

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

EVELYN FERNANDA GLUSZCZAK

**O DIREITO EMPRESARIAL E A CONCORRÊNCIA DESLEAL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2016

EVELYN FERNANDA GLUSZCZAK

**O DIREITO EMPRESARIAL E A CONCORRÊNCIA DESLEAL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentado às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para avaliação do Componente Curricular do Curso de Direito.

Orientadora: Prof.^a Esp. Rosmeri Radke Cancian

Santa Rosa

2016

EVELYN FERNANDA GLUSZCZAK

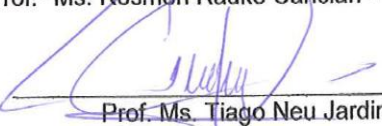
**O DIREITO EMPRESARIAL E A CONCORRÊNCIA DESLEAL
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

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

Banca Examinadora



Prof.^a Ms. Rosmer Radke Cancian – Orientadora



Prof. Ms. Tiago Neu Jardim



Prof. Ms. Roberto Pozzebon

Santa Rosa, 07 de dezembro de 2016.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos os acadêmicos da FEMA, bem como, aos professores que possam fazer bom uso desta pesquisa.

Dedico também a todas as pessoas da comunidade em geral, que possam vir a se interessar pelo que trata o presente Trabalho de Conclusão de Curso.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela força e coragem depositada em mim, durante toda a caminhada acadêmica.

Ao meu amor, Regis Alexander de Lima, todo o meu carinho e apreço pelo companheirismo nas horas mais difíceis dessa jornada.

Aos meus pais, Neiva e Milton agradeço por todo o apoio, esforço e incentivo para que este sonho chegasse ao fim. A eles, Eduarda e Henrique meu muito obrigado por todas as vezes que entenderam minha ausência nesses longos anos, e mesmo assim, sempre me trataram com carinho, atenção e amor. Contem sempre comigo irmãos!

A minha queridíssima orientadora, Professora Rosmeri Radke Cancian, o meu mais sincero agradecimento por todas as horas dedicadas à esta pesquisa. És peça fundamental deste quebra-cabeça. Obrigada do fundo do meu coração.

Meu agradecimento em especial aos demais professores, funcionários e à coordenação do Curso de Direito da FEMA.

O que levo no coração é a gratidão por todos vocês! Obrigada!

“Nunca deixe que lhe digam que não vale a pena acreditar no sonho que se tem. Ou que seus sonhos nunca vão dar certo. Ou que você nunca vai ser alguém (...) Se você quiser alguém em quem confiar, confie em si mesmo. Quem acredita sempre alcança”.

Renato Russo

RESUMO

A presente monografia busca analisar o Instituto da Concorrência Desleal como meio fraudulento para desvio da clientela, partindo de um embasamento teórico, com base na doutrina e na legislação amparando-se nos principais autores que tratam dessa temática, bem como, a legislação aplicável quando da incidência e da prova de tal conduta. Para conhecer o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, far-se-á uma pesquisa de jurisprudência, tanto de casos procedentes quanto improcedentes de concorrência desleal. Na Justiça, o ônus da prova incumbe ao autor da ação, se não provar os fatos constitutivos do seu direito, a ação deve ser julgada improcedente. Dessa constatação surge a seguinte questão norteadora deste estudo: a dificuldade de produzir provas documentais e periciais da concorrência desleal aumenta o risco de impunidade para esse tipo de conduta? Logo, além de analisar o Instituto da Concorrência Desleal como meio fraudulento de desvio da clientela, a presente pesquisa busca compreender a dificuldade probatória como fator determinante da impunidade para esse tipo de conduta. A escolha do presente tema se deve ao fato de tratar-se de assunto de relevância jurídica e econômica, pois a discussão dessa temática instrui os empresários e afins, a respeito da concorrência desleal, além de tratar de fatores econômicos que tocam a todos os cidadãos. A metodologia do trabalho consiste em pesquisa teórica com reflexão e análise de doutrina, legislação e jurisprudência no período de 2015 a 2016. A pesquisa tem natureza teórica, e foco explicativo, com procedimentos técnicos e bibliográficos que buscam tratar sobre o conteúdo probatório da concorrência desleal no âmbito empresarial. É uma pesquisa qualitativa, e o método utilizado é o hipotético dedutivo, pois busca interpretar e compreender diversas formas de concorrência desleal e, conseqüentemente, suas penalidades. No primeiro capítulo busca-se entender o instituto da concorrência desleal, seu conceito, evolução histórica e seus pressupostos, aborda-se sobre a necessidade ou não da ocorrência de dano, dolo ou fraude, bem como a necessidade de existência de clientela e a colisão de interesses econômicos. Já, no segundo capítulo, trata-se sobre a prevenção e repressão administrativa da concorrência desleal. Destaca-se que o Estado tem papel fundamental na fiscalização da atividade econômica, assegurando aos empresários a proteção contra os atos lesivos dos seus concorrentes, através do Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE, autarquia que atua à luz da Lei de Defesa da Concorrência. Por fim, não menos importante, o terceiro capítulo, retrata o caminho a ser percorrido na via judicial para resolver eventuais controvérsias sobre a concorrência desleal, mencionando de forma clara e objetiva a função do Judiciário frente às decisões do CADE, bem como, todo o aparato legal, das esferas penal e civil no que tange a punição das práticas de concorrência desleal.

