

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

MICHELE SPIES

**A PROTEÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO RIO GRANDE DO SUL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2016

MICHELE SPIES

**A PROTEÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO RIO GRANDE DO SUL.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Rosmeri Radke Cancian

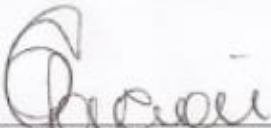
Santa Rosa
2016

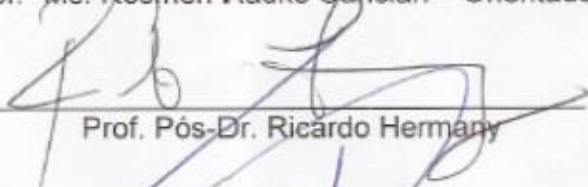
MICHELE SPIES

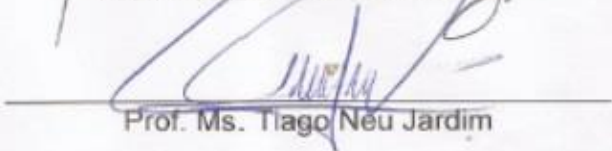
**A PROTEÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA A
PARTIR DAS LEIS 9.279/1996 E 12.529/2011
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora


Prof.^a Ms. Rosmeri Radke Cancian – Orientadora


Prof. Pós-Dr. Ricardo Hermany


Prof. Ms. Tiago Neu Jardim

Santa Rosa, 02 de dezembro de 2016.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho á minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida e por permitir chegar até aqui. Agradeço especialmente a meus pais por todo apoio e dedicação durante toda a jornada acadêmica. Da mesma forma, agradeço a professora orientadora deste trabalho Rosmeri Radke Cancian por toda dedicação, assim como todos os professores que fizeram parte desta caminhada. Por fim, agradeço á todos aqueles que, de alguma forma fizeram parte e torceram para que eu chegasse até aqui.

Desejo que você não tenha medo da vida
tenha medo de não vivê-la”.

Não há céu sem tempestades, nem
caminhos sem acidentes.

Só é digno do pódio quem usa as derrotas
para alcança-lo.

Só é digno da sabedoria quem usa as
lágrimas para irriga-la.

Os frágeis usam a força, os fortes, a
inteligência.

Seja um sonhador, mas una seus sonhos
com disciplina, pois sonhos sem disciplina
produzem pessoas frustradas.

Seja um debatedor de ideias. Lute pelo
que você ama.

Augusto Cury

RESUMO

Este trabalho monográfico focalizará a proteção da ordem econômica e a defesa da concorrência, mais especificamente sobre a repressão das práticas infracionais e concorrências ilícitas. O problema que se busca responder com a pesquisa é a interrogação a respeito da intervenção do Estado, no sentido de regulamentar a ordem econômica e a concorrência através da legislação e da atuação do Poder Judiciário, ou seja, se tal intervenção oferece mecanismos para coibir práticas infracionais e concorrenciais ilícitas? O objetivo geral do trabalho é analisar os dispositivos da Lei nº 9.279/1996 e da Lei nº 12.529/2011, a fim de compreender como funcionam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, na esfera administrativa, e o posicionamento do Poder Judiciário para coibir práticas ilegais. A escolha do presente tema deu-se em razão do importante papel do Estado como interventor na ordem econômica por meio da legislação e da atuação do Poder Judiciário. Para atingir os objetivos propostos se realiza uma pesquisa de cunho teórico, com base na doutrina e legislação, e empírico, a medida que se analisa decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A pesquisa tem cunho bibliográfico, com a utilização de doutrinas e legislação, assim como documental, por tratar da jurisprudência. O método utilizado é o dedutivo, que busca investigar o tema e elucidar a questão problema proposta. O presente estudo foi dividido em capítulos, sendo que no primeiro é realizada uma breve análise sobre a evolução histórica da ordem econômica brasileira, dos princípios orientadores, e da intervenção do Estado na ordem econômica. No segundo capítulo, aprofunda-se a análise das modalidades de infrações da ordem econômica e da concorrência desleal, trata-se da legislação que reprime essas infrações e a concorrência desleal. Já no terceiro capítulo, aborda-se a Estrutura Administrativa do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a esfera administrativa, sua atuação, tanto preventiva quanto repressiva, no combate das condutas ilícitas que possa prejudicar o mercado. Por fim realiza-se a análise de algumas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que tratem das infrações à ordem econômica e da concorrência desleal. Conclui-se ao final que, diante da doutrina analisada e das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul o Estado oferece mecanismos para coibir as condutas abusivas, no entanto, nem todos os casos chegam ao conhecimento das autoridades competentes, e dos que efetivamente são processadas, muitos carecem de suficiência de provas, o que acaba por dificultar a responsabilização dos autores dessas condutas ilícitas.

Palavras-chave: infrações à ordem econômica – concorrência desleal – intervenção estatal – repressão.

ABSTRACT

This monographic paper will focus on economic order's protection and competition's defense, more precisely about the repression of offensive practices and illicit competitions. The problem it seeks to answer with the research is the interrogation about State's intervention, in the sense of regulate economical order and competition through legislation and Judiciary Power's acting, in other words, if does that intervention offer mechanisms to restrain offensive practices and illicit competitions? The paper's general objective is to analyze the devices of the Law number 9.279/1996 and the Law number 12.529/2011, to comprehend how the Brazilian System of Competition's Defense works, at administrative sphere, and the Judiciary Power's positioning to restrain illegal practices. The present theme's choice occurred because of the State's important role as intervener in economical order through legislation and Judiciary Power's acting. To achieve the purposed objectives it is realized a theoretical research, based on doctrine and legislation, and empirical, because it analyses decisions uttered by Rio Grande do Sul's Justice Court. The research has bibliographic nature, with use of doctrines and legislation, and also documental, because it treats about jurisprudence. The used method is the deductive, that seeks to investigate the theme and to elucidate the purposed problem question. The present study was divided in chapters, wherein the first one it is realized a brief analysis about the historical evolution of brazilian economical order, the guiding principles, and the State's intervention in economical order. At the second one, it deeps the analysis of modalities of economical order's infractions and disloyal competition, it treats about the legislation that represses these infractions and disloyal competition. At the third one, it approaches the Administrative Structure of the Brazilian System of Competition's Defense and the administrative sphere, its acting, preventive and repressive, in combat of illicit conducts able to prejudice the market. At end it is realized the analysis of some decisions uttered by Rio Grande do Sul's Justice Court, that treat about infractions against economical order and disloyal competition. It concludes at end that, from the analyzed doctrine and the decisions uttered by Rio Grande do Sul's Justice Court, the State offers mechanisms to restrain abusive conducts, however, not all cases come to the knowledge of the competent authorities, and the ones that are effectively processed, a lot lack of proof sufficiency, what complicates the liability of these illicit conducts' authors.

Keywords: infractions against economical order – disloyal competition – State's intervention – repression.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

p. - páginas

FEMA - Fundação Educacional Machado de Assis

TJ - Tribunal de Justiça

RS - Rio Grande do Sul

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF - Constituição Federal

LPI - Lei de Propriedade Intelectual

SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SEAE/MF - Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda

§ - parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA ...	14
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	14
1.2 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA ORDEM ECONÔMICA.....	19
1.3 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA.....	23
2 INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA E CONCORRÊNCIA DESLEAL	28
2.1 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA E DA CONCORRÊNCIA DESLEAL	29
2.2 A LEGISLAÇÃO E AS MODALIDADES DE INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA.....	32
2.3 AS LEIS QUE REPRIMEM A CONCORRÊNCIA DESLEAL.....	39
3 A ESTRUTURA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL DE DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA E DA CONCORRÊNCIA	45
3.1 A ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	46
3.2 DECISÕES DO TJ/RS SOBRE INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA	53
3.3 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL GAÚCHO QUE TRATA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL	57
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo estudar a proteção da ordem econômica e a defesa da concorrência. Delimita-se a tematicamente no sentido de analisar a repressão às práticas infracionais e concorrenciais ilícitas. Para tanto, investiga-se, fundamentado na doutrina e na legislação, as diversas formas de praticar a concorrência desleal e as infrações à ordem econômica, sob a ótica das Leis 12.529/2011 e 9.279/1996. Busca-se apurar como se verifica a repressão à essas práticas em esfera administrativa e judicial. Para tanto, aborda-se a estrutura e funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Para conhecer como ocorre a atuação do judiciário em casos sobre esse tema, realiza-se uma análise jurisprudencial a partir de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Desse modo, pretende-se responder, ao longo da pesquisa, a seguinte questão: A intervenção do Estado, no sentido de regulamentar a ordem econômica e a concorrência através da legislação e da atuação do Poder Judiciário, oferece mecanismos para coibir práticas infracionais e concorrenciais ilícitas?

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar as Leis 9.279/1996 e 12.529/2011, a fim de compreender a estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e o seu papel para coibir práticas ilegais. De forma mais específica, objetiva-se abordar a legislação pertinente, com foco nas infrações à ordem econômica e nas práticas concorrenciais ilícitas; estudar a doutrina referente ao tema, e, por fim, pesquisar decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ/RS, sobre infrações á ordem econômica e concorrência desleal.

A escolha do presente tema ocorre em razão de que no Brasil a atividade empresarial foi delegada para a iniciativa privada. No entanto, por se tratar de um país que apresenta forte desequilíbrio econômico, o Estado precisa intervir nessas relações, impondo regras e limites para a exploração empresarial, ou seja, regulamentar a concorrência e a ordem econômica.

A defesa da concorrência na sociedade contemporânea é uma exigência para

o desenvolvimento da economia. Através do controle da forte influência exercida pelo poder econômico dominante, com a formação de grandes corporações por meio de mutações empresariais e outras práticas incompatíveis com a existência da concorrência, se configura em um fator primordial ao crescimento econômico-social e de distribuição de riquezas.

A pesquisa é de cunho teórico e empírico, com base doutrinária, legal e jurisprudencial. Em relação à natureza, a abordagem da pesquisa é feita de modo qualitativo, que visa à compreensão do fenômeno. A geração de dados se dá a partir de documentação indireta, possui como base a bibliografia doutrinária e legislativa, com o intuito de fundamentar as informações possíveis sobre o assunto abordado, além de jurisprudencial, almejando entender como o TJ/RS se posiciona diante do tema. Para alcançar uma adequada organização, a análise e a interpretação dos dados da pesquisa é efetivada com a utilização do método hipotético-dedutivo que deriva das leis e teorias assim como procura testar e comprovar os fenômenos das hipóteses formuladas, a fim de solucionar o problema. Os métodos de procedimentos secundários tem a finalidade de auxiliar na explicação do fenômeno. Na presente pesquisa, os métodos de procedimentos utilizados são: o histórico, que se baseia retrospectiva cronológica do objeto pesquisado; e o comparativo, que confronta elementos pesquisados, considerando as características do objeto estudado.

O presente estudo estrutura-se em três capítulos: no primeiro capítulo, realiza-se uma breve análise sobre a evolução histórica da proteção da ordem econômica e defesa da concorrência no Brasil, além da abordagem dos princípios que norteiam a ordem econômica e permitem a intervenção do estado. No segundo capítulo, aprofunda-se a análise sobre a caracterização e conceito das infrações a ordem econômica e a concorrência desleal, partindo para o estudo específico da legislação. Por fim, no terceiro capítulo, tem-se a descrição da Estrutura Administrativa do Sistema Brasileiro de Concorrência e ainda a fim de averiguar o posicionamento jurisprudencial, referente às infrações a ordem econômica e a concorrência desleal, realizam-se análises de julgados, extraídos da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Conclui-se ao final que o Estado, embora delegue a atividade empresarial para a iniciativa privada, intervém, através da legislação, para coibir infrações, garantir a livre iniciativa e a livre concorrência entre os empresários. No entanto,

muitas vezes os atos infracionais não chegam ao conhecimento das autoridades competentes ou carecem de provas, o que pode dificultar a efetiva responsabilização dos infratores.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

O ser humano é naturalmente competitivo, característica que se acentua em um modo de produção capitalista, a ponto de o Estado precisar intervir nas relações privadas no sentido de garantir, pelo menos em tese, que as relações comerciais entre os particulares ocorram da forma mais equilibrada possível.

Essa intervenção ocorre através da legislação e da ação do poder judiciário e do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência para coibir práticas que contrariam as leis e os princípios orientadores da ordem econômica. Para a adequada contextualização do tema é importante que se conheça a sua evolução histórica, que permite a compreensão de seus aspectos mais relevantes. Por essa razão, nesse primeiro capítulo realiza-se uma breve análise histórica, seguida do estudo dos princípios orientadores da ordem econômica e da necessidade de intervenção do Estado para garantir a livre iniciativa e a concorrência.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A preocupação com as questões econômicas e concorrenciais não é recente, e nem exclusiva do Brasil. Ela tem abrangência mundial, especialmente em países capitalistas, que há mais de um século buscam regular essas relações.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 atribui à iniciativa privada a função de explorar atividades econômicas, o Estado somente poderá explorar tais atividades em ocasiões especiais, conforme previsto no artigo 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” (BRASIL, 1988).

O Estado, no entanto, não pode se abster de impor limites à liberdade concedida ao particular, no sentido de garantir oportunidade idêntica a todos, impedindo que o poder econômico de poucos se sobreponha de modo a impedir o acesso livre de todos os cidadãos, às atividades econômicas. Para isso precisa regular a liberdade de iniciativa e de concorrência, punindo práticas atentatórias à ordem econômica.

