Industriale", in *Riv. Dir. Ind.*, 1952, I/9; BONASI BENUCCI: ob. cit., págs. 95 e 107; PAOLO GRECO: *I Diritti sui Bene Immateriali*, Torino, pág. 80).

Assim também entende a jurisprudência (v. Corte de Milão: 21-5-51, *Riv. Dir. Ind.*, 1953, II/12; Milão, 9-5-52, *Riv. Dir. Ind.*, 1953, II/10; Torino, 27-6-64, *Foro It.*, 1964, I/1471; Cassação, 2-10-58, *Riv. Dir. Ind.*, 1958/190; Torino, 10-11-58, *Riv. Dir. Ind.*, 1958/228, dentre inúmeras outras decisões).

Deve tratar-se, para efeito de caracterização da confusão, de imitação servil (FUSI: ob. cit., pág. 71, dentre inúmeros outros textos).

12. Requisitos para o implemento da confusão

Requisitos para o implemento da confusão também assentados por intenso labor doutrinário e jurisprudencial são:

a) Necessidade de preexistência de produto concorrente.

Com efeito, a ação tendente à confusão deve embasar-se em outro produto existente e de concorrente, com o qual objetive a assemelhação, na indução do público a consumo, pelo aproveitamento indevido, seja do nome, seja da qualidade, seja da imagem de que desfrute no mercado o seu titular, ou o próprio produto.

Nesse passo, deve-se descartar, para a existência da figura, o registro. Ao revés, tem-se como amparado mesmo o produto não brevetado (SORDELLI: *Problemi*, ob. cit., pág. 142; AULETA e MANGINI: ob. cit., pág. 112).

Pacífico é esse entendimento em doutrina e jurisprudência, que dispersa colação.

b) Existência de imitação servil do produto.

Em sentido técnico restrito, conforme RONDI, imitação servil é:

"la pedissequa e talora meccanica riproduzione del prodotto altrui, independentemente dalla violazione di diritti di privativa".

Mas também assim se entende a:

"imitazione delle caratteristiche esteriori del prodotto che può essere, per universale riconoscimento, atto di concorrenza sleale, como diremo, inquanto idoneo a creare confusione tra i prodotti concorrenti" (ob. e local ult. cit.).

Realça ASCARELLI, após caracterizar a figura da imitação servil, que:

“solo puede ser reprimida si constituye un medio de confusión entre los productos y, por tanto, si se da esta posibilidad de confusión”,

rematando que:

“esta la tesis jurisprudencial dominante” (refere-se às decisões de: Corte de Milano, 10-12-46, *Riv. Dir. Comm.*, 1947, II/14; Milano, 5-2-56, *Riv. Dir. Comm.*, 1957, II/318; Cassação, 5-6-48, *Foro Pal.*, 1948, I/609) (ob. cit., pág. 208).

De fato, deve-se tratar de plena assemelhação ou identificação absoluta de forma dos dois produtos. Deve a imitação assumir a mesma dimensão e a mesma disposição do produto concorrente.

Cumprido, pois, que o expediente repreensível seja hábil para estabelecer confusão entre os produtos. Deve constituir, como assinala RORONDI: “mezzo idoneo a determinare confusione tra i prodotti concorrenti” (ob. cit., pág. 498).

Nesse sentido, entre nós, realça WALDEMAR FERREIRA — referindo-se a marcas — que, para que se caracterize a imitação, é necessário que uma, em relação a outra, “mantenha tal semelhança ou contenha tantos de seus elementos, que facilmente se confunda uma com a outra” (ob. cit., pág. 337). Na mesma diretriz se manifesta GAMA CERQUEIRA (*Tratado*, Vol. II, tomo II, págs. 393 e segs.).

Assim tem entendido a doutrina universal (GREFFE: *Protection*, cit., pág. 123; RORONDI: ob. cit., págs. 498 e 499; FUSI: *La Comunicazione*, cit., pág. 78). Deve a imitação versar sobre parte essencial do produto, como enfatizam FABIANI (*Disegni*, cit., pág. 88), e os GREFFE: (ob. cit., pág. 114).