Palavras-chave: concorrência desleal - desvio de clientela - dificuldade probatória

ABSTRACT

The present monograph searches to analyze the Disloyal Competition's Institute as a fraudulent way of clients' deviation, from a theoretical basement, based on doctrine and legislation supported at the main authors that treat about this thematic, and also, the applicable legislation at the moment of the incidence and proof of this conduct. To know the positioning of Rio Grande do Sul's Justice Court, it will be done a jurisprudential research, both founded and unfounded cases of disloyal competition. In Justice, the burden of proof is a task of the action's author, if he does not prove the constitutive facts of his rights, the action may be judged unfounded, from this verification emerges the following guiding question of this study: Does the difficulty of producing documental and expert proof of disloyal competition increases the risk of impunity for this kind of conduct? So, besides analyzing the Disloyal Competition's Institute as a fraudulent way of client's deviation, the present research searches to comprehend the probative difficult as determinant factor of impunity for this kind of conduct. The choice of the present theme is due to the fact that it is a subject of juridical and economical relevance, because the discussion of this thematic instructs the businessman and related ones, about disloyal competition, besides treating about economical factors that touch all the citizens. The paper's methodology consists in theoretical research with reflection and analysis of doctrine, legislation and jurisprudence at the period of 2015 until 2016. The research has theoretical nature, and explanative focus, with technical and bibliographic procedures that search to treat about the probative content of disloyal competition in business scope. It is a qualitative research, and the used method is the hypothetical deductive, because it searches to interpret and comprehend many ways of disloyal competition and, as consequence, its punishments. At the first chapter it searches to understand the disloyal competition's institute, its concept, historical evolution and its presuppositions, it approaches about the need or not about damage's, intent's or fraud's occurrence, as well as the need of client's existence and the collision of economical interests. At the second chapter, we treated about prevention and administrative repression of disloyal competition. It stands out that State has fundamental role at economical activity's supervision, assuring to businessman the protection against damaging acts of their competitors, through the Administrative Council for Economic Defense - ACED, autarchy that acts according to the Law of Competition's Defense. At end, not less important, the third chapter, portraits the path to go through at judicial way to resolve eventual controversies about disloyal competition, mentioning clear and objectively the Judiciary's function in front of ACED's decisions, as well as, all legal apparatus, of criminal and civil spheres about punishment of disloyal competition's practices.

Keywords: disloyal competition - client's deviation - probative difficult.

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

CADE- Conselho Administrativo de Defesa Econômica

FEMA- Fundação Educacional Machado de Assis

SBCD – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE- Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça

SEAE- Secretária de Acompanhamento Econômico do Ministério

§ - parágrafo

p. – página

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A CONCORRÊNCIA DESLEAL	14
1.1 O INSTITUTO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL NO DIREITO BRASILEIRO: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRESSUPOSTOS	15
1.2 (DES) NECESSIDADE DA OCORRÊNCIA DE DANO, DOLO OU FRAUDE	21
1.3 A EXISTÊNCIA DE CLIENTELA E A COLISÃO DE INTERESSES ECONÔMICOS	23
2 INSTÂNCIAS DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO ADMINISTRATIVA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL.....	27
2.1 O CADE- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA.....	28
2.2 O PROCESSAMENTO E AS INSTÂNCIAS DECISÓRIAS	30
2.3 AS PENAS E A FORÇA EXECUTIVA DAS DECISÕES DO CADE	34
3 A VIA JUDICIAL PARA RESOLVER CONTROVÉRSIAS SOBRE A CONCORRÊNCIA DESLEAL	39
3.1 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PROCESSO	39
3.2 A DIFICULDADE PROBATÓRIA.....	44
3.3 ANÁLISE DE DECISÕES PROCEDENTES DE CONCORRÊNCIA DESLEAL PROFERIDAS PELO TJ/RS.....	48
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso busca analisar os contornos e limites da Concorrência Desleal praticada no âmbito do Direito Empresarial. Delimita-se ao estudo nas particularidades e nos limites da Concorrência Desleal, partindo de um embasamento teórico para uma análise prática de casos concretos, adentrando no estudo da legislação aplicável, e da dificuldade probatória de tal conduta. Para tanto, realiza-se uma pesquisa jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acerca do tema, com o intuito de conhecer o posicionamento do judiciário gaúcho nos últimos cinco anos. Ainda, o estudo tem por base os principais autores que tratam da temática.