A livre concorrência é característica dos sistemas liberais, que propiciam aos consumidores maior liberdade de escolha quanto à qualidade e preços dos produtos

que irão consumir ou serviços que irão contratar. Paralelamente a essa liberdade, nasce a preocupação do Estado em regulamentar e impor limites à essa concorrência, no sentido de manter a ordem econômica e garantir a competitividade. Fernando Herren Aguillar faz referência à primeira lei antitruste:

A primeira lei antitruste contemporânea foi o Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade, de 1889, do Canadá. Sua origem está relacionada ao fracasso de uma política de protecionismo da indústria local, na tentativa de evitar que aquele país se tornasse um mero satélite da economia norte-americana. As barreiras tarifárias impostas pelo governo canadense a partir de 1879 visavam criar um centro industrial nas regiões de Ontário e Quebec. Mas a consequência principal dessas medidas foi a supressão da concorrência externa, que facilitou a prática de atos concorrenciais. Em 1888, uma comissão da Câmara dos Comuns encarregada de estudar o problema recomendou a introdução de uma legislação antitruste que foi votada e aprovada no ano subsequente. Essa legislação durou até 1986, quando entrou em vigor o Competition Act, com o objetivo de aumentar o controle sobre os atos de concentração e as condutas anticoncorrenciais. (AGUILLAR, 2009, p. 254).

Apesar de muitas instituições jurídicas se ocuparem com questões do Direito Econômico, durante o liberalismo econômico e político no Ocidente, a política econômica foi deixada de lado pelo Direito. Contudo, em 1980, o problema da livre concorrência, tendo como consequência o monopólio, fez com que o legislador norte-americano editasse a Lei Sherman Anti-Trust (SOUZA, 2003).

Dessa forma, surgiu nos Estados Unidos o texto legislativo mais conhecido e influente: o Sherman Act. Sua origem corresponde a um período de grande desenvolvimento da economia norte-americana que se iniciou por volta de 1870, com importantes inovações tecnológicas e fortalecimento da economia industrial (AGUILLAR, 2009).

A principal regra baseava-se em deixar que o particular realizasse a atividade econômica, sem uma atuação direta do Estado, e as crises decorrentes do mercado eram resolvidas pelo próprio mercado (SOUZA, 2003). Durante esse período os Estados Unidos, através da instituição dessa lei, tornou-se um importante centro de atração para imigrantes e investidores de todas as partes devido ao seu grande desenvolvimento produtivo (AGUILLAR, 2009).

Segundo Aguillar, “[...] no período inicial da aplicação da legislação antitruste, havia dúvida se a lei se aplicaria a cartéis de empresas capazes de fixar preços. Na verdade, a preocupação central da Lei de Sherman era a proteção do consumidor em face do excessivo poder econômico no mercado.” (AGUILLAR, 2009, p. 255).

Após esse período, ocorreu a sua interrupção pela decisão da Suprema Corte em 1911, quando surgiu a chamada *rule of reason*, ou chamada regra da razoabilidade. Com ela, passou a se levar em conta que algumas condutas, ainda que tenham escopo de restrição da concorrência, podem trazer efeitos benéficos ou ganhos de eficiência (AGUILLAR, 2009). O doutrinador Vicente Bagnoli ressalta que:

É suficiente ao direito antitruste se deter na “eficiência”, já que daí se presumemos benefícios da distribuição equitativa com os consumidores, derivada da “racionalidade” monopolista. Assim, as concentrações econômicas não são tidas como um mal por si e que devam ser restringidas ou limitadas. Nessa linha, por exemplo, as integrações verticais são interpretadas como eficiência que resultam em ganhos aos consumidores. (BAGNOLI, 2010, p. 135).

O ano de 1914 foi importante, pois marcou a entrada da Lei Clayton, através do Presidente Woodrow Wilson. Através da Lei Clayton resultava da experiência com a Lei Sherman que de certa forma descuidava dos aspectos das práticas desleais (AGUILLAR, 2009).

Após esse período seguindo na linha liberal e no modelo de Adam Smith, a livre concorrência pura ou perfeita não levaria em conta a distinção entre “uso” e “abuso” do poder econômico. Nesse sentido Washington Peluso Albino de Souza leciona:

A contradição interna ao sistema, porém, levando à abolição da concorrência pela sua própria liberdade, conduziu à necessidade de controlá-la pela adoção dos “valores jurídicos” do “lícito” e do “ilícito”, por sua vez tomados como correspondentes do “justo”. A realidade impôs essa adaptação, sob pena de distorção nos julgamentos e negação dos seus próprios fundamentos, se mantida irreduzível a doutrina liberal original. (SOUZA, 2003, p.30).

Para Aguillar, “[...] o direito antitruste norte-americano exerceu grande influência na concepção da legislação brasileira e ainda exerce sobre a doutrina e órgãos de defesa da concorrência no país.” (AGUILLAR, 2009, p. 256).

A primeira Constituição Republicana do Brasil, promulgada em 1891, pouco falava sobre a ordem econômica e concorrência. A grande parte do mercado era abastecido por mercadorias estrangeiras, e assim o mercado interno não havia grande proteção. Para Bagnoli, “[...] o Brasil ainda não havia acordado para a necessidade das mudanças socioeconômicas.” (BAGNOLI, 2010, p. 41).

Cumprido ressaltar, que com a Constituição Republicana do Brasil, permaneceu

influenciada pelo liberalismo econômico, com a permanência da mesma ideologia que já ditava a ordem econômica do país. O direito de propriedade é mantido plenamente, assim como o livre exercício de qualquer profissão conforme observa-se no Artigo 72, parágrafo 17 e 24:

[...] Parágrafo 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a sua desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

Parágrafo 24. É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial. (BRASIL, 1891).

A partir da Constituição de 1934, ocorreram mudanças significativas e surgiram importantes legislações econômicas, deixando a ideia do liberalismo em segundo plano. Influenciada principalmente pela Constituição da República de Weimar, que tratava de direitos socioeconômicos, surge no Brasil, a Carta contendo um grupo de artigos com o título: “Da ordem econômica e social”. Ela garantia maior liberdade e novas ideologias econômicas (BAGNOLI, 2010).

Contudo, percebe-se que até a Constituição de 1946, não havia qualquer dispositivo explícito em relação à concorrência ou ao abuso do poder econômico. Nesse contexto Aguillar preconiza:

[...] Apenas se regulou a hipótese de monopolização pelo Estado de atividades econômicas no art.116 da Carta de 1934 e a proteção da economia popular, no artigo subsequente, e no art. 141 da CF de 1937. Somente com o art.148 da Constituição de 1946 é que se dispôs que a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico. E especificava que, dentre essas formas, estavam as uniões ou agrupamentos de empresas que tivessem por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. (AGUILLAR, 2009, p. 259).

Nas palavras de Ana Carolina Squizzato, houve uma maior harmonização entre a atuação estatal e os direitos fundamentais, demonstrando inclusive, maior preocupação com o uso social da propriedade privada e os interesses dos trabalhadores (SQUIZZATO, 2013).

Com o advento da Constituição de 1967, houve o estímulo em fortalecer o Estado. Dessa forma se dispôs que a ordem econômica teria como objetivo realizar a justiça social. Na Carta, o seu art. 157, inciso VI, que tratava da liberdade de iniciativa e repressão ao abuso econômico, gerava diversas interpretações. Para Aguillar “[...] não se fazia referência à intenção dos agentes na caracterização do

abuso do poder econômico. Isso favorecia algumas interpretações estritas do enunciado constitucional.” (AGUILLAR, 2009, p. 260).

No Brasil o direito concorrencial fortaleceu-se na década de 1990, com a mudança do perfil regulatório, que começou a privilegiar a competição como forma de controle de preços e de qualidade de bens e serviços. Logo, embora a ideia de repressão ao abuso do poder econômico seja alvo de críticas, no Brasil foi importante essa mudança de conceitos sobre o combate de descontrole de preços que marcou a utilização da legislação antitruste (BAGNOLI, 2010).

Através da promulgação da Constituição de 1988, houve grandes modificações, entre elas, a inclusão do Art. 170 que trata da ordem econômica, livre iniciativa e da concorrência. Regula-se ainda, nos artigos 173 e 174, a atuação do Estado no domínio econômico, dispositivos que serão objetos de análise posterior nesta pesquisa (BRASIL, 1988).

O primeiro texto normativo que tratou da concorrência foi a Lei Malaia, através do Decreto-lei nº 7.666 de 22 de junho de 1945, instituindo a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, CADE (Aguillar, 2009). Após várias alterações, o CADE foi reestruturado pela Lei nº 4.137/62, passando a ser um órgão da administração direta federal, inicialmente vinculado ao Conselho de Ministros e após, ao Ministério da Justiça (BRASIL, 1962).

Através da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, houve a estruturação do direito antitruste brasileiro, influenciado pelos preceitos constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (SQUIZZATO, 2013).

O CADE transformou-se em autarquia, que gerou mais agilidade para sua atuação em juízo. Além de competências de proibição das práticas infracionais, o CADE passou a ter atribuições preventivas (COELHO, 2008). Em 2011 entrou em vigor a Lei nº 12.529, intitulada como Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste, regulamentando todo o sistema brasileiro de defesa da concorrência que será o principal objeto de estudo desta pesquisa.

No entanto, antes de entrar especificamente na análise dos dispositivos da Lei acima referida, é importante conhecer a orientação principiológica que fundamenta a matéria em estudo. Em sendo assim, após descrever a evolução histórica, buscar-se-á conhecer os princípios orientadores da ordem econômica.

1.2 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA ORDEM ECONÔMICA

Primeiramente é importante frisar que os princípios estão inseridos em nosso ordenamento jurídico, especialmente em nossa Constituição, e possuem inteira relação com toda a evolução social.

Sistema jurídico é uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição. (FREITAS, 1998, p. 50).

Desse modo, o sistema jurídico é composto de princípios norteadores da vida do Estado e dão validade ao ordenamento jurídico, tornando-se assim, fundamental o seu estudo. Para se compreender os princípios constitucionais da Ordem Econômica, é necessário observar o texto do artigo 170 da Constituição Federal:

Art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I- Soberania nacional;
II- Propriedade privada;
III- Função social da propriedade;
IV- Livre concorrência
V- Defesa do consumidor;
VI- Defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
VII- Redução das desigualdades regionais e sociais;
VIII- Busca do pleno emprego;
IX- Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede administrativa no País. (BRASIL, 1988).

O Art. 170 da CF/88 estabelece a estrutura geral da ordem econômica brasileira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, cujo objetivo do Estado é assegurar a dignidade humana, de acordo com os preceitos de justiça social.

Elencado no Art. 170, caput, da Constituição Federal, o princípio da livre iniciativa, representa a liberdade individual de executar uma atividade econômica. A respeito do referido princípio Lafayette Josué Petter ensina: “A noção de livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro conclama para partilhar a ideia de

liberdade no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização e sua felicidade. Valoriza-se o ato voluntário, a ausência de coação, a autodeterminação.” (PETTER, 2005, p. 164).

Assim, percebe-se que é através do princípio da livre iniciativa que ocorre a estimulação do mercado, uma vez que é da escolha facultativa de cada indivíduo, pessoa física ou jurídica, por meio de seus empreendimentos, que nascem as relações econômicas. Dessa forma o princípio da livre iniciativa é o alicerce da ordem econômica.

Além disso, essa forma de liberdade não é absoluta, visto que deve estar de acordo com o Art. 170 da Constituição Federal para assegurar a todos uma vida digna, respeitando os princípios elencados no respectivo artigo.

Importante ainda, ressaltar os ensinamentos do autor Lafayette Josué Petter que em sua obra: “Os Princípios Constitucionais da Ordem Econômica” caracteriza o predomínio do sistema capitalista de produção no Art.170: “[...] a CF/ 88, procura limitar a Intervenção do Estado no domínio econômico, restringindo-lhe a exploração de atividade econômica unicamente, quando necessários aos imperativos da segurança nacional ou interesse coletivo.” (PETTER, 2005, p. 11).

O princípio da soberania nacional encontra respaldo no Art.1º, I da Constituição, complementando o artigo 170 da Constituição. A soberania caracteriza-se como o poder que o Estado tem de livremente implantar sua política econômica. Ou seja, o Estado será soberano quando possuir independência nas políticas de desenvolvimento e sustentabilidade da nação, sem ter interferência ou depender de outros entes internacionais (SQUIZZATO, 2013).

Outro importante princípio da ordem econômica é o da propriedade privada. Constitui direito fundamental, consagrado na Constituição em seu Art. 5º, XVII, e também expresso no artigo 170. Garante o direito de usar, dispor, fruir e proteger o patrimônio e abrangem todos os fatores de produção e circulação de bens, inerentes ao exercício da atividade econômica (SZQUIZZATO, 2013).

A proteção à propriedade privada é necessária, estendendo-se, inclusive, à propriedade de inventos, obras literárias e criações artísticas, como bem aponta Celso Bastos:

É que do ponto de vista da Lei Maior tornou-se necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de

obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são na medida em que haja uma devida indenização de sua expressão econômica. (BASTOS, 2004, p. 128).

Para Bagnoli, “[...] a propriedade privada é princípio típico das economias capitalistas, sem o qual não existiria segurança jurídica para os agentes econômicos atuarem nos mercados.” (BAGNOLI, 2010, p. 65). Já o princípio da função social da propriedade está disposto no artigo 5º, XVIII, e no artigo 170, III, ambos da CF/88, e vem limitar o direito sobre a propriedade privada, exigindo que ela atenda à sua função social.

A livre concorrência, princípio expresso no artigo 170, IV, será basilar neste estudo. A livre concorrência permite aos agentes competirem de forma justa. Assim, a competição leal, sem abusividade do poder econômico e alheio de práticas anticoncorrenciais, é assegurada pelo Estado, sendo fiscalizado por agências reguladoras como o CADE (BAGNOLI, 2010). André Ramos Tavares considera a livre concorrência como a existência de diversos produtores ou prestadores de serviço, ou seja, consiste na situação em que diversos agentes estão dispostos a concorrer com seus rivais (TAVARES, 2003).