Jurisprudência torrencial e pacífica tem sufragado o princípio, como na França (Corte de Lyon, 31-3-43; *Gaz. Pal.*, 1943, I/282; Paris, 6-6-39, *Gaz. Pal.*, 1939, II/359; Strasbourg, 29-10-24, *Gaz. Pal.*, 1924, I/11; Seine, 14-2-1948, *Ann. Prop. Ind.*, 1957/91; Limoges, 13-7-61, “D”, 1963/322; Nice, 16-2-48, *Ann. Prop. Ind.*, 1948; Paris, 15-3-67, *Ann. Prop. Ind.*, 1967/222; Paris, 17-2-71, *Ann. Prop. Ind.*, 1971/208, dentre inúmeras outras decisões) e na Itália (Milão, 16-5-57, in *Riv. D. Ind.*, 1958, II/156).

Apartam-se desse contexto as pequenas semelhanças, que escapam, pois, ao rigor da teoria da concorrência desleal.

Também não se cogita dessa figura, se se trata de forma de uso generalizado na concorrência.

Assim acentua ASCARELLI:

“Por eso se niega la posibilidad de la (ilícita) imitación servir ante aquellas formas que el uso comun ha convertido en generales o que conciernen al propio producto por su com-

posición o su función, admitiendo su posibilidad solo frente a formas originales y, en cuanto tales, diferenciadas, precisamente por el peligro de confusión; esta posibilidad de confusión es lo que constituye la frente de la deslealtad" (ob. cit., pág. 209).

Nesse sentido tem a jurisprudência decidido: (Paris: 9-10-54; *Ann. Prop. Ind.*, 1954/220; Paris: 19-1-62, *Ann. Prop. Ind.*, 1963/92; Milano: 5-2-53, *Riv. Dir. Ind.*, 1953, II/24 e Cassação: 7-6-43, *Foro It.*, 1944, 46, I/156).

Expressivo é o texto de acórdão da jurisprudência italiana (Tribunal de Milão, de 16-5-1957, in *Riv. Dir. Ind.*, 1958, II/156 e segs.), que resume o entendimento a respeito:

"L'imitazione servile di un prodotto può essere considerata illecita soltanto quando viola il diritto nascente da una privativa o quando viola il divieto di porre in essere confusione tra prodotti originali o loro imitazione e con fini fraudolentamente diretti a generare tale confusione ed o sviare la clientela altrui."

"Non si ha confusioni tra prodotti di cui l'uno è l'imitazione dell'altro nella forma e nei colori, quando ciascuno porta il proprio marchio."

c) Suscetibilidade de estabelecer-se confusão.

Para que haja a figura em questão, outro pré-requisito fundamental é o da suscetibilidade de estabelecer-se confusão entre os produtos.

Exige-se que a ação ou expediente, ou o seu resultado, sejam idôneos para a desorientação dos consumidores. Deve tratar-se, pois, de ação (procedimento ou forma) que faça com que o produto se mostre ao consumidor médio como se fora o do concorrente.

A confundibilidade é requerida, de modo unânime, pela doutrina universal (FUSI: *La Comunicazione*, cit., pág. 78). Trata-se de condição necessária para a ação de concorrência (ROTONDI: ob. cit., págs. 454 e 455; ASCARELLI: ob. cit., págs. 187, 387; SORDELLI: *Concorrenza*, pág. 90 e *Problemi*, págs. 144 e segs.; e os GREFFE: ob. cit., pág. 120).

Assim tem decidido, no direito comparado, a jurisprudência, e de modo tranqüilo, como na França (Dunkerque: 3-6-1957, "D" 1957/138; Limoges: 13-7-61. D. 1963/322; Paris: 17-2-71, *Ann. Prop. Ind.*, 1971/208; Paris: 8-10-56, *Ann. Prop. Ind.*, 1958/59) e na Itália (Cassação: 4-4-70, *Giur. Ital.*, 1970, I, I/1175; 3-10-68; *Foro It.*, 1968, nº 3073; 24-4-39: *Foro It.*, 1939, I/807; 12-4-37, *Foro It.*, 1937, I/656, dentre inúmeras outras decisões).