Com base na pesquisa identifica-se que a concorrência desleal é um instituto com elevado grau de subjetividade, em que não se pode levar em conta o fim almejado por quem pratica o ato, e sim o meio empregado para se chegar a esse fim, vez que tanto a concorrência desleal quanto a leal possuem o objetivo de atrair a clientela alheia. Daí então nota-se o quão difícil é diferenciar a concorrência leal da desleal.

Para que se configure a conduta desleal, não é necessária a verificação de dolo ou fraude, basta a ocorrência da conduta culposa. Também é desnecessária a existência de dano, pois sua simples possibilidade ou iminência do resultado gravoso autoriza o agente a buscar, judicialmente, a tutela para fazer cessar tais atos. Trata-se de ilícito penal que gera efeitos civis, já que pode ensejar o dever de reparação. Para a reparação civil, no entanto, a prova do dano se faz necessária (REQUIÃO, 2009).

Na Justiça, o ônus da prova incumbe ao autor da ação. Se não provar os fatos constitutivos do seu direito, como exige o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, a ação deve ser julgada improcedente. No entanto, constituir prova da conduta abusiva nem sempre é fácil, principalmente pelo alto grau de subjetividade que envolve a matéria. Dessa constatação é que surge a questão norteadora deste estudo: a dificuldade de produzir provas documentais e periciais da concorrência desleal aumenta o risco de impunidade para esse tipo de conduta?

O objetivo geral do estudo é analisar os limites entre a concorrência leal e desleal. Busca-se, especificadamente, estudar as principais teorias e autores que

tratam da concorrência desleal, assim como a legislação cabível para coibir esse tipo de conduta praticada por pessoas do ramo empresarial, e ainda, investigar o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em casos que versem sobre o tema.

De fato, aqueles que se inserem no mundo empresarial se defrontam com a concorrência, vez que é perfeitamente normal a intenção de cada empresário em atrair clientela para o seu estabelecimento. Essa intenção deve ser manifestada de forma lícita, com base nos princípios da honestidade, lealdade e boa-fé. O ordenamento jurídico protege os interesses de todos, buscando estabelecer certa equidade, coibindo e vedando as práticas consideradas desleais no mundo empresarial.

A metodologia do trabalho consiste em pesquisa teórica com reflexão e análise de doutrina, legislação e jurisprudência proferida nos últimos cinco anos. A monografia tem como objeto a pesquisa de natureza teórica, a qual será realizada por meio de estudos bibliográficos referentes ao instituto da concorrência desleal. A partir das leituras bibliográficas e jurisprudenciais buscam-se entendimentos no que se refere ao conteúdo probatório da concorrência desleal no âmbito empresarial, para estabelecer possíveis meios de averiguação da conduta desleal, e do fator probatório da mesma.

Dessa maneira, a pesquisa tem foco explicativo, com procedimentos técnicos bibliográficos, e possui a finalidade de apurar a dificuldade probatória como fator determinante da impunidade da conduta desleal. Ainda, é qualitativa, pois busca interpretar e compreender diversas formas de concorrência desleal e, conseqüentemente, suas penalidades.

Será realizada por meio de análise de bibliografias sobre o instituto da concorrência desleal amparando-se, para tanto, nos principais autores que tratam dessa temática, e a legislação aplicável quando da incidência e prova de tal conduta, tanto na seara cível quanto na penal, em artigos científicos, entre outros, do espaço acadêmico, através de forma documental em doutrinas referentes ao assunto, e de análise e reflexão acerca do tema por meio de escrita e leituras. Por fim, a pesquisa decorrerá da reflexão e construção a partir das leituras bibliográficas, conseqüentemente terá como método, o hipotético dedutivo.