Conforme Squizzato, quando o sistema ou ambiente concorrencial é eficaz, quem ganha é a sociedade, pois obterá melhores produtos e serviços com custos menores, e ainda, é possível a conservação econômica sadia do Estado (SQUIZZATO, 2013). No entendimento de Celso Ribeiro Bastos:

A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. [...] Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais. (BASTOS, 2000, p. 459).

Portando, a livre concorrência permite que os agentes particulares possam competir de forma lícita. É obrigação constitucional zelar pela livre concorrência de forma lícita, para que o indivíduo possa ter acesso a todos os bens de consumo.

Ao instituir a redução das desigualdades regionais e sociais como princípio explícito na Constituição, objetivou-se uma sociedade livre, sem qualquer espécie de discriminação, justa, com garantia de desenvolvimento e erradicação da pobreza. De acordo com o artigo 3º, III da Constituição Federal, a redução das desigualdades regionais e sociais são objetivos fundamentais do Estado (BRASIL, 1988).

Uma das formas de erradicar a pobreza é promover o pleno emprego. Para Bagnoli, o princípio da busca pelo pleno emprego constitui elemento importante para o desenvolvimento social:

Em conformidade com o caput do art. 170, que dispõe sobre a fundamentação da ordem econômica na valorização do trabalho humano, a busca do pleno emprego como princípio da ordem econômica está ligada ao desenvolvimento e aproveitamento das potencialidades do Estado. Por outro lado, pode-se interpretar a busca do pleno emprego como algo essencial à própria estrutura social capitalista, já que a partir da remuneração (salário) se constitui um mercado consumidor, que faz a econômica “girar”. (BAGNOLI, 2010, p. 67).

A expressão “busca do pleno emprego”, foi usada em sentido amplo, com acepção de desenvolvimento econômico do país por meio de todos os modos de produção disponíveis.

O princípio da defesa do consumidor é direito fundamental previsto no Art. 5º XXXII, e em termos gerais, promovida com o advento Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990. O constituinte visa proteger a parte mais vulnerável da relação, que é o consumidor (LENZA, 2012).

A defesa do consumidor se faz de forma direta, num contexto microeconômico e micro jurídico, mas também de forma ampliada por meio da defesa da livre concorrência. Garantir a livre concorrência no mercado significa, numa perspectiva de análise, defender o bem estar econômico do consumidor, que sai prestigiado com produtos e serviços de maior qualidade e preços mais vantajosos. (BAGNOLI, 2010, p. 66).

Percebe-se uma importante ligação entre os princípios da defesa do consumidor e da livre concorrência, ambos se complementam, sendo que o último auxilia para a plena realização do primeiro. Em outros termos, a concorrência é importante para garantir o melhor produto e o melhor preço para o consumidor.

No inciso IX do artigo 170 da CF/88 tem-se o princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. Como relata Squizzato, “[...] o legislador foi consciente de que as micro e pequenas empresas são a esmagadora maioria dos empreendimentos empresariais e o principal posto de trabalho da população, motivo pelo qual merecem tratamento favorecido.” (SQUIZZATO, 2013, p. 143).

Para ter tratamento favorecido a empresa deve estar de acordo com o regime legal brasileiro e ter sua sede e administração no país. Para Bagnoli, “[...] uma forma

do Estado de intervir na liberdade econômica, privilegiando o empresário que está disposto a investir no desenvolvimento de sua região e viabilizar o pleno emprego”. (BAGNOLI, 2010, p. 68).

O tratamento favorecido para as empresas menores permite condições mínimas ao estabelecimento de competição no mercado com grandes, empresas que pelas suas condições econômicas poderiam dominar o mercado.

A partir dessa abordagem a respeito dos princípios orientadores da ordem econômica, passa-se a tratar da intervenção do Estado nas atividades privadas, visando regular a concorrência e a ordem econômica do país.

1.3 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

É certo que o Estado sempre vai intervir na ordem econômica, mesmo que minimamente, como ocorreu no Estado Liberal, cujas interferências eram limitadas à garantia da ordem interna, à segurança nacional, e as relações exteriores. O Estado, naquele momento, deveria se manter o mais longe possível das relações de mercado, estabelecendo apenas regras mínimas que não interferissem de forma direta na economia, pois segundo os defensores do liberalismo, havia a regulação por mecanismos próprios.

Os próprios mecanismos econômicos da concorrência e do mercado regulavam a produção, a circulação, e a distribuição da riqueza, ficando o Estado “fora do processo”. Recomendava o *laissez faire* que o Estado se limitasse a estabelecer regras mínimas que não interferissem na economia, auto-regulada por mecanismos próprios, separando assim, as órbitas da política e econômica. Da mesma forma, o mercado mundial de mercadorias e de capitais seria regulado também pela livre concorrência, pois a maioria dos países adotara o livre cambismo. O liberalismo condenava também a interferência do Estado na ordem social, limitando-se a estabelecer regras garantidoras da igualdade legal entre os cidadãos. A livre concorrência garantiria não somente o máximo de produção como também adequada distribuição da riqueza o que acabaria por resolver a questão social. O bem-estar social garantido pelos mecanismos da concorrência. (SOUZA, 1994, p.11).

Contudo, durante vários momentos difíceis, decorrentes da falta de preocupação com aspectos sociais, a ideia do Estado Liberal passou a ser insustentável, de modo que países liberais e capitalistas passaram a admitir a intervenção do Estado na ordem econômica. Segundo Oscar Dias Corrêa, houve

momentos em que o poder público dominou completamente a economia, como nos estados totalitários (CORRÊA, 1994).

Surge então, o chamado Estado Social, cujo objetivo era atender as pretensões sociais e garantir condições mínimas aos que não conseguiam prover seu próprio sustento.

A intervenção governamental que se seguiu com o declínio do liberalismo, passou a responder à premência de composição do conflito de interesses entre as classes, permitindo uma maior atribuição de oportunidades sociais e políticas à massa de trabalhadores. O Poder Público começa a proporcionar, através do ordenamento jurídico, uma apropriação mais efetiva dos princípios de igualdade e de liberdade. O Estado torna-se consciente de que chamando para si o papel de regulador dos conflitos no plano socioeconômico, poderá salvar o princípio da liberdade e, ao mesmo tempo, realiza-lo. (SOUZA, 1980, p. 350).

Dessa forma, é reconhecida a possibilidade de o Estado intervir na ordem econômica, seja como regulador de dadas atividades, seja como fiscalizador. À vista disso, as Constituições sociais trazem um modelo estatal intervencionista, contrário ao modelo liberal, em que o Estado era inerte ou agia muito pouco, tanto na ordem econômica como nas relações privadas (TAVARES, 2003).

Para o professor Washington Peluso Albino de Souza, a intervenção é uma forma de atuação e ação. É a execução dos objetivos que o Poder Público estabelece através de normas. O Estado poderá intervir na economia como agente normativo e regulador, de forma indireta, ou analisando a própria atividade econômica (SOUZA, 2005). Ou seja, a intervenção do Estado na ordem econômica, visa garantir o cumprimento e a efetividade das normas constitucionais, a fim de que o mercado possa crescer nos limites estabelecidos por lei. Assim, tem-se o Estado como norma, e como agente.

[...] o Estado pode atuar direta ou indiretamente no domínio econômico. A atuação direta assume a forma de empresas públicas (empresas públicas propriamente ditas e sociedades de economia mista). Na atuação indireta, o Estado o faz através de normas, que têm como finalidade fiscalizar, incentivar ou planejar. Em outras palavras, o Estado atua diretamente, através de entes da administração descentralizada ou surge como agente do processo econômico, sendo que em certas oportunidades, por via indireta, usa seu poder normativo, disciplinando e controlando os agentes econômicos. (SILVA, 2003, p. 55).

Em nível nacional, para que se entenda essa intervenção normativa do Estado, é imperioso analisar alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988.

Os princípios, abordados anteriormente, dispostos no já citado artigo 170, possuem como vetor primordial, o princípio da dignidade da pessoa humana. Por ser um Estado Democrático de Direito, o Estado só vai intervir quando necessário, nesse caso, quando a livre concorrência for ameaçada.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em outubro de 1988, trouxe, em seu Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, estabelecendo um caminho a ser seguido (BRASIL, 1988). Outrossim, é importante que haja uma organização econômica, a fim de dar efetividade às garantias previstas na Carta Maior.

A Constituição de 1988 privilegia preponderantemente os direitos sociais, através do regramento da ordem econômica, a fim de proteger o ser humano e garantir-lhe uma vida digna.

Além daqueles princípios fundamentais – livre iniciativa e valor social da iniciativa humana – enumerados em seu caput, o art. 170 das Constituição relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabelecer metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios. (TAVARES, 2003, p. 134).

Para Squizzato, “[...] a Constituição de 1988 rompeu com a tendência das que a precederam ao prever, como regra, a intervenção indireta do Estado na Ordem Econômica.” (SQUIZZATO, 2013, p. 144). Assim, a intervenção direta foi restringida as hipóteses descritas no texto constitucional. Os artigos 173 e 174 são importantes, pois regem a maneira que o Estado deve atuar na ordem econômica. O artigo 173 prevê que: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” (BRASIL, 1988).

Para Bagnoli, o Estado deixou de ser agente econômico, monopolista, e ausente de padrões liberais, deixando a concorrência entre privados organizar a economia (BAGNOLI, 2010).

Interessante notar que tanto a empresa pública quanto a sociedade de economia mista estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, bem como setor privado. Evidencia-se a preocupação em assegurar condições concorrenciais iguais aos agentes econômicos, seja privado, seja o Estado agindo como se privado fosse (BAGNOLI, 2010, p. 72).

Desta forma, o Art. 173 da CF/88 caracteriza o modo de intervenção do Estado na ordem econômica de forma direta. A intervenção estatal de forma indireta na economia encontra respaldo no Art. 174 da Carta Magna: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (BRASIL, 1988).

O artigo 174 da CF/88 conceitua o novo papel do Estado de agente normativo e regulador da atividade econômica. Para Bagnoli “[...] justifica-se neste artigo a possibilidade da efetivação das “agências reguladoras” no contexto jurídico-econômico nacional, pois são agentes privados que passaram a desempenhar atividades até então habituais do setor público.” (BAGNOLI, 2010, p. 73).

A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal manifesta-se tanto por poderes de ação com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes de mercado), como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina de profissões etc.). Fazem da regulação autoridade cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado o seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também com poderes sobre a generalidade dos agentes de economia. A regulação atinge tanto os agentes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim as atividades econômicas em sentido estrito) como os que estando especialmente habilitados, operem em áreas de reservas estatais (prestação de serviços públicos e de monopólios estatais). (SUNDFELD, 2006, p. 18).

No entanto vale lembrar que, “[...] em um país regido pela livre iniciativa, contudo, não se permite ao Estado intervir na economia de forma excessiva ou arbitrária.” (SQUIZZATO, 2013, p. 160). Ou seja, a intervenção apenas é permitida

quando houver falhas no mercado. Falhas que diminuem a eficiência ou prejudiquem consumidores ou aqueles que fazem parte de um processo econômico.

Importante salientar que o Art. 174, faz menção ao planejamento da atividade econômica é indicativo ao setor privado. Compreensão que está em acordo com o princípio da livre iniciativa, elemento da ordem econômica. Através dos contratos administrativos que o Estado celebra em nome do interesse público é que ocorre a vinculação do setor privado e a realização de suas políticas (BAGNOLI, 2010).

A intervenção do Estado na ordem econômica é de suma importância para garantir o desenvolvimento e equilíbrio entre os agentes. Marçal Justen Filho elenca falhas do mercado que justificam a intervenção do Estado na ordem econômica. O primeiro problema é o da deficiência da concorrência, no momento em que há falta de disputa suficiente e equilibrada no mercado, impedindo os efeitos positivos da atividade econômica. Outra hipótese de intervenção necessária do Estado é a necessidade de proteção dos bens coletivos, como a educação e saúde, pois a não intervenção excluiria parte da população, prejudicando a coletividade. Ainda, as externalidades do mercado, são falhas que se caracterizam como as consequências positivas e negativas do processo econômico àqueles que não estão diretamente envolvidos com a atividade econômica. Por fim, o desequilíbrio de mercado sujeito a crises, situação que leva o Estado a adotar medidas para equilibrar o mercado para garantir o pleno desenvolvimento econômico (JUSTEN FILHO, 2002).

Assim, a presença do Estado nas relações econômicas, se tornou, ao longo do tempo, indispensável. Ao Estado coube a função de direcionador e regulador do mercado. Através das diversas falhas de mercado, percebe-se que por si só, o mercado econômico não se mantém de forma harmoniosa. Justifica-se, desse modo, essa intervenção do Estado no domínio econômico, mediante normas reguladoras a fim de organizar, planejar e fiscalizar a ordem econômica para seu equilíbrio e desenvolvimento.

Existem diversas hipóteses em que se justifica a intervenção do Estado nas relações entre os agentes do mercado. Por exemplo, na ocorrência de infrações à ordem econômica ou na prática da concorrência desleal o Estado, através do poder judiciário, devidamente provocado, deve agir no sentido de fazer cumprir e observar os princípios constitucionais e a legislação ordinária, que serão objeto de estudo no próximo capítulo.

2 INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA E CONCORRÊNCIA DESLEAL

A Constituição Federal de 1988, ao adotar os princípios do liberalismo na ordem econômica, tem como pressupostos um regime econômico de livre iniciativa, e de livre competição. Com isso a legislação, a fim de garantir tais pressupostos, estabeleceu mecanismos que defendem a liberdade de competição e de iniciativa.