Desse modo, não se cogita de concorrência desleal se não hábil a ação, o meio, o procedimento ou a forma adotada, como tem a jurisprudência assentado (v. Corte de Lyon: 2-7-61: D. 1962/79; Paris: 3-6-65: *Ann. Prop. Ind.* 1966/78; Paris: 13-11-70, *Ann. Prop. Ind.*, 1970/243).

Assim também tem sido a matéria tratada, entre nós, na doutrina (NELSON HUNGRIA, ob. cit., pág. 380; W. FERREIRA, parecer in RT 319/33).

Para o implemento de confusão, é de lembrar-se a necessidade da demonstração de culpa do agente.

Cumpre, por fim, assinalar que se descarta da incidência a mera tentativa (GREFFE: ob. cit., pág. 104).

13. *A particularização do problema na jurisprudência*

A jurisprudência tem sufragado as teses apontadas, tanto no exterior, como no Brasil.

A título de exemplificação, tomemos, de início alguns julgados no direito comparado:

Assim é que a jurisprudência francesa tem reconhecido a existência de imitação servil, na apresentação semelhante e com metragem idêntica (Corte de Lyon, de 31-3-43; *Gaz. Pal.*, 1943, I/282).

Também com embalagens de café, que, em seu conjunto, coincidem em elementos essenciais — confundindo o comprador menos avisado —, a resposta foi positiva (Corte de Paris, 6-6-39; *Gaz. Pal.*, 1939, II/359).

Com etiquetas, de dimensões e disposições idênticas, e que faziam com que as embalagens se confundissem, foi também reconhecida a figura em questão (Corte de Seine, 14-1-48, *Ann. Prop. Ind.*, 1957/91).

Assentou-se, em outro julgado, que, se da ação imitadora resulta apresentação idêntica, a confusão fica caracterizada (Limoges, 13-7-61, "D". 1963/322).

Na mesma linha, estabeleceu-se que, na fabricação de material idêntico, com reprodução servil — onde coincidem os traços e dados — está presente a ação punível (Paris, 15-3-67, *Ann. Prop. Ind.*, 1967/222).

Da mesma forma foi a resposta quanto a cópia servil de aparelho que leve o consumidor a confusão (Paris, 17-2-71, *Ann. Prop. Ind.*, 1971/208) e quanto a embalagem de biscoitos, em que se verificou imitação bem próxima (Paris: 3-6-65; *Ann. Prop. Ind.*, 1966, 78).

Na jurisprudência italiana, a tônica é também a presença, na configuração do instituto da confundibilidade, quanto à forma do produto, à etiqueta, e a marca, que o exame à primeira vista deve detetar (Milano: 27-6-52, *Riv. Dir. Ind.*, 1983, II/11; Milano: 22-3-57, *Riv. Dir. Ind.*, 1957, II/139), e verificar no conjunto e não em um elemento singular (Milano: 3-6-55, *Riv. Prop. Intell.*, 1955/73; Bologna: 8-5-53, *Riv. Dir. Ind.*, 1983, II/170).

Na jurisprudência nacional — em que as discussões se têm dado mais no campo de marcas e patentes — existem já certas orientações assentadas e indiscrepantes da doutrina geral exposta.

Encontram-se, assim, diferentes julgados reconhecendo a concorrência desleal, principalmente, em ato de estabelecimento posterior à venda de negócio a terceiro, problema que se tem apresentado mais à discussão (RT 132/253; 113/641; 94/513; 110/174; 193/874; 207/238; 203/319; 248/184; 307/205; 320/534; 420/152; 421/204; e RF 210/189; 167/237; 157/190; 181/280). Também em atos de improbidade (RT 184/914) ficou reconhecida a figura.

A jurisprudência tem, na configuração da concorrência desleal, partido da premissa da confusão, desde os primeiros julgados (RT 3/411; 12/65; 46/326; 47/178) aos mais recentes (RT 393/155; 400/179; 417/158; e RF 106/290; 148/412; 182/217).

Além disso, em várias decisões, resolveu a questão da imitação, delineando os seus contornos, à luz dos princípios expostos (RT 150/59; 184/114; 201/564).

Sobressaem-se os casos de contrafação de marca (RT 8/93; 41/153; 58/98; 89/260; 83/116; 107/305; 132/619; 141/90; 369/164) e também de confusão (especialmente RT 328/176; 354/198).