A matéria em questão trata de assunto de relevância jurídica e econômica, pois sua discussão instrui os empresários e afins, a respeito da concorrência desleal

além de tratar de fatores econômicos que tocam a todos os cidadãos, bem como, evidencia os obstáculos causados às pequenas empresas e os seus efeitos negativos para a sociedade em geral. Nesse sentido se configura em instrumento que gerará conhecimentos para a própria pesquisadora e para a comunidade acadêmica que busca conhecer mais sobre essa temática.

Para atingir os objetivos propostos divide-se o trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo aborda-se o instituto da concorrência desleal no direito brasileiro, se analisa o limite entre legalidade e ilegalidade, e posterior conceituação, evolução histórica e pressupostos para a caracterização da concorrência desleal. Em seguida se discorre sobre a (des)necessidade da ocorrência de dano, dolo ou fraude para que se configure a concorrência desleal, bem como, a existência de clientela e a colisão de interesses econômicos.

No segundo capítulo estuda-se a prevenção e a repressão administrativa da concorrência desleal, analisa-se a atuação do Estado enquanto órgão fiscalizador das práticas concorrenciais consideradas ilegais no ramo empresarial, através do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia revestida com a característica de autoridade, competente para impor certas condutas e da mesma forma, reprimir outras consideradas desleais.

Por fim, o terceiro capítulo da pesquisa retrata o caminho a ser percorrido para resolver eventuais controvérsias sobre a concorrência desleal na esfera judicial. Seara esta, responsável pela revisão das decisões proferidas pela CADE no âmbito administrativo, bem como a repressão civil e a repressão penal para as condutas de concorrência desleal.

1 A CONCORRÊNCIA DESLEAL

O objetivo de todo empresário é ter a maior clientela possível e dominar o mercado em seu ramo de atividade, deixando para seus concorrentes menor parcela de consumidores. Esse desejo, se realizado por meios lícitos e de boa fé, são admitidos em nosso ordenamento jurídico. Por outro lado, o ato desonesto, desleal, previsto pelo legislador, foi classificado no campo da ilicitude.

O conceito do que é leal e desleal na concorrência evoluiu com o tempo, prova disto é que os atos desonestos estão cada vez mais dotados de requinte e sutileza. Tentar buscar um conceito exato para a concorrência desleal é buscar o invisível, pois é muito vago, dotado de valor moral.

Há, portanto, duas formas de concorrência para fins de prestigiar a livre iniciativa: a leal e a desleal. Somente uma delas é vista como regular, já que a última sofre a repressão da lei. Para o autor Fábio Ulhôa Coelho:

A hipótese em que o empresário ganha sem prejudicar nenhum outro é a da criação de mercados novos, com introdução de produtos ou serviços até então não fornecidos aos consumidores. Porém, enquanto outros empresários não atuarem no mesmo segmento, não representa competição, pelo contrario, é caso de falta de competição. Por outro lado, quando pessoas antes excluídas ingressam no mercado de consumo, durante certo tempo os empresários que se adiantam podem lucrar sem infligir perdas aos demais. Em médio prazo, contudo, uma vez consolidado o aumento do mercado, restaura-se a concorrência e as vantagens de uns voltam a significar desvantagens de outros. (COELHO, 2008, p. 191).

Pimentel afirma que a livre concorrência faz parte da atividade empresarial, retratando-se como fator importante para o crescimento da economia de mercado e como pilar essencial na ordem econômica e financeira do país, uma vez que, a concorrência regularmente praticada, beneficia tanto o consumidor, que procura sempre adquirir produtos e serviços com preços mais acessíveis, como o empresário, que poderá potencializar a oferta de bens e serviços (PIMENTEL, 2007).

A concorrência é uma consequência inquestionável no exercício da atividade empresarial. Todavia, a mesma deve ser leal, sincera, transparente e de boa fé. A ausência desses elementos fundamentais na relação empresarial dá origem à concorrência desleal, que se configura quando empresários utilizam de meios ilegais

para auferir vantagem em detrimento a outros empresários do mesmo ramo (MARTINS, 2006).

É exatamente o limite entre a legalidade e a ilegalidade o objeto da presente pesquisa. No entanto, para contextualizar adequadamente o tema, busca-se conceitua-lo e compreender sua evolução ao longo da história, além de delimitar os pressupostos necessários para a sua ocorrência.