Esses mecanismos encontram-se agrupadas em duas categorias: infração à ordem econômica e concorrência desleal. É através delas que se procura coibir as práticas incompatíveis com o regime.

2.1 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA E DA CONCORRÊNCIA DESLEAL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, citado anteriormente, apresenta um dos mais importantes princípios norteadores da ordem econômica, ao garantir a livre iniciativa, a livre concorrência e o acesso livre ao mercado econômico, independente de autorização de órgãos públicos, salvo hipóteses previstas em lei. Para garantir essa liberdade aos particulares, o Estado se abstém, como regra geral, de explorar atividade econômica, mas reprime, através da legislação, o abuso do poder econômico:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...].

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. (BRASIL, 1988).

Embora as atividades econômicas devam ser exercidas livremente conforme o princípio da liberdade de iniciativa, tal liberdade é relativa, uma vez que não pode gerar prejuízo aos demais agentes econômicos, nem criar concentração de poder econômico nas mãos de um ou de poucos, ou seja, a legislação reprime as infrações à ordem econômica e a concorrência desleal. Assim, as condutas infracionais ilícitas se dividem em: Infrações à ordem econômica, disciplinadas pela Lei 12.529/2011, e em Concorrência Desleal, regulada pela Lei de Propriedade Intelectual, Lei nº 9.279/1996.

A legislação infraconstitucional visa dar cumprimento ao previsto no já citado artigo 173, §4º, da Constituição Federal. Nesse sentido, não se pode considerar abusivo o exercício do poder econômico quando ele está de acordo com as estruturas do livre mercado, ou seja, quando não tem o objetivo ou efeito de dominar mercados, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros (COELHO, 2014).

Para entender o abuso do poder econômico caracterizado como infração à ordem econômica, o doutrinador Sérgio Varella Bruna traz o seguinte conceito:

[...] tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência e quando a prática não represente indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica (BRUNA, 2001, p. 177-178).

Assim, para qualificar as infrações à ordem econômica, é fundamental conjugar dois dispositivos da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Infrações à Ordem Econômica), o caput do artigo 36 que traz o objetivo ou efeitos possíveis da prática empresarial ilícita e o seu § 3º, que prevê as hipóteses em que podem ocorrer infrações (COELHO, 2014).

As infrações contra a ordem econômica, segundo Bagnoli “[...] são as condutas adotadas por agentes econômicos contrárias às relações da livre concorrência e capazes de alterar o equilíbrio em determinado mercado.” (BAGNOLI, 2010, p. 180).

Importante notar que as condutas elencadas no parágrafo 3º do artigo 36, apenas caracterizam infração quando presentes os objetivos previstos no caput do mesmo artigo. No entanto, “[...] qualquer prática empresarial que tenham como objetivo limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, ou aumentar arbitrariamente os lucros.” (COELHO, 2014, p.278), mesmo que não mencionado de forma específica pelo legislador, configurará infração contra a ordem econômica (COELHO, 2014).

A concorrência desleal, uma prática ilícita utilizada pelos empresários, encontra-se tipificada no artigo 195 da Lei de Propriedade Intelectual - LPI.

Para a doutrinadora Maria Eugenia Finkelstein, de forma objetiva, constituem-se crime de concorrência desleal “[...] os crimes contra indicações geográficas e demais indicações por levar o consumidor a incorrer em erro em detrimento do competidor.” (FINKELSTEIN, 2012, p. 31).

Para Pontes de Miranda, concorrer enseja a ideia de luta, competição em busca de vantagens:

Concorrer é tentar abrir caminho, ou alarga-lo; quem o alarga demais, crescentemente tira espaço a quem concorria, ou poderia concorrer. A luta contra os monopólios inspira-se na necessidade de evitar ou de desfazer resultados da intensificação da concorrência, que pode negar o princípio da livre concorrência, ou da própria atividade pré-eliminadora da concorrência. Na área econômica, representa a disputa entre todas as empresas para obter maior e melhor espaço no mercado. (MIRANDA, 1983, p. 179-180).

Deste modo, o objetivo essencial da concorrência é aumentar a clientela, em detrimento dos demais concorrentes do mesmo ramo. O principal intuito do agente ilícito é induzir consumidores através de determinados recursos, para o consumidor adquirir o seu produto e não de outro concorrente (COELHO, 2014). Entende-se que a concorrência é normal entre empresários, mas aqui objetiva-se perdas ao concorrente, pois assim o agente ilícito obterá ganhos.

Muitas vezes, verifica-se certa dificuldade em distinguir a concorrência leal da desleal. Nesse sentido Coelho leciona:

Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar danos a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. Nos efeitos produzidos, a alteração nas opções dos consumidores, também se identificam a concorrência leal e desleal. São os meios empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e meios inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. (COELHO, 2014, p. 261).

Dessa forma, para identificar a concorrência desleal devem-se analisar os recursos utilizados pelo empresário na atividade competitiva. Percebe-se ainda, que esta se distingue da infração à ordem econômica, uma vez que aqui se leva em consideração os efeitos potenciais ou efeitos da prática concorrencial.

A disciplina jurídica da concorrência, que reprime as infrações à ordem econômica é tradicionalmente denominada, de “direito antitruste”. A expressão

deriva dos propósitos da atuação estatal, com o intuito de impedir a concentração econômica (COELHO, 2014).

Para a caracterização de infração à ordem econômica é necessário que se conjugue o que prevê o caput do artigo 36 da Lei 12.529/2011, com as práticas elencadas em seus incisos, matéria que será aprofundada em tópico próprio, quando da abordagem das modalidades infracionais.

A conduta é considerada infracional, quando o seu efeito, efetivo ou potencial no mercado, estiver concebido no caput do referido artigo, especialmente se dela resultar a dominação de mercado, a eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros (COELHO, 2014).

Para a doutrinadora Ana Carolina Squizzato, “[...] não importa a forma assumida pela conduta e basta que tenha a capacidade de produzir quaisquer dos efeitos previstos no artigo transcrito, ainda que esses não sejam efetivamente alcançados no caso concreto.” (SQUIZZATO, 2013, p. 220). Ademais, a autora ressalta que:

[...] é preciso relação de causalidade entre o ato e o efeito anticoncorrencial. Ainda quando as consequências não são verificadas, o ato deve ter potencialidade ao atingimento do fim ilícito, uma vez que não se pode responsabilizar o agente econômico por qualquer acontecimento lesivo à concorrência, se este não interferiu na produção ou probabilidade desse efeito. (SQUIZZATO, 2013, p. 220).

Ainda, conforme o artigo citado, para caracterizar a infração à ordem econômica, independe se os agentes agiram ou não com culpa (COELHO, 2014). Ou seja, não é necessária a comprovação de dolo, imprudência, negligência ou imperícia, trata-se de hipótese de responsabilidade objetiva (SQUIZZATO, 2013). No entanto, conforme leciona Fabio Uihôa Coelho,

[...] chamar objetiva a responsabilidade por infração da ordem econômica se justifica apenas por uma semelhança com a categoria do direito civil, consistente na irrelevância da culpa. Mas rigorosamente falando, não há objetivização da responsabilidade do agente ativo porque, embora haja a possibilidade de socialização das repercussões econômicas do dano, nas situações relacionadas à infrações da ordem econômica, a responsabilização decorre sempre de prática ilícita. (COELHO, 2014, p. 282).

Assim sendo, para a caracterização da concorrência desleal é necessário analisar os meios utilizados pelos empresários para prejudicar os concorrentes, a luz

do Art. 195 da LPI, que tipifica os meios considerados irregulares. Já a infração a ordem econômica possui alcance maior que a concorrência desleal, uma vez que está intimamente ligada a preservação das estruturas econômicas e leva em consideração os efeitos dessa conduta ilícita, especialmente quando resultar em dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros, conforme exposto no teor deste item.

2.2 A LEGISLAÇÃO E AS MODALIDADES DE INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

As infrações à ordem econômica são divididas em duas modalidades fundamentais. A primeira é caracterizada por se perfectibilizar somente através da realização de acordo entre empresários e a segunda se realiza através de um agente econômico. A primeira é denominada colusão e pode ser dividida em três categorias: horizontal, vertical, ou de concentração (COELHO, 2014).

O Anexo I da Resolução 20, de 9 de junho de 1999, define as práticas restritivas horizontais e verticais. Segundo o anexo, as práticas restritivas horizontais ocorrem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado (BRASIL, 1999). Ou seja, ao se estabelecer acordos entre concorrentes do mesmo mercado relevante em relação a preços ou outras condições, dessa forma praticando preços irregulares (AGUILLAR, 2009).

Essas práticas visam de imediato, ou no futuro, o aumento do poder do mercado ou o exercício do poder com maior facilidade. A resolução ainda tipifica as quatro práticas mais comuns: cartéis, outros acordos entre empresas, ilícitos de associações profissionais e os preços predatórios (BRASIL, 1999).

As práticas verticais são aquelas impostas por produtores/ofertantes de bens e serviços em determinado mercado sobre mercados relacionados verticalmente a “montante” ou a “jusante” ao longo da cadeia produtiva e implicam na criação de formas para excluir os concorrentes pela criação de dificuldades de entrada, ou ainda pela elevação dos custos dos competidores (BAGNOLI, 2010). Aguillar, para compreender melhor essa prática leciona:

A oferta de bens ao consumo exige um escalonamento, desde a captação dos insumos e da matéria-prima necessária à fabricação dos bens, até a colocação do produto ao alcance do consumidor final. Essa descrição

permite visualizar com maior clareza o caráter vertical da produção, ao qual podem corresponder práticas verticais capazes de impor consequências lesivas ao bom funcionamento do mercado relevante. O mesmo raciocínio, *mutatis mutandis*, se aplica ao fornecimento de serviços, que também se inclui entre os suscetíveis de práticas restritivas horizontais e verticais. (AGUILLAR, 2009, p. 269).

Os atos de concentração ocorrem “[...] quando empresas passam a submeter-se à mesma direção econômica com ou sem perda de autonomia jurídica.” (COELHO, 2014, p. 280). No decorrer dos anos, tem se verificado um aumento dos atos de concentração empresarial, ou seja, atos que aumentem o poder econômico em determinado mercado relevante. Os atos de concentração estão previstos no artigo 90 da Lei 12.529/2011:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

- I-2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;
- II- 1(uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;
- III- 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou
- IV- 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos disposto no art.88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta ou indireta e aos contratos delas decorrentes. (BRASIL, 2011).

As infrações contra a ordem econômica se caracterizam pelos efeitos que esses atos podem ou visam produzir. Esses efeitos estão previstas no artigo 36 da mesma Lei:

Art. 36 Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I-limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II- dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III- aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV- exercer de forma abusiva posição dominante. (BRASIL, 2011).

O § 3º do referido artigo, apresenta um rol exemplificativo das condutas consideradas infracionais, não é exaustivo, ou seja, qualquer outra conduta que tenha como objetivo alcançar os efeitos descritos no caput e incisos do mesmo artigo será considerado infração à ordem econômica (COELHO, 2014).

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I-acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca. (BRASIL, 2011).

Para melhor compreender as condutas consideradas infração à ordem econômica, far-se-á uma breve análise de cada hipótese elencada no § 3º do artigo 36, o que possibilitará lançar um olhar mais amplo sobre essas práticas e sobre os possíveis ilícitos concorrenciais.

O inciso I do § 3º do artigo 36 traz, em suas alíneas, importantes modalidades de infrações à ordem econômica. Os preços combinados ou ajustados entre concorrentes para a fixação de preços e condições de venda são geralmente celebrados entre grandes empresários que pode ter como objetivo o aumento ou a redução de preços (BRASIL, 2011). Nas palavras de Coelho:

O aumento concertado dos preços com o objetivo de elevação dos praticados pelos participantes do negócio redundaria, sob o ponto de vista econômico, na transferência de renda dos consumidores para as empresas de oligopólios. Claro que, mesmo em atividades monopolizadas ou oligopolizadas, há limites econômicos máximos para a definição de preços, além dos quais haverá queda de procura e de consumo (elasticidade). Mas isso não significa necessariamente diminuição de margem de lucro, se os principais empresários operando no mercado mantiverem os níveis concertados, compatibilizando com estes os custos de produção. (COELHO, 2014, p. 294).

O mesmo inciso traz, na alínea “b”, a infração caracterizada como a divisão de mercados ou de fontes de fornecimentos de matéria-prima, na qual o acordo entre os agentes do mercado também é pressuposto indispensável. Há várias maneiras para a prática desta infração de divisão de mercados (COELHO, 2014). Por exemplo, a divisão por bases territoriais, onde um empresário comercializa seu produto em determinada região e o outro empresário em outra região determinada. Destaca-se que essa divisão de mercados ou de fontes de fornecimento de matéria-prima será considerada infração apenas quando afetar as estruturas do livre mercado (COELHO, 2014).

A atuação concertada em licitação pública referida no artigo trata da combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens, e deve necessariamente estar inserida como abuso econômico para haver a infração (COELHO, 2014).

A conduta infracional elencada no inciso II do artigo 36 trata da promoção, obtenção da conduta comercial uniforme ou concertada entre os concorrentes. Pode ocorrer, por exemplo, quando um empresário pretende ingressar no mercado de determinado produto, no qual já atuam algumas empresas pequenas, o empresário poderia tentar reunir todos os clientes insatisfeitos com a demora de entrega do

produto, e combinaria a possibilidade de melhor atendimento da sua empresa, desde que estes cancelassem de imediato todos os pedidos já feitos em outras empresas (COELHO, 2014). Percebe-se através desse exemplo, que o objetivo do agente infracional é eliminar a competição, dominar o mercado e aumentar arbitrariamente os lucros.

Limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado, conduta do inciso III, visa impedir ou dificultar o estabelecimento de novas empresas no mercado (BRASIL, 2011). Geralmente, a limitação ou obstáculo ao acesso de novos empresários a atividade, ocorre com o aumento dos custos para o estabelecimento da empresa em determinada atividade (COELHO, 2014). Nessa mesma linha está o inciso IV, quando o agente cria dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de concorrente ou fornecedor.

O inciso V traz a previsão da conduta de obstáculo de acesso a fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia e canais de distribuição, e pressupõe também o acordo entre os agentes econômicos (BRASIL, 2011). Visa, portanto, ajuste entre um empresário e o fornecedor do insumo a fim de dificultar esse acesso.

A exclusividade da publicidade, infração prevista no inciso VI, ocorre quando se impõe obstáculos para a comunicação entre os demais agentes econômicos (BRASIL, 2011). Assim, há o intuito de dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros. Dessa forma o agente prejudica as estruturas do livre mercado. Pode incorrer na conduta tanto o anunciante como o veículo de comunicação (COELHO, 2014).

O inciso VII traz importante infração que é a de utilizar de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros (BRASIL, 2011). Nessa hipótese o objetivo também é o de eliminar a concorrência, dominar mercados, e aumentar os lucros de forma arbitrária. Importante destacar que essa infração contra a ordem econômica, encontra-se também prevista como crime de concorrência desleal no Art. 195, inciso II da Lei 9.279/96 (BRASIL, 1996).

A regulação de mercado, prevista no inciso VIII, pressupõe a existência de pelo menos dois agentes econômicos. Para caracterizar a conduta faz-se necessário a limitação ou controle de tecnologia, da produção, da distribuição ou do financiamento dessas conforme exposto no inciso (BRASIL, 2011).

O inciso IX, prevê como infração a imposição de condições, preços, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou outras condições a distribuidores como, por exemplo, concedente e concessionários, franqueador e franqueados, industrial e seus revendedores entre outros. Segundo Coelho, a previsão de quotas mínimas ou máximas de mercadorias a serem adquiridas pelos distribuidores, limitação de margem de lucro, descontos ou condições do negócio ou outro fator exclusivo do vínculo contratual existente entre empresários e seus revendedores não constituem infração ilícita (COELHO, 2014). Dessa forma, para que seja considerada como infração, a imposição deve atingir a terceiros, ou seja, em geral, os consumidores.

A discriminação de adquirentes ou fornecedores, conduta elencada no inciso X, somente se concretiza quando abala as estruturas do livre mercado (COELHO, 2014). Por exemplo, é normal e lícito conceder tratamento diferenciado a revendedores como exposto anteriormente, ou ainda quando há descontos em função da quantidade de mercadorias adquiridas.

Recusar a venda ou fornecimento de bens dentro das condições normais de pagamento, prevista no inciso XI, apenas concretiza-se quando visa eliminar a concorrência, domínio de mercado ou aumento arbitrário de lucros (BRASIL, 2011). Caso não ocorram tais hipóteses, vigora o princípio da autonomia da vontade (COELHO, 2014). Ou seja, determinado fabricante tem o direito de não querer vender os seus produtos a um comerciante por motivos pessoais.

Previsto no inciso XII, a dificuldade ou rompimento de relação comercial é alimentada pela “[...] resistência de outro contratante em submeter cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais.” (COELHO, 2014, p. 304). Assim, é importante a proteção dos agentes econômicos que atuam conforme as estruturas do livre mercado.

Como exemplo do inciso XIII, que trata da destruição, inutilização ou açambarque de insumos, matérias-primas, ou outros produtos intermediários ou acabados, tem-se um famoso caso que ocorreu no Rio Grande do Sul, onde uma fábrica de refrigerantes recolhia os vasilhames da outra empresa e os destruía reaproveitando-os com a adulteração da marca. O CADE condenou a prática abusiva de criação de dificuldades ao funcionamento e desenvolvimento da empresa (COELHO, 2014).

Impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia é a infração prevista no inciso XIV (BRASIL, 2011). Coelho, explica que:

[...] o desuso de direito industrial materializado em patente pode caracterizar o abuso do poder econômico, principalmente quando a empresa detentora de certa tecnologia e com presença proeminente no mercado em que é empregada empenha-se em adquirir as demais patentes exploráveis nesse mercado, alcançando status monopolístico por via oblíqua. (COELHO, 2014, p. 305).

O inciso XV coíbe a venda de mercadoria ou prestação de serviços injustificadamente abaixo do preço de custo (BRASIL, 2011). O empresário que vende seus produtos a preços inferiores a fim de garantir posição no mercado e aumentar os custos de competição, levando a desistência de competidores concorrentes. Essa prática muitas vezes é utilizada para vencer licitações.

A retenção de bens prevista no inciso XVI deve atingir as estruturas do livre mercado (COELHO, 2014). A exceção do inciso refere-se à garantia do cumprimento de obrigações que dizem respeito aos custos de produção.

Já o inciso XVII prevê conduta de cessação de atividade de empresa sem justa causa comprovada (BRASIL, 2011). A conduta apenas é considerada infracional quando não há justificação e quando visam os efeitos de eliminação da concorrência, domínio de mercado ou aumento arbitrário de lucro. A simples cessação de determinadas linhas de produção, sem a dissolução da sociedade empresária, se relacionada com os efeitos descritos configura a conduta infracional (COELHO, 2014).

O inciso XVIII elenca como infração a venda casada, que significa subordinar a venda de um produto à compra de outro, ou a utilização de determinado serviço, ou ainda, a subordinação da prestação de serviço à utilização de outro, ou à aquisição de determinado bem (BRASIL, 2011). Para Coelho “[...] essa prática pode estar ligada à conquista do domínio de certo mercado, a partir da posição dominante já consolidada em outro.” (COELHO, 2014, p. 307).

O último inciso do artigo 36 da Lei Antitruste elenca o exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual, tecnologia ou marca (BRASIL, 2011). Como exemplo, pode-se citar determinado empresário que explora uma patente de invenção de sua própria titularidade, não com o objetivo de obter lucro de sua

atividade econômica, mas sim, como forma de dominação de mercado ou eliminação da concorrência, está incorrendo em uma conduta infracional.

Dessa forma, realizada a análise das infrações da ordem econômica, passa-se a analisar a concorrência desleal, a fim de compreender as diferenças entre estes institutos.

2.3 AS LEIS QUE REPRIMEM A CONCORRÊNCIA DESLEAL

Para garantir o adequado funcionamento da economia de mercado se fazia necessário criar uma legislação de defesa da concorrência. As exigências do mercado em uma economia capitalista, o aumento demasiado do mercado de consumo, fez surgir essa lei em prol do mercado concorrencial.

Uma lei de defesa da concorrência deve garantir a liberdade de competição entre os agentes econômicos objetivando assegurar as condições de produção e de consumo próprias de um regime de mercado. Para tanto, é essencial que a autoridade pública competente esteja em condições de fazer cumprir a lei. (BAGNOLI, 2010, p.165).

Foi promulgada, em 30 de novembro de 2011, a Lei nº 12.529, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica (BRASIL, 2011). Norteada pelos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, é aplicada em todo território nacional ou que nele produzam efeitos, tendo a coletividade como principal bem protegido (BAGNOLI, 2010).

Falsear a livre concorrência ou iniciativa caracteriza-se pela restrição, através de atos e contratos ilusoriamente compatíveis com as regras de estrutura do livre mercado. Prejudicar a livre concorrência ou iniciativa significa praticar atos lesivos que prejudiquem as estruturas do mercado. Infelizmente ainda é comum que empresários que já estão estabelecidos em determinada praça, em determinado ramo de atividade, busquem impedir que novos concorrentes se estabeleçam no mesmo local e ramo (COELHO, 2014).

Além da referida Lei, a concorrência desleal se encontra tipificada como crime na Lei de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279/96, mais especificamente em seu artigo 195:

Art.195. Comete crime de concorrência desleal quem:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XIV – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produto. (BRASIL, 1996).

Bagnoli explica que “[...] a defesa da concorrência não é uma lide privada onde se defende o concorrente, o que é tratado pela Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) nos crimes de concorrência desleal.” (BAGNOLI, 2010, p. 167).

A concorrência desleal pode ser dividida em duas categorias: a específica e a genérica. A principal diferenciação entre elas ocorre no âmbito da punição, uma vez que a específica caracteriza-se pela tipificação penal e civil de condutas definidas pelo artigo acima. Já a genérica é punida com a responsabilidade civil (COELHO, 2014).

Uma modalidade de concorrência desleal específica ocorre por meio de fraude na obtenção ou veiculação de informações sobre a empresa concorrente, através de violação de segredo de empresa. Assim o agente ilícito tem acesso a informações privadas da empresa, que deveriam ser mantidas fora do alcance dos concorrentes (COELHO, 2014).

Outra modalidade de concorrência desleal específica ocorre quando o agente ilícito transmite informações falsas ao consumidor, ou seja, possui objetivo de induzir o consumidor em erro (COELHO, 2014). Nesse sentido Gama Cerqueira ensina:

O denegrimento da pessoa do concorrente pode também constituir crime de calúnia, difamação ou injúria. Há, entretanto, muitas outras modalidades de denegrimento pessoal que, não incidindo em sanção penal, consideram-se como atos de concorrência desleal suscetíveis de repressão baseada no direito comum. Assim, por exemplo, a imputação ao concorrente de fatos suscetíveis de prejudicar seu crédito, a sua reputação profissional ou a sua honorabilidade pessoal, quer a imputação se faça publicamente, quer em caráter reservado, mas de modo a prejudicar a clientela do concorrente, quer os fatos sejam falsos, quer sejam verdadeiros, mas exagerados propositadamente para prejudicar o competidor. (CERQUEIRA, 1956, p. 379-380).

Dessa forma, a conduta tipificada como crime ocorre, por exemplo, quando determinada empresa divulga informações falsas de um produto comercializado pelo concorrente a fim de diminuir a venda desse produto e aumentar a sua venda do mesmo produto, uma vez que muitos consumidores deixarão de consumir o produto com a imagem denegrada buscando novas opções.

Empregar meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem, crime elencado no inciso III do referido artigo, realiza-se principalmente por indução do consumidor em erro (BRASIL, 1996). Ou seja, “[...] o agente ativo da conduta ilícita faz chegar ao conhecimento dos consumidores uma informação, falsa no conteúdo ou na forma, capaz de enganá-los. O engano pode dizer respeito, por exemplo, a origem do produto ou serviço.” (COELHO, 2014, p. 264).

O inciso IV prevê como crime o uso de expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos, também induz o consumidor ao erro, uma vez que a imitação da expressão ou do sinal de outra marca causa confusão ao consumidor (BRASIL, 1996).

Já o inciso V traz a previsão do uso indevido do nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheia ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências configura crime de concorrência desleal (BRASIL, 1996). Segundo Coelho, a utilização da imagem alheia ou dos produtos sem autorização do titular representa uma forma de enriquecimento indevido vedada pelo direito (COELHO, 2014).

O inciso VI prevê como crime a substituição pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste sem o devido consentimento (BRASIL, 1996). Trata-se de adulteração do nome ou razão social do produto enganando os consumidores.

Da mesma forma, atribuir-se como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve caracteriza crime de concorrência desleal previsto no inciso VII (BRASIL, 1996). No presente inciso, também a fim de ludibriar os consumidores a empresa, por exemplo, divulga que possui determinada recomendação ou prêmio em seu produto a fim de conquistar a clientela. Resta claro que o principal prejudicado não são os concorrentes, mas sim o consumidor.

Já o inciso VIII dispõe como crime quem vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado (BRASIL, 1996). Assim, a alteração do conteúdo do produto também constitui crime de concorrência desleal.

O inciso IX prevê que dar ou prometer outra utilidade a empregado do concorrente para que o empregado, faltando ao emprego lhe proporcione vantagem (BRASIL, 1996), ou seja, a lei proíbe o fornecimento ou pagamento de qualquer vantagem a fim de lhe prejudicar. Ressalta-se que a simples promessa já é considerada conduta anticoncorrencial (BRASIL, 1996). No mesmo sentido, o inciso X traz como crime o recebimento de dinheiro ou outra utilidade, ou aceita a promessa para faltando ao dever do emprego, proporcione vantagem ao concorrente (BRASIL, 1996). Contudo, nota-se o sujeito ativo é quem recebe o pagamento ou aceita a promessa (BRASIL, 1996).

O inciso XI traz importante conduta que caracteriza crime de concorrência desleal quem:

[...] divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento

público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após término do contrato (BRASIL, 1996).

Cabe ressaltar que essa violação de sigilo deve ser feito por funcionário da empresa ou prestador de serviços da empresa conforme Gama Cerqueira ensina: “[...] a lei pune a divulgação ou a exploração dos segredos de fábrica somente quando o fato for imputável a pessoa que se encontra a serviço do seu titular e que deles tenha tido conhecimento em razão do serviço.” (CERQUEIRA, 2010, p. 299). O inciso XII ampliou o rol de pessoas que podem ser enquadradas no crime do inciso anterior, pois aqui aqueles que divulgarem, explorarem ou utilizarem de informações obtidos por meios ilícitos ou mediante fraude são responsabilizados através do inciso XII (BRASIL, 1996).

Comete crime de concorrência desleal ainda, aquele que vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou ainda menciona em papel comercial como depositado ou patenteado, registrado, sem o ser (BRASIL, 1996). Ou seja, é uma falsa indicação de direitos que gera insegurança jurídica no mercado de consumo.

Por fim, o inciso XIV prevê como crime a divulgação, exploração ou utilização de resultados testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e apresentados a entidades governamentais para a aprovação de comercialização de produtos (BRASIL, 1996). A lei quis proteger a empresa que investiu capital considerável para o desenvolvimento de nova tecnologia.