Tem ainda havido discussões, com resposta positiva, quanto a denominação (RT 25/469; 49/458; 54/134; 179/183; 437/87; 480/211); a expressões e insígnias (RT 188/545); a formas com dizeres semelhantes (RT 417/158); a características iguais (RT 393/155) e mesmo quanto a sigla não registrada (RT 266/470) e a marca sem requisito de veracidade (RT 400/179), definindo-se, inclusive, as suas diferenças com relação ao estelionato (RT 428/338).

Reconheceu-se, outrossim, que não há falar em concorrência desleal se o agente luta com suas próprias forças e licitamente (RF 208/287).

Por fim, e ainda na linha da orientação enunciada, têm os nossos tribunais descaracterizado a concorrência desleal, quando inexistente confusão ou esta é impossível (RT 204/412); e quando se trata de nome genérico (RT 200/659; RT 115/319) ou vulgar (RT 115/319) ou de uso comum (RT 134/94).

Também inexistente a figura se os artigos são de classes diferentes (RF 68/65), ou diversas as atividades (RF 145/430 e RT 394/181), como na utilização de nome de cantina para estabelecimento de doce (RT 352/292).

14. *Verificação em concreto*

A verificação da existência, ou não, da figura em debate é feita, no caso concreto, pela comparação entre os produtos, ou componentes, e sempre à luz dos princípios expostos.

A atuação de "experts" definirá, na prática, os elementos de semelhança, ou dissemelhança, existentes, para o equacionamento da questão, devendo inclusive, em seu desate, fazer-se pesquisas e colher-se impressões de consumidores, para que, ao lado de apontamentos técni-

cos, sejam tomadas observações dos próprios destinatários dos produtos, eis que o grau de semelhança deve ser tal que induza, de pronto, o comprador à confusão.

Com efeito, a possibilidade de confusão deve existir à primeira vista; isto é, deve ser suscetível de estabelecer-se de imediato, induzindo o homem comum a inclinar-se para o produto (ou estabelecimento) concorrente.

Fora dos limites expostos, inexistirá a figura em tela, mesmo que presentes pequenos pontos de coincidência, possíveis de ocorrência dentro do infinito universo de ideias e de realizações que formam o acervo cultural comum da humanidade...

15. *Síntese conclusiva*

O princípio da livre concorrência, que governa a atividade empresarial, encontra balizas em preceitos de moral, exigidos, mesmo em textos expressos, para a perfeita higidez de seu desenvolvimento, em que avultam a honestidade e a lealdade.

Determinadas ações exurgiram, no entanto, face ao acirramento da concorrência, que, invadindo a esfera de direitos de terceiros, com prejuízos ou riscos, propiciaram a formação, para a sua proteção, da teoria da concorrência desleal, fundada no reconhecimento de direitos da personalidade (ou, mesmo, conforme outros, de propriedade).

Detetaram-se certas práticas que configuravam concorrência desleal, algumas das quais receberam tratamento legislativo expresso, inclusive sob o aspecto penal.

Pressupostos gerais para a existência de concorrência desleal — que merece ampla tutela jurídica — foram enunciados e sedimentados por doutrina e jurisprudência e ora se aceitam pacificamente, a saber: a ocorrência de simples culpa; a desnecessidade de verificação concreta de dano; e a identidade de interesses quanto ao negócio e à sua localização.

Dentre as figuras de concorrência desleal se encontra a da confusão, que pode ser entre produtos, e entre estabelecimentos, alcançando, na prática, também marcas, modelos e embalagens, desde que presente a novidade de forma.

Doutrina e jurisprudência definiram seus requisitos, a saber: preexistência do produto (ou estabelecimento); imitação servil; e suscetibilidade de estabelecer-se confusão, em concreto, tendo essa problemática sido versada em diferentes decisões de tribunais do exterior e nacionais, em que se vêm observando os pressupostos enumerados.

A verificação de existência, ou não, de confusão deve ser feita no caso concreto, à luz dos princípios expostos, e mediante a atuação de expertos, que, por meio de pesquisas e observações dos próprios consumidores, poderão definir a questão, lembrando-se que a identificação deve ser suscetível de ocorrência à primeira vista, não se perfazendo pela simples constatação de pequenos pontos de contato.