1.1 O INSTITUTO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL NO DIREITO BRASILEIRO: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEUS PRESSUPOSTOS

O termo “concorrência desleal” refere-se a um conjunto de condutas praticadas pelo empresário, de maneira fraudulenta ou desonestamente, com o objetivo de afastar a freguesia do concorrente. Nas palavras de Gama Cerqueira, tem-se por concorrência desleal todos os atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados com o objetivo de desviar de maneira direta ou indireta, a clientela de um ou mais concorrentes, e assim posteriormente, lhe causar prejuízos (CERQUEIRA, 1982).

Para Requião, o elemento integrador da concorrência desleal é a violação dos princípios da honestidade comercial, da lealdade, dos bons costumes e da boa-fé. Segundo o autor,

A concorrência desleal é instituto jurídico cujo conceito ainda se encontra em formação, tanto assim que a sua própria denominação suscita controvérsia, pois se a expressão concorrência tem sentido exato, o adjetivo desleal é obscuro, dependendo do vago conceito de deslealdade. (REQUIÃO, 2009, p. 369).

Como se pode observar, ainda existem controvérsias a respeito da conceituação da concorrência desleal na atualidade. Trata-se de tema que surgiu juntamente com o comércio, menos perceptível no início, mas que cresceu em importância, principalmente a partir da Revolução Industrial.

No decorrer do período medieval, em que o comércio desenvolveu-se, não se faziam tão intensos os anseios da livre competição. As corporações mantinham estreita disciplina, e com o tempo passaram a regular a produção e a bloquear a economia livre de mercado. Foram tantos os excessos de regulamentações

corporativas, e os monopólios daí decorrentes, que se tornou fundamental regular a atividade (REQUIÃO, 2009).

Requião preceitua que, “[...] só então se concebeu a irrestrita liberdade do comércio, tendo os economistas clássicos, surgidos pouco antes, feito acentuadamente à apologia da livre concorrência, elevada à categoria de lei natural, pedra angular da economia capitalista.” (REQUIÃO, 2009, p. 367).

Após a liberação do comércio, com o sepultamento das corporações de ofício e com a concordância de que qualquer indivíduo que desejasse poderia realizar atos comerciais, iniciou-se uma série de preocupações mundiais em relação às práticas de concorrência desleal (MARTINS, 2011).

No Período Colonial Brasileiro o direito aplicado era o português e a justiça era exercida por funcionários da metrópole que utilizavam de normas das Ordenações lusas para disciplinar o meio comercial. Não existia um Direito Comercial Brasileiro (MARTINS, 2011).

Após a Independência do Brasil, em 1822, permaneceram vigorando no país as leis vigentes em Portugal, as quais eram variadas e disformes. Em 1832, pensou-se em dotar o Império de um Código Comercial, para isso a Regência nomeou uma comissão composta por comerciantes da época, que teriam a tarefa de elaborar o projeto de criação do código (MARTINS, 2011).

O projeto foi concluído em 1834, e teve como base os Códigos Francês, Espanhol, e Português. Contudo, suas normas foram adaptadas de acordo com a realidade brasileira. Logo em seguida, foi apresentado à Câmara, onde foi discutido durante 16 anos. Por fim, aprovado em março de 1850, foi sancionado pela Lei nº 556, de 25 de junho desse ano (MARTINS, 2011).

Para o autor Fernando Herren Aguillar, “[...] até a Constituição de 1946 não houve previsão constitucional em relação à disciplina da concorrência ou ao abuso econômico”. Ela previa em seu artigo 148, que “[...] a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico.” Coibia-se, em especial, as uniões de empresas que objetivassem dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar os lucros (AGUILLAR, 2009, p. 259).

Mais tarde, com a Carta de 1967, estabeleceu-se que a ordem econômica teria por fim efetivar a justiça social, com respaldo no princípio da repressão ao abuso do poder econômico (AGUILLAR, 2009).

No regime da atual Constituição (CF/88), em seu art.173, parágrafo 4º, o assunto está previsto nos seguintes termos: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” (BRASIL, 1988).

Além disso, o artigo 170, inciso IV, da Carta de 1988, estabeleceu como princípio a liberdade de concorrência. Tais mudanças na redação constitucional mantiveram como foco a caracterização do abuso do poder econômico pela dominação dos mercados, a eliminação da concorrência, bem como, o aumento arbitrário dos lucros (AGUILLAR, 2009).

A interferência da Constituição Federal na exploração da atividade econômica possibilita ao cidadão a oportunidade de introduzir-se ao mercado, exercendo a atividade empresarial, de modo a se estipular direitos, limites e obrigações em sua atuação, incentivando a livre concorrência, e conseqüentemente assegurando benefícios ao consumidor, permitindo que o mesmo busque e opte por produtos e serviços de qualidade (BRASIL, 1988).