Assim, os atos tipificados como crimes de concorrência desleal do Art. 195 da LPI, configura a concorrência desleal específica. Nesse caso, aplica-se a repressão civil disposta no Art. 935 do Código Civil, mas para a sua aplicação é preciso que a conduta tenha sido tipificada na esfera penal (COELHO, 2014). Já no caso de concorrência desleal genérica, isto é, quando não há tipificação expressa como crime, a caracterização da conduta se torna complexa, uma vez que ocorre a impossibilidade de diferenciação entre a finalidade e resultados da concorrência lícita e ilícita (COELHO, 2014). Para isso, o Art. 209 da LPI ressalva o direito de indenização civil por atos de competição não tipificados como crime, quando “[...] tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre

estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviços, ou entre os produtos o serviços postos no mercado”. (BRASIL, 1996).

A referida Lei ainda, em seu artigo 208, estabelece critérios para o valor da indenização a ser paga ao empresário, vítima de concorrência desleal, sendo que o valor deverá ser determinado através dos benefícios que o prejudicado teria auferido se a conduta anticoncorrencial não tivesse ocorrido (BRASIL, 1996).

Em relação aos lucros cessantes, o legislador, no artigo 210 da LPI, definiu que o valor do ressarcimento deve ser o mais favorável possível para o prejudicado, abrangendo: “[...] os benefícios que ele teria se não tivesse existido a deslealdade competitiva, os benefícios que o concorrente condenado auferiu, ou a remuneração que o prejudicado teria recebido, se por meio de licença, houvesse legitimado a ação do concorrente.” (BRASIL, 1996). Ao tratar de repressão penal, o próprio artigo 195 da LPI prevê pena de 3 meses a 1 ano de detenção, ou multa (BRASIL, 1996).

3 A ESTRUTURA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL DE DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA E DA CONCORRÊNCIA

Após as considerações gerais sobre a ordem econômica, a sua evolução histórica, os princípios que a orientam e a necessidade de intervenção do Estado, matéria abordada no primeiro capítulo, e de se tratar, no segundo capítulo, mais especificamente das infrações à ordem econômica e da concorrência desleal, com atenção especial para a legislação que trata da matéria, é importante que se faça, nesse terceiro capítulo, uma análise de como a legislação é aplicada concretamente, tanto em sede administrativa quanto judicial.

Inicialmente tratar-se-á da esfera administrativa, de sua atuação preventiva e repressiva, no sentido de compreender o funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. No entanto, embora em sede administrativa a lei permita instaurar inquéritos e proferir decisões que tem força de título executivo extrajudicial, tais medidas não tem o condão de reparar o prejuízo sofrido por outrem em função da conduta lesiva. Por essa razão a Lei 12.529/11 faculta, em seu artigo 47, que os prejudicados pela conduta do agente infrator ingressem em juízo, individualmente ou de forma coletiva, para pleitear a devida reparação dos danos suportados.

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação. (BRASIL, 2011).

Importante ressaltar que não é necessário esgotar a esfera administrativa para obter a prestação jurisdicional, ou seja, o direito à ação independe da existência de processo administrativo.

Com o objetivo de conhecer melhor como se dá a atuação do judiciário, após o estudo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, realizar-se-á a análise de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que tratem de infrações à ordem econômica e concorrência desleal. A partir dessa abordagem é possível obter uma visão mais ampla do tema, para compreender o modo como ele é tratado tanto em esfera administrativa quanto em sede judicial.

3.1 A ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A partir de fatores importantes da década de 1990, como a abertura dos mercados pelo Governo Collor, a promulgação da Lei de Defesa da Concorrência, a estabilidade monetária propiciada pelo Plano Real, as desestatizações, o processo de concessões e privatizações e o fenômeno da globalização, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência vai ganhando forças, e hoje é importante órgão que pode contribuir para a instauração de políticas de Estado e de Governo para garantir o bem-estar econômico dos consumidores (BAGNOLI, 2010).

Entende-se por Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), os órgãos do governo competentes para atuarem em todo território nacional na prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, bem como a divulgação da cultura da defesa da concorrência.

De acordo com o Art. 3º da Lei 12.529/2011, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é atualmente formado por dois órgãos: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF). (BRASIL, 2011).

Esses órgãos atuam preventivamente através do controle de estruturas de mercado, verificando os atos de concentração, como as operações de fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos. Possuem ação repressiva, agindo nas condutas irregulares de competição, coibindo as infrações à ordem econômica como cartéis, vendas casadas, preços predatórios, dentre outras. Atuam ainda em ação educativa difundindo a cultura da livre concorrência. Como bem destaca Bagnoli:

Esses órgãos, cuja atividade principal é a defesa da concorrência, atuam na análise de operações de concentrações, a fim de verificar eventual possibilidade de grande concentração nos mercados e exercício de poder econômico, para então decidir se tal operação pode ou não ser aprovada, bem como atuam na análise de condutas praticadas por agentes econômicos e se tal prática implica em prejuízo a concorrência, quando então deve ser reprimida. (BAGNOLI, 2010, p. 159).

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE, teve sua primeira tentativa de criação frustrada a partir do Decreto-lei nº 7666, de 22 de junho de 1945. Sua aprovação ocorreu em 1962, com a promulgação da Lei nº 4.137. Além

de seu objetivo principal, regular a repressão ao abuso do poder econômico, a lei criava em seu Art. 8º o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com sede no Distrito Federal e atuava em todo território nacional para fiscalizar e reprimir os abusos do poder econômico. Porém, até o início dos anos 90, a atuação do CADE era considerada insignificante, pois o momento político e econômico brasileiro impossibilitava qualquer indício de defesa da concorrência (BAGNOLI, 2010).

Através da Lei nº 8.884, de 11 de junho 1994, o CADE foi transformado em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo território nacional (BRASIL, 1994). Importante ressaltar os ensinamentos de Maria Eugenia Finkelstein:

Vale afirmar que, muito embora a Lei nº 8.894/94 preveja em seu artigo 3º que o CADE é “órgão julgante, com jurisdição em todo território nacional”, ele não deve ser interpretado como órgão detentor de jurisdição. Isso porque, no Brasil, nunca poderiam as autarquias ser órgãos julgantes, tendo em vista que o atributo da processualista é estranho ao Direito Administrativo. O vocábulo jurisdição não é aplicado aqui em sua acepção técnica. A lei refere-se, sim, às atribuições do CADE que serão estendidas a todo território nacional. O controle de legalidade da atividade do CADE, em última instância, será realizado pelo Judiciário. (FINKELSTEIN, 2012, p. 20).

Dessa forma, o CADE é uma autarquia, composta por três órgãos: a Superintendência Geral; o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão julgante integrado por um Presidente e seis Conselheiros; Superintendência- Geral, que tem como função, por exemplo, instruir processos administrativos relacionados à infração da ordem econômica; o Departamento de Estudos Econômicos, que é presidido pelo Economista-Chefe, incumbido de estudos e pareceres que subsidiem as decisões da Superintendência e do Tribunal (BRASIL, 2011).

Ainda, de acordo com o artigo 15 e seguintes da Lei 12.529/2011, o CADE, conta com uma Procuradoria Federal, que além de outras atribuições, tem como principal função representá-lo perante o Judiciário (BRASIL, 2011).

O Tribunal Administrativo possui competências relevantes, com respaldo no artigo 9º da Lei 12.529/2011, a saber:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno;

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

- III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;
- IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;
- V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento;
- VI - apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral;
- VII - intimar os interessados de suas decisões;
- VIII - requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;
- IX - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei;
- X - apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração;
- XI - determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões;
- XII - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal;
- XIII - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais;
- XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;
- XV - elaborar e aprovar regimento interno do Cade, dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos;
- XVI - propor a estrutura do quadro de pessoal do Cade;
- XVII - elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei;
- XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e
- XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos. (BRASIL, 2011).

Ou seja, o Tribunal é o órgão responsável pela aprovação dos processos a atos de concentração econômica, assim como do julgamento dos processos administrativos relacionados a infrações à ordem econômica, a por consequência a imposição de sanções administrativas quando necessário.

Por sua vez, os Conselheiros emitem votos nos processos e questões submetidos no Tribunal, proferem despachos e lavram decisões quando relatores, requisitam informações, documentos e provas de quaisquer pessoas, órgãos autoridades, entidades públicas e privadas e ainda podem adotar medidas preventivas como a fixação de multa, entre outras funções elencadas no Art. 11. (BRASIL, 2011).

A Superintendência-Geral tem como principal função instaurar e investigar a existência de condutas anticoncorrenciais, emitir pareceres sobre atos de concentração em tramitação, além de instruir os inquéritos administrativos para aprovação ou não no CADE e, inclusive possui competência para arquivar os procedimentos e processos por insuficiência de indícios, de acordo com disposto em lei (BRASIL, 2011).

O Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, tem como função elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário e deve zelar pelo rigor, atualização técnica e científica dos pareceres (SQUIZZATO, 2013). Conforme o artigo 18 da já referida Lei, o Economista-Chefe será nomeado dentre os brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico (BRASIL, 2011). Cabe ainda ressaltar que o Economista-Chefe poderá participar das reuniões do Tribunal, mas não terá direito a voto (BRASIL, 2011).

O Art. 48 da Lei 12.529/2011 prevê a instauração dos seguintes procedimentos administrativos para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:

Art. 48. Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:

- I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
- II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;
- III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;
- IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica;
- V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e
- VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais. (BRASIL, 2011).

Cumprе ressaltar, que com exceção do procedimento preparatório, o Tribunal e a Superintendência- Geral devem garantir o tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários para a verificação dos fatos ou por interesse da coletividade, assim como as partes podem requerer tratamento sigiloso de documentos e informações, conforme o artigo 49 da Lei 12.529/2011. De acordo com esse artigo a Superintendência- Geral ou o Conselheiro Relator poderá admitir a intervenção no processo administrativo de terceiros titulares de direitos ou

interesses que possam ser afetados pela decisão a ser ou adotada, ou ainda os legitimados à propositura de ação civil pública conforme lei específica (BRASIL, 2011).

Dispõe o Art. 51 que na tramitação dos processos no CADE, deverão ser observadas as seguintes disposições:

Art. 51. Na tramitação dos processos no Cade, serão observadas as seguintes disposições, além daquelas previstas no regimento interno:

I - os atos de concentração terão prioridade sobre o julgamento de outras matérias;

II - a sessão de julgamento do Tribunal é pública, salvo nos casos em que for determinado tratamento sigiloso ao processo, ocasião em que as sessões serão reservadas;

III - nas sessões de julgamento do Tribunal, poderão o Superintendente-Geral, o Economista-Chefe, o Procurador-Chefe e as partes do processo requerer a palavra, que lhes será concedida, nessa ordem, nas condições e no prazo definido pelo regimento interno, a fim de sustentarem oralmente suas razões perante o Tribunal;

IV - a pauta das sessões de julgamento será definida pelo Presidente, que determinará sua publicação, com pelo menos 120 (cento e vinte) horas de antecedência; e

V - os atos e termos a serem praticados nos autos dos procedimentos enumerados no art. 48 desta Lei poderão ser encaminhados de forma eletrônica ou apresentados em meio magnético ou equivalente, nos termos das normas do CADE. (BRASIL, 2011).

Nos termos do Art. 66 o inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para a apuração de infrações à ordem econômica (BRASIL, 2011). O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou por representação fundamentada de interessado, ou a partir de peças de informações, quando não houver indícios suficientes de infração à ordem econômica, conforme disposto no § 1º do mesmo artigo (BRASIL, 2011). O § 9º fixa o prazo de encerramento do inquérito administrativo, que é de 180 dias, contados da data de sua instauração, podendo ser este prazo prorrogável por até 60 dias através de despacho fundamentado e quando o fato for de difícil elucidação ou as circunstâncias justificarem o caso concreto. Após encerramento do inquérito administrativo, a Superintendência-Geral terá o prazo de 10 dias úteis para decidir pela instauração do processo administrativo ou pelo seu arquivamento (BRASIL, 2011).

Com a decisão que instaurar o processo administrativo, será determinada a notificação do representado para que, no prazo de 30 dias apresente defesa e

especifique as provas que pretende produzir, indicando inclusive a qualificação de até 3 testemunhas conforme o Art. 70 da Lei Antitruste (BRASIL, 2011).

Após a instrução processual, a decisão do Tribunal, que deverá ser fundamentada, quando decidir pela existência de infração da ordem econômica, com base no Art. 79 conterà:

- I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;
- II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso I do caput deste artigo;
- III - multa estipulada;
- V - multa diária em caso de continuidade da infração; e
- V - multa em caso de descumprimento das providências estipuladas. (BRASIL, 2011).

Assim, quando constatada a prática de infração da ordem econômica, os responsáveis serão penalizados nos termos do artigo 37 da Lei 12.529/2011:

- I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;
- II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);
- III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo. (BRASIL, 2011).

Quando houver maior gravidade dos fatos ou interesse público geral, poderão sem prejuízo das demais, serem impostas as seguintes penas do artigo 38:

- I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;
- II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

- III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
- IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:
 - a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;
 - b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
- V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;
- VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e
- VII - qualquer outro ato ou providência necessário para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. (BRASIL, 2011).

Conforme o artigo 46 da Lei 12.529/2011 prescrevem em cinco anos as ações punitivas da administração pública federal direta e indireta, objetivando verificar os atos de infrações da ordem econômica, contados da data da prática da infração ou, nos casos de infração permanente da data que tiver cessada a prática do ato ilícito (BRASIL, 2011).