No entanto, esta liberdade deve seguir um parâmetro de boa-fé, lealdade e honestidade, caso contrário, ao invés de garantir a sobrevivência do sistema da concorrência, acaba acarretando um desequilíbrio no crescimento econômico. Todavia, os sujeitos que devem observar esses preceitos são aqueles que exercem a empresarialidade. O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 966, considerou empresário todo aquele que exerce profissionalmente atividade econômica que visa lucro para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, excetuando aqueles quem exercem profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística.

O princípio da livre iniciativa como fundamento da organização da economia, no que se refere ao direito constitucional de explorar atividade econômica, deve ser respeitado por todos. Em relação ao Estado, esse dever se traduz na inconstitucionalidade de exigências administrativas não firmadas na lei, para o funcionamento de uma empresa. Já, em relação aos particulares, se traduz pela ilicitude de algumas práticas concorrenciais (COELHO, 2008).

O capitalismo fortaleceu a concorrência, fazendo com que mais pessoas entrassem no mercado empresarial. A partir daí também se intensificaram os atos de concorrência desleal. Para ganhar clientela e espaço no mercado muitos empresários se utilizam de práticas ilícitas e fraudulentas, prejudicando seus concorrentes.

Segundo entendimento de Rubens Requião, “[...] desde o momento em que o direito passou a reprimir a concorrência insidiosa, violenta e maliciosa, desfechada para destruir o competidor, assegurando o domínio de mercado, surgiu a teoria da concorrência desleal, como instituto jurídico comercialista”. (REQUIÃO, 2009, P. 367).

A primeira lei de repressão à concorrência desleal, conforme preceitua Hermano Duval, aconteceu na Inglaterra, em meados dos anos 1410, com base na *common law*, sendo sistematizado pela Lei alemã de 27 de maio de 1896. Ainda, destaca o autor que a concorrência desleal esta interligada a conceitos éticos e morais (DUVAL, 1976).

Na jurisprudência brasileira, a concorrência desleal iniciou-se após uma pendência judicial entre a Companhia Nacional de Tecidos de Jutas e Antônio Álvares Penteado. Segundo o autor Fabio Ulhôa Coelho, a questão era a seguinte:

O conde Álvares Penteado constituiu a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, transferindo-lhe o estabelecimento empresarial de que era titular (“a Fábrica Sant’Anna”), e em seguida alienou todas as suas ações nessa sociedade. Algum tempo depois, restabeleceu-se na mesma praça, constituindo uma sociedade concorrente (a Companhia Paulista de Aniação). O instrumento da alienação era omisso quanto à possibilidade de restabelecimento do alienante, e a Companhia Nacional de Tecidos de Juta defendia a tese de que a cláusula de não restabelecimento seria implícita em avenças dessa natureza. (COELHO, 2014, p. 53 e 54).

Atualmente o Direito Comercial Brasileiro é autônomo, subjetivo e objetivo. E de maneira geral, abrange as relações profissionais dos comerciantes, e da mesma forma, dos não comerciantes, desde que os atos praticados por esses tenham caráter comercial.

A Lei 8.884/94 (revogada pela Lei 12.529/11) estabelece os meios preventivos e repressivos no que refere às infrações de ordem econômica. Segundo Aguillar, “[...] a Lei nº 8884/94 trata das questões concorrenciais em dois planos fundamentais: o controle de concentração empresarial (também chamado de controle estrutural) e o controle das condutas anticoncorrenciais (controle de conduta).” (AGUILLAR, 2009, p. 262).

Por sua vez, a Lei 9.279/96, em seus artigos dispõe sobre diversas condutas consideradas crime de concorrência desleal, vez que comprovadas, geram ao empresário prejudicado o direito de ressarcimento dos danos sofridos, devendo ser

analisado no caso concreto, atendendo os requisitos de caracterização da concorrência desleal.

Para Rubens Requião, a repressão desta espécie de concorrência, possui como objetivo central a proteção da clientela (do empresário), contra os atos denegridores do concorrente. Segundo preceitua o autor, os atos de concorrência desleal se classificam em três agrupamentos: a) atos que criam confusão; b) desvio de clientela; c) atos contrários à moralidade (REQUIÃO, 2009).

Os atos que criam confusão são os mais frequentes e advém da confusão na mente do consumidor causada intencionalmente com o fim de obter vantagem. É considerada a forma mais comum de concorrência desleal. A confusão entre produtos ou estabelecimentos resulta também do ritmo acelerado das pessoas nos dias atuais. Com a falta de tempo muitos consumidores não prestam a devida atenção aos produtos adquiridos e acabam comprando algum produto não desejado ou de qualidade inferior ao original em face da semelhança existente entre os mesmos (REQUIÃO, 2009).