Da mesma forma, ocorre a interrupção da prescrição por qualquer ato administrativo ou judicial que tenha como objeto a apuração da infração, assim como a intimação ou notificação do investigado (BRASIL, 2011). Ademais, o prazo é suspenso, conforme o artigo 46 § 2º, durante a vigência do compromisso de cessação ou de acordo em controle de concentrações.

Outra prática utilizada na apuração da infração ilícita é o acordo de leniência que encontra regulamentação nos artigos 86 e seguintes da Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011). Segundo Bagnoli, o acordo de leniência tem como objetivo de

[...] auxiliar a autoridade de defesa da concorrência no combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente os casos de condutas colusivas, os cartéis. Assim, a União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, desde que essas pessoas colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo e que dessa colaboração resulte a identificação dos demais coautores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. (BAGNOLI, 2010, p. 187).

Portanto, o acordo de leniência serve como um instrumento que aumenta o poder de investigação dos órgãos competentes e envolvidos no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a fim que haja cooperação do agente infrator, diminuído assim a sua pena pela infração. É possível notar que o legislador ao instituir o

acordo de leniência se preocupou com a cessação da prática ilícita, uma vez que não é possível fazer o acordo com o agente infrator enquanto este continuar cometendo o ilícito.

Dessa forma, após, abordadas os principais aspectos da proteção administrativa da ordem econômica e defesa da concorrência, passar-se-á a análise da proteção estabelecida através do judiciário, através da análise de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

3.2 DECISÕES DO TJ/RS SOBRE INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

Os Tribunais de Justiça dos estados brasileiros frequentemente são desafiados a se manifestarem a respeito de controvérsias que envolvem infrações à ordem econômica. Para a coleta de dados, que serão objeto da análise de decisões judiciais, elegeu-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o que permitirá obter informações de uma realidade próxima.

A primeira decisão a ser analisada é uma apelação cível e agravo retido, julgado pela Vigésima Câmara Cível, em atenção ao recurso nº 70060805850, ao qual negou-se provimento no que refere-se a configuração da infração à ordem econômica:

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. AUMENTO ARBITRÁRIO DE LUCROS. POSTO DE COMBUSTÍVEL. TRANSGRESSÃO À ORDEM ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. Desnecessária a produção da prova postulada (documental, pericial e testemunhal), visto que, considerando os limites da controvérsia, o extenso acervo documental contido nos autos já se mostra suficiente para o desenlace do litígio, notadamente quando a promoção ministerial se concentra exclusivamente na variação da margem bruta do lucro. Agravo retido desprovido.

2. Não restou comprovado nos autos a alegada prática de lucro abusivo do preço da gasolina comum no período compreendido nos dias 16/10/2012 a 23/10/2012. Assim, mantém-se a sentença de improcedência da ação.

AGRAVO RETIDO E APELO DESPROVIDOS. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

O Ministério Público, irrisignado com a decisão do juízo a quo, que indeferiu seu pedido em ação coletiva movida contra o Posto Nonemacher Brasil LTDA, por entender que não restou caracterizada a prática de lucro abusivo no preço da gasolina comum e aditivada no período compreendido entre 16 de outubro de 2012

e 23 de outubro de 2012, interpôs agravo. O ora agravante aduziu que não houve justificativas mercadológicas para os reajustes praticados pela empresa demandada (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Contudo, o Tribunal de Justiça manifestou-se negando provimento ao recurso. O Desembargador Glênio José Wasserstein Hekman, argumenta em sua fundamentação que:

A Lei nº 12.529/2011 dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e também o que prevê o § 4º do artigo 173 da CF/88, ao dispor que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (no mesmo sentido, o art. 39, do CDC).
Adianto que, para o caso dos autos, não se extrai o alegado abuso. Começa que a margem bruta de lucro – critério adotado pelo autor, e que é verificada computando-se a diferença entre o preço de aquisição (PA) e o preço de venda (PV) – não se mostra como adequada para demonstrar a alegada vantagem excessiva auferida pela ré. A perscrutação mais consentânea seria aquela baseada no lucro líquido, e que considera o resultado, após deduzidas todos os custos, inclusive operacionais.
Mesmo - argumentando - que o parâmetro fosse o adotado pelo requerente - não haveria suporte a juízo de procedência, porque, segundo a planilha do próprio autor, o percentual majorado no período do desabastecimento, foi o de 4,44% para a gasolina comum, e de até 4,35% para a aditivada. Ocorre que a incidência de tais percentuais não são de molde a configurar abusividade. Não consta que os preços praticados pela ré tenham desbordado daqueles da concorrência, e o argumento da contestação é razoável, ou seja, tivesse a requerida vendido a preços menores do que os do mercado, então ela é que ficaria, rapidamente, com seus tanques vazios, e sem possibilidade de reposição do seu estoque, para atender à sua clientela. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Dessa forma, diante do exposto pelo relator, não foi comprovado que os preços praticados pela ré fossem abusivos em relação a concorrência. Ou seja, não houve elementos de prova suficientes para comprovar, de fato, a prática de infração à ordem econômica.

A próxima decisão para análise é o recurso n ° 70069276525, o qual teve o apelo negado e a sentença mantida, configurando a prática de abuso de poder econômico com infração da ordem econômica:

Apelação cível. Ação condenatória. Direito da propriedade industrial. Propaganda comparativa. Violação do direito de imagem. Cabimento da tutela inibitória e da indenização arbitrada pelo dano moral. Caso concreto. Matéria de fato. Análise das provas. Concorrência desleal. Veiculação de propaganda comparativa, onde indicada nome e preços praticados pela autora, de notória inferioridade econômica, consubstanciado abuso do poder econômico, com infração à ordem econômica, mais precisamente, à livre concorrência. Arts. 170, IV, da CF e 20, I, e 29 da Lei nº 8.884/94.

Sentença de procedência mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Apelo não provido. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Assim, a supramencionada decisão trata de apelação cível interposta por WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA, em face de RIGHI COMERCIO E GENEROS ALIMENTICIOS LTDA, por ter sido condenada a prática de concorrência desleal ao fixar em seus estabelecimentos cartazes com preços comparativos de seus produtos com o concorrente, com valores inverídicos, induzindo o consumidor a erro e prejudicando a imagem do outro estabelecimento. Diante da situação, o juízo a quo condenou a parte ré a realizar a contrapropaganda no jornal local e ao pagamento de indenização por danos morais, sentença essa que foi mantida pelo Desembargador Ney Wiedemann Neto com a seguinte argumentação:

No caso dos autos existem evidências que demonstram ter sido desleal a concorrência praticada pela ré ante a abusividade na realização da propaganda comparativa. Isto porque, além de expor a imagem da autora em seu estabelecimento, indicou preços incorretos dos produtos da autora, como se verifica do encarte de fl. 44, que indica preço do produto pipoca Yok para micro-ondas em R\$ 1,59, sendo que na propaganda da autora consta o valor de R\$1,32, fls. 46. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Houve, portanto, abuso do poder econômico de parte da demandada, com infração à ordem econômica, mais precisamente, à livre concorrência, nos termos do art. 170, IV, da Constituição Federal.

A Apelação Cível número 70067267716, julgada pela Décima Oitava Câmara Cível, também trata do aumento do preço dos combustíveis em época de desabastecimento:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO). AGRAVO RETIDO. PROVA PERICIAL E REMESSA DE OFÍCIOS. INDEFERIMENTO. DECISÃO MANTIDA. EXEGESE DO ART. 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Caso em que dispensáveis as provas requestadas, pois suficiente a prova documental já existente nos autos para a formação de convencimento seguro a respeito do direito de ambas as partes.

MÉRITO. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. AUMENTO ARBITRÁRIO DE LUCROS DURANTE PERÍODO DE DESABASTECIMENTO. POSTO DE REVENDA DE COMBUSTÍVEL. TRANSGRESSÃO À ORDEM ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA. MARGEM DE LUCRO CONSTATADA EQUIPARÁVEL À MÉDIA VERIFICADA NO PERÍODO. AUSENTE, ADEMAIS, HIPÓTESE QUE IMPONHA O CONTROLE REPRESSIVO DO ESTADO NA FIXAÇÃO DE PREÇOS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIBERDADE EMPRESARIAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. SENTENÇA

MANTIDA. AGRAVO RETIDO E RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDOS. UNÂNIME (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra a sentença que julgou improcedente a ação civil pública ajuizada em face de Posto de Combustíveis e Serviços Brzinho LTDA. O apelante em suas razões alega que a ré teria aumentado de modo abusivo a margem bruta dos lucros na comercialização de derivados de petróleo. Alega que houve práticas abusivas, lesivas aos consumidores e infração à ordem econômica. Contudo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manifestou-se em não dar provimento ao Agravo Retido e nem para a Apelação Cível, sob o argumento de que inexistem provas suficientes que comprovem a prática abusiva, uma vez que o preço praticado pela ré se aproximava muito com o de mercado. O Desembargador Pedro Celso Dal Prá destaca:

E tampouco configura a propalada abusividade o fato de ter havido o aumento em momento que teria antecedido a um desabastecimento ou, ainda, a posterior redução da margem de lucros.

Observe-se que, dentre os fundamentos adotados pela República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da Constituição Federal, encontra-se, em seu inciso iv, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

O princípio da livre iniciativa, portanto, é um dos mais importantes pilares da ordem econômica constitucional brasileira, cujo sistema é regido, ainda, pelo princípio da liberdade empresarial, ambos previstos no inciso iv e no parágrafo único do art. 170 da constituição federal.[...]

Convém mencionar, porém, que, se, de um lado a Carta Constitucional não contém mecanismos de atuação preventiva de controle da fixação de preços, contempla, de outro lado, em seu bojo, a possibilidade de controle repressivo às atividades que reflitam a prática de ilícitos, advindos do abuso do poder econômico, e que vise o aumento arbitrário dos lucros. (RIO GRANDE DO SUL, 2015, p. 08).

Assim, auferese que, para ser considerada a prática de infração à ordem econômica, é de suma importância, além da tipificação na legislação, que se traga elementos probatórios concretos que comprovem a conduta ilícita. Além disso, o aumento de lucros deve ter sido feito de forma injustificada, o que não se verificou nos casos apresentados. Concluída essa análise, passa-se a analisar casos específicos de concorrência desleal a partir de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

3.3 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL GAÚCHO QUE TRATA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL

Inicialmente será analisada a Apelação Cível nº 70051289049, julgada pela Quinta Câmara Cível, a qual julgou parcialmente procedente a ação no que se refere a publicidade enganosa e concorrência desleal:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICIDADE ENGANOSA. CONFUSÃO EVIDENCIADA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.

Havendo inequívoco nexo de causalidade entre a conduta da demandada e o prejuízo ao demandante, decorrente da concorrência desleal, cumpre que se reconheça não apenas a ilicitude da conduta da demandada, como o próprio dever reparatório fundado no disposto nos arts. 187 e 927 do CC brasileiro. Ainda, a proporcionalidade da condenação deve atentar ao fato de que se tratou de conduta abusiva e desleal por responsabilidade exclusiva da demandada, nessa dimensão devendo a parte responder pelo prejuízo causado. Ponderadas as condições fáticas do caso, tem-se por suficiente o arbitramento do quantum indenizatório em R\$ 10.000,00, valor esse adequado às circunstâncias do caso, efetuada a devida ponderação pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Associação Maria Auxiliadora em face da decisão que não acolheu sua demanda contra Centro de Educação Básica Ideau. Nas razões de apelação, a parte demandante sustenta que se o demandado “adquiriu” o Ensino Médio, deveria ter realizado sua publicidade de forma clara e precisa, não enganando uma comunidade, no sentido de que teria adquirido a escola Cristo Rei, o que dá a entender estar se referindo ao ensino médio e fundamental. Afirma que o demandado possuía junto ao Conselho autorização de funcionamento de Ensino Médio e Cursos Técnicos, não podendo, portanto, fazer publicidade com imagens de crianças. Salienta que o demandado possui autorização de funcionamento apenas do ensino médio, e fez publicidade confusa e enganosa, além de utilizar-se de nomenclatura “Escola Cristo Rei” para os cursos técnicos, quando essa nomenclatura é prerrogativa exclusiva da autora.

Nos votos a Desembargadora Maria Cláudia Mércio Cachapuz discorre no seguinte sentido:

Tem-se que a campanha publicitária que usa indevidamente nome alheio se revela contrária ao direito, uma vez que importa em concorrência desleal. A propaganda realizada pelas empresas deve respeitar certos parâmetros, em observância aos valores da livre iniciativa, pluralidade de concorrentes e

não abuso do poder econômico, com fulcro nos artigos 1º, IV; 5º, II e XXII; e 170, II e IV da CF. E a concorrência deve ser preservada, mediante a coexistência de várias empresas, nessa medida estabelecendo o artigo 195, inc, III, da Lei de Propriedade Industrial – Lei nº. 9.279/1996 - o que segue: “Comete crime de concorrência desleal quem: (...) III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem”. (RIO GRANDE DO Sul, 2016, p.04).

Desta forma, houve o reconhecimento do nexo de causalidade entre a conduta da demandada e o prejuízo ao demandante, decorrente da concorrência desleal e ainda, o reconhecimento do dever reparatório fundado nos Arts. 187 e 927 do Código Civil, restando evidenciado o abalo da imagem da escola e conseqüentemente econômico. Assim foi arbitrado quantum indenizatório em R\$ 10.000,00 e a reforma da sentença (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

A seguir passar-se-á a analisar a apelação cível nº 70069718534, julgada pela Quinta Câmara Cível, a qual acolheu parcialmente a demanda:

AÇÃO INIBITÓRIA CUMULADA COM DANOS MORAIS. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL. COMERCIALIZAÇÃO DE CILINDROS PNEUMÁTICOS COMO SE FOSSEM FABRICADOS PELA AUTORA. CONTRAFAÇÃO. CONCORRÊNCIA DESLEAL. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

I. Nos termos do art. 14, do CPC/2015, a norma processual não retroagirá, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada. Dessa forma, aplicam-se ao caso as disposições constantes do CPC/1973, em vigor quando da prolação da sentença e da interposição do presente recurso.