Várias medidas contra este ato de concorrência desleal podem ser tomadas, principalmente pelo empresário lesado, que comprovando a contrafação, pode buscar a intervenção judicial imediata para a paralisação dos atos tendentes a criar confusão em relação ao produto, sob pena de multa diária, bem como a busca e apreensão dos produtos imitados, para que sejam retirados do mercado (REQUIÃO, 2009).

O desvio de clientela inclui os atos denegridores do concorrente e os meios fraudulentos. Esses atos tendem a produzir o descrédito do competidor, ou de seus produtos mediante a difusão de notícias falsas ou até mesmo insinuações malévolas, que podem ser adotadas de forma indireta, pondo em inferioridade o produto do concorrente (REQUIÃO, 2009).

Os atos contrários à moralidade são configurados como atos de suborno de empregados do concorrente e espionagem de segredo da empresa, com o propósito de que divulguem segredos e atribuam qualidades que a empresa não tem, com base no Artigo 195, incisos VII, IX, X, XI, XII, XIII, e XIV da Lei da Propriedade Industrial (REQUIÃO, 2009).

Para Fábio Ulhôa Coelho, a classificação dos atos divide-se em duas categorias: específica e genérica. A concorrência desleal sancionada civil e penalmente é considerada específica, nesse caso, a tipificação penal encontra-se

presente nas condutas que lesam os direitos de propriedade intelectual dos empresários (art. 195 Lei Propriedade Industrial), e a concorrência sancionada apenas no âmbito civil é a genérica, a qual se relaciona com a responsabilidade extracontratual e gera direito à indenização por perdas e danos (art.209 Lei Propriedade Industrial) (COELHO, 2008).

No entendimento do autor, a concorrência desleal genérica, “[...] se caracteriza quando utilizado meio imoral, desonesto ou condenado pelas práticas usuais dos empresários [...]”, em se tratando de concorrência desleal específica, o autor ressalta que:

A concorrência desleal específica se viabiliza, basicamente, através de fraude na obtenção ou veiculação de informações sobre empresa concorrente. A fraude na obtenção de informações se opera por meio de violação de segredo de empresa, enquanto que, a fraude na veiculação, mediante a indução de consumidores em erro. (COELHO, 2008, p. 192).

Quando a concorrência desleal se traduz no ato de obter informações, essas são verdadeiras, já que as inverídicas, dificilmente poderão ser úteis à definição de uma eficiente estratégia empresarial. Porém, quando a deslealdade diz respeito à veiculação de informações, estas, na maioria das vezes, costumam ser falsas, no sentido de promover o aumento indevido da reputação do infrator, ou com o comprometimento da imagem da vítima (COELHO, 2008).

A concorrência desleal específica caracteriza-se pela violação do segredo de empresa ou pela indução do consumidor em erro. Segundo Coelho, na primeira modalidade, o agente ativo do ilícito tem acesso a informações que a vítima tinha interesse em manter reservadas, fora do alcance dos concorrentes, tal acesso, se dá por invasão a banco de dados, infiltração de empregados ou colaboradores do agente ativo no corpo funcional da concorrente, ou aliciamento de membros desta (COELHO, 2008).

Na segunda modalidade de concorrência desleal, o agente ativo da conduta ilícita faz chegar ao conhecimento dos consumidores uma informação, falsa no conteúdo ou na forma, capaz de enganá-los. Segundo Coelho, “[...] a publicidade enganosa representa uma espécie de concorrência desleal específica. A mesma propaganda pode assim, gerar responsabilidade do anunciante perante consumidores e concorrentes.” (COELHO, 2008, p. 195).

A concorrência não tipificada como crime (concorrência desleal genérica), na questão da caracterização da conduta do demandado ganha contornos mais complexos, em vista da impossibilidade de se diferenciar, quanto à finalidade e aos resultados, a concorrência leal da desleal. De fato, tanto o empresário que compete dentro das condições reputadas leais, como o que transgredir os limites desta, possuem idênticos objetivos, o de subtrair clientela alheia. O modo utilizado que possibilitará a distinção entre o que se permite e o que se condena, na concorrência entre empresas (COELHO, 2008).