II. Diante da possibilidade de identificação dos sócios da pessoa jurídica, ora requerida, através do contrato social, torna-se prescindível a regularização da sua representação processual. Revelia afastada.

III. A sentença julgou parcialmente procedente a ação, deixando de condenar a requerida na obrigação de não comercializar produtos similares provenientes de outras empresas ou de fabricação própria, sem haver insurgência recursal da autora, transitando em julgado tal questão.

IV. É sabido que o direito de propriedade sobre as marcas está protegido pela Constituição Federal e pela Lei de Propriedade Industrial. Inteligência do art. 5º, XXIX, da Carta Magna, e do art. 129, da Lei nº 9.279/96. Outrossim, é fato incontroverso nos autos que, através de contrato verbal entabulado pelas partes, a empresa-ré foi representante comercial exclusiva dos produtos fabricados pela autora, quais sejam, os cilindros pneumáticos.

V. No caso concreto, porém, de acordo com o contexto fático-probatório, em especial a análise das provas pericial e testemunhal, ficou comprovada a venda pela requerida dos referidos produtos como se fossem fabricados pela autora, induzindo os clientes em erro, bem como evidenciando a concorrência desleal.

VI. Manutenção dos danos materiais, uma vez que não houve insurgência recursal expressa neste ponto, sendo descabida qualquer deliberação a respeito.

VII. No que concerne aos danos morais, em que pese o entendimento sobre a possibilidade de a pessoa jurídica ser passível de abalo moral, tenho que a hipótese dos autos não reflete o dano in re ipsa, razão pela qual cabia a parte autora demonstrar a efetiva ocorrência do prejuízo extrapatrimonial

em virtude da contrafação dos produtos e da concorrência desleal, nos termos do art. 333, I, do CPC/1973, o que não ocorreu.

VIII. Redimensionamento da sucumbência, observado o maior decaimento da ré em suas pretensões. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Trata-se de recurso de apelação interposto por Pneumax Comércio de Equipamentos Pneumáticos para Automação Ltda. contra a sentença da Ação Inibitória cumulada com indenização por danos materiais e morais ajuizada por Metal Work - Pneumática do Brasil Ltda., na qual a requerida foi acusada de vender produtos como se fossem fabricados por ela, induzindo os clientes ao erro e evidenciando a concorrência desleal.

Após analisadas as provas apresentadas e a oitiva de testemunhas foi constatado que a ré realizava a venda de produtos com características idênticas aos da autora, mas de origem diversa, restando caracterizada a contrafação e a concorrência desleal por parte da ré, nos termos do art. 2º, inciso V, da Lei nº 9.279/96. Dessa forma, foi mantida a sentença que condena a empresa ré a pagar danos materiais, mas descabendo danos morais, não pelo fato de ser pessoa jurídica, mas porque esse abalo moral não ficou devidamente comprovado.

Por conseguinte, o próximo julgado a ser analisado, diz respeito à apelação cível nº 70068471754, julgada pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado, no que diz respeito a propriedade intelectual e industrial e concorrência desleal reconhecida, conforme ementa a seguir:

Apelação cível. Propriedade intelectual e industrial. Ação de obrigação de não fazer cumulada com ação condenatória. Empresas revendedoras de gás liquefeito de petróleo. Conflito existente entre marca e nome comercial. Utilização de mesmas cores, mesmo tratando-se de fornecedoras de produtos de distribuidoras diversas. Trade dress. Necessidade de proteção do conjunto da imagem. Caso concreto. Matéria de fato. Análise das provas. Concorrência desleal. Violação reconhecida. Evidente intuito de desvio de clientela e confusão perante o público consumidor. Sentença de procedência confirmada por seus fundamentos. Manutenção da verba indenizatória e honorária. Apelo não provido. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Trata-se de ação inibitória ajuizada por Galea e Alves Ltda, em face de Regis Zimmer dos Satos e Forte Gás Comércio de Gás Ltda, sob fundamento que a distribuidora e revendedora de gás GLP, com nome fantasia “Gás do Forte” sob bandeira da Liquigás Distribuidora S/A. A primeira requerida passou a vender gás GLP com as cores verde e amarelo com a expressão “Forte Gás”, sem autorização

da SHV Gás Brasil Ltda, da qual é distribuidora, sob as cores e laranja e vermelho. Na sentença proferida, julgada procedente a ação, foi determinado que os requeridos efetuem a troca de sua razão social perante a junta comercial e não utilizem o nome Forte Gás em seu comércio sob pena de multa. Ainda os réus foram condenados a pagar para a autora dano moral no valor de R\$ 40.000,00, além dos honorários advocatícios (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

O apelante alegou a ilegitimidade da parte autora para reivindicar a exclusividade do uso das cores da Liquigás, ressaltando que não há qualquer norma que obrigue ou dê exclusividade de uso das cores verde e amarelo às revendedoras Liquigás. Afirma ainda, que há de ter adquirido de forma contratual direito ao uso do nome fantasia “Forte Gás” e que apenas através de processo administrativo junto ao INPI ou perante a Justiça Federal poderá haver decisão de inutilização da marca (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Assim, o Desembargador Ney Wiedemann Neto em seu relatório, destaca que o que está sendo questionado não é a exclusividade no uso das cores da Liquigás, mas sim que esta se abstenha de utilizar as cores verde e amarelo na comercialização de GLP e similares, por serem as mesmas cores usadas em seu estabelecimento, assim como o nome ser idêntico de seu estabelecimento. Ademais, a utilização similar das cores e do nome induz o consumidor ao erro, gerando desvio de clientela. Por conseguinte a incompetência alegada também não foi acolhida, uma vez que, no presente caso está sendo discutida a concorrência desleal, e não há interesse do INPI no caso. Portanto, o apelo foi negado com a referida sentença mantida.

Portanto, diante dos julgados analisados, verificou-se que a prova para a comprovação da conduta tipificada como concorrência desleal é indispensável. Ainda, para o arbitramento do quantum indenizatório deve ser levado em conta as peculiares circunstâncias do caso adequado ao princípio da proporcionalidade, o quem tem ocorrido nas sentenças proferidas.

Ainda, tem se que para ocorrer a efetiva condenação de infração à ordem econômica assim como de concorrência desleal, é necessário que a prática abusiva prejudique o mercado econômico, ou seja, os concorrentes ou consumidores. Da mesma forma, aufere-se que os princípios da ordem econômica, associados a Carta Magna são claramente observados conforme o relatório dos desembargadores de cada julgado.

Conclui-se, ao final, que as práticas consideradas infracionais à ordem econômica, dentre elas a concorrência desleal, são passíveis de punição, tanto em esfera administrativa quanto judicial. A dificuldade que se verifica em muitos casos é a produção de provas da conduta e da intencionalidade do agente.

Sempre que houverem concorrentes ou consumidores lesados pelas espécies de condutas tipificadas na legislação, é possível buscar, judicialmente, a reparação dos respectivos danos, em ação individual ou coletiva, conforme o caso. Ou seja, a legislação brasileira encontra-se satisfatoriamente estruturada para o combate dessas práticas infracionais, ainda assim, provavelmente muitos casos sequer cheguem ao conhecimento das autoridades competentes, e dos casos apurados, muitos são considerados improcedentes, alguns porque realmente o são, e outros pela dificuldade de se constituir provas das condutas dos agentes e principalmente da sua intencionalidade, uma vez que, para se configurar a infração à ordem econômica, é preciso comprovar que o agente tinha o intuito de prejudicar concorrentes ou o mercado.

CONCLUSÃO

A presente monografia buscou, no decorrer de seus capítulos, analisar questões relevantes com relação à proteção da ordem econômica e a defesa da concorrência através da intervenção do Estado.

Para tanto, a partir da análise dos princípios da livre Iniciativa e da livre concorrência, previstos no Art. 170 da Constituição Federal, além da legislação infraconstitucional, em especial as leis nº 9.279/1996 e 12.529/2011 buscou-se traçar os elementos dessas infrações e da concorrência desleal, assim como a repressão dessas condutas através da intervenção estatal, tanto em esfera administrativa, quanto judicial.

A possibilidade do Estado intervir e regular a ordem econômica nem sempre esteve prevista na legislação. As cartas constitucionais baseadas no sistema liberal concediam ampla liberdade aos particulares para atuarem no campo econômico. Após a concepção liberal, e com a influência do direito antitruste norte-americano, a partir da Constituição de 1934, ocorreram significativas mudanças. O Estado, a fim de solucionar os problemas sociais da época, deixou de ser inerte sobre o tema e passou a ter legitimidade para intervir no campo econômico com o intuito de promover o desenvolvimento do país. A defesa da concorrência passou a ser vista como importante meio de desenvolvimento. A partir da previsão dos artigos 170, 173 e 174 da Constituição de 1988, e das leis infraconstitucionais, passou-se a se reprimir as condutas abusivas.

O ser humano é naturalmente competitivo, característica advinda do sistema capitalista, e para garantir a proteção da ordem econômica e a defesa da concorrência, foi necessário uma legislação específica que estabelecesse mecanismos que reprimissem as condutas ilícitas. Além da previsão constitucional, é através das leis 9.279/1996 e 12.529/2011 que se procura coibir as práticas que são incompatíveis com o regime.

Cabe destacar, que a Lei 12.529/2011, que regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, vem ganhando forças, hoje ela é um importante

instrumento instaurador de políticas de Estado. Esse sistema é formado por dois órgãos: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF). (BRASIL, 2011). Esses órgãos possuem papel primordial, uma vez que atuam preventivamente no controle das estruturas de mercado e possuem ação repressiva, agindo nas condutas abusivas de competição.

A hipótese levantada inicialmente para responder ao problema de pesquisa, afirmava que por meio da norma regulamentadora, o Estado oferece os mecanismos suficientes para coibir e reprimir as práticas concorrenciais ilícitas. Essa hipótese restou comprovada, ainda que se observem dificuldades em relação à constituição de provas de tais condutas e principalmente da intencionalidade do autor.

Assim, diante da doutrina, legislação e das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conclui-se que o Estado possui caráter regulador, criando normas que disciplinam a conduta dos particulares no campo econômico. Contudo, diante da análise jurisprudencial, constatou-se que para a caracterização e consequente repressão das infrações da ordem econômica e da concorrência desleal é importante, além da previsão em lei, a produção de provas que deixem clara a intenção do infrator além de se comprovar que a conduta abusiva causou prejuízos aos consumidores ou ao mercado concorrente.

Assim, a intervenção do Estado para garantir a livre iniciativa e a livre concorrência tem o intuito de proporcionar o equilíbrio entre os agentes econômicos e garantir a todos o acesso livre ao mercado, de modo que a competição alcance os recursos econômicos, preços justos, impedindo dessa forma, o abuso do poder econômico.

A escolha do presente tema deu-se em razão das práticas reiteradas de condutas infracionais e anticoncorrenciais, fato que se comprova pela vasta jurisprudência disponível sobre o tema. A pesquisa é relevante, uma vez que a defesa da concorrência na sociedade contemporânea é uma exigência para o desenvolvimento da economia.

Nesse sentido o estudo se mostra extremamente proveitoso, para o conhecimento da própria pesquisadora e como objeto de pesquisa para acadêmicos e estudiosos que se interessem pela temática. Também é útil para a sociedade como um todo, pois apresenta informações detalhadas sobre as modalidades infracionais e a legislação vigente para a sua repressão. A pesquisa abre espaço

para novas reflexões, que permitam analisar mais profundamente o posicionamento dos tribunais sobre esse tema tão relevante e que afeta de forma tão intensa o mercado e o mundo empresarial.

REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários á Constituição do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. **Lei. 9.279/1996**. Diário Oficial da União/Brasília,DF,14 mai. 1996. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.
- _____. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1891.
- _____. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1934.
- _____. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1967.
- _____. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. **Lei 12.529/2011**. Diário Oficial da União/ Brasília, DF, 30 nov.2011. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/-ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>>. Acesso em: 12 nov.2016.
- BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CORRÊA, Oscar Dias. **O sistema político-econômico do futuro**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- FINKELSTEIN, Maria Eugenia. **Direito Empresarial**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GAMA CERQUEIRA, João, **Tratado da Propriedade Industrial**. Vol II. Ed Revista Forense. Rio de Janeiro, 1956.

JUSTEN, Filho Marçal. **O direito das Agencias reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo XVII (Parte Especial). 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. TJ/RS. **Apelação Cível Nº 70060805850**, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein, Julgado em 16/12/2015. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. TJ/RS. **Apelação Cível Nº 70069276525**, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 25/08/2016. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. TJ/RS. **Apelação Cível Nº 70067267716**, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 15/12/2015. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. TJ/RS. **Apelação Cível Nº 70051289049**, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Claudia Cachapuz, Julgado em 31/08/2015. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. TJ/RS. **Apelação Cível Nº 70069718534**, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 26/10/2016. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. TJ/RS. **Apelação Cível Nº 70068471754**, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 09/06/2016. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUZA, Milton Cardoso Ferreira de. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. In: Revista dos tribunais, São Paulo, 1994.

SOUZA, Neomésio José de. **A evolução da ordem econômica nas constituições brasileiras e a adoção do ideal do desenvolvimento como programa constitucional**. In: Revista de direito público, São Paulo, 1980.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. São Paulo: Editora LTDA, 2005.

SQUIZZATO, Ana Carolina. **Direito Financeiro e Econômico**. São Paulo: Método, 2014.

SUNDFELD Carlos Ari. **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.