Existem alguns requisitos necessários para a materialização da concorrência desleal, os quais possuem a função norteadora do referido instituto e diminuem a sua incidência. Para o autor BITTAR, esses requisitos classificam-se em:

a) desnecessidade de dolo ou de fraude, bastando a culpa do agente; b) desnecessidade de verificação de dano em concreto; c) necessidade de existência de colisão; d) necessidade de existência de clientela; e) ato ou procedimento suscetível de repreensão. (BITTAR, 2005, p. 55).

Portanto, pode-se dizer que a concorrência é um fenômeno natural que surgiu na sociedade. O que a caracteriza como leal ou desleal, é o meio empregado para tal, pois a intenção de causar dano ao concorrente é elemento presente tanto em uma quanto em outra. Para que melhor se entenda o instituto da concorrência desleal, estão abrangidos os requisitos que a caracterizam.

1.2 A (DES) NECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO, DOLO OU FRAUDE

Quando se fala em desnecessidade de dolo ou fraude dá a entender que para a caracterização da concorrência desleal é irrelevante à existência de culpa do agente, bem como, qual foi realmente sua intenção em relação à prática desleal. Na concorrência desleal, o agente visa à ação em si, e não o resultado de tal conduta, o qual decorre de uma negligência (BITTAR, 2005).

O disposto no artigo 209 do Código de Propriedade Industrial assegura ao agente prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimentos de prejuízos causados por atos de violação de concorrência desleal, que tendem a lesar os negócios alheios, criando confusão entre estabelecimentos comerciais,

industriais ou prestadores de serviços, bem como os produtos e serviços disponíveis no comércio (FAZZIO JÚNIOR, 2005, p. 142).

Tal consideração se deve em razão de que na concorrência desleal é de pouca relevância os prejuízos causados, até porque os mesmos poderão ser ressarcidos na seara civil, caso haja comprovação do dever de indenizar, o que realmente importa é a configuração e a interrupção dos atos desleais.

Todavia, sendo comprovado um dano ante a prática de atos desleais, cabe ao concorrente que se sentir lesado tentar a proteção de seu patrimônio imaterial, através dos meios legais cabíveis aos referidos atos. Segundo entendimento do autor Carlos Alberto Bittar, somente se caracterizará concorrência desleal quando existirem concorrentes que atuem em campos de interesses iguais e disputem também pelo mesmo mercado comercial (BITTAR, 2005).

Desse modo, não se exige para a configuração da prática de concorrência desleal, a comprovação do dolo ou da fraude, mas para a reparação civil a parte prejudicada deve comprovar a ocorrência do dano e o montante dos prejuízos experimentados. Esse tem sido o posicionamento adotado pela jurisprudência, mormente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

A décima oitava Câmara Cível da Comarca de Porto Alegre, em apelação cível, decidiu sobre ação ordinária de abstenção de uso de marca. Restou procedente o recurso, onde foi alegado que a existência de dolo ou fraude não são pressupostos para caracterizar a concorrência desleal, restando cabível a indenização:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA. EMPRESA ESTRANGEIRA PROPRIETÁRIA DA MARCA AGRICHEM, COM REGISTRO NA AUSTRÁLIA. POSTERIOR ADOÇÃO DA MARCA AGRIQUEM POR EMPRESA BRASILEIRA QUE VEIO A DEPOSITÁ-LA JUNTO AO INPI. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE NULIDADE PROVIDO. NULO O REGISTRO, NOS TERMOS DO ART. 168 DA LEI 9279/96, EM FACE DA INFRINGÊNCIA AO DISPOSTO NO ART. 8º DA CUP. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. A despeito de apenas a marca notoriamente conhecida, ou a de alto renome, constituir exceção ao princípio da territorialidade, modo a dispensar registro no país em que postulada a proteção, tal não implica impossibilidade de o estrangeiro, titular de marca não-notória, opor-se ao registro de marca idêntica no Brasil, sob a alegação de registro anterior em seu país de origem, com base no permissivo do art. 166 da Lei 9.279/96. Irrelevância de a autora não ter exercido o direito de prioridade assegurado pelo art. 4º da CUP. Procedência do pedido, em grau de recurso, fundada não só no disposto no art. 8º da CUP, mas também no art. 6, inc. I, do mesmo diploma. Posto não se possa atribuir má-fé na utilização da marca da autora pela ré, **a existência de dolo ou fraude não**

são pressupostos de configuração da concorrência desleal, sendo devida indenização pelo uso da marca alheia. Recurso provido. Unânime (RIO GRANDE DO SUL, 2009). [grifo nosso].

Na esfera penal, para que a prática seja considerada crime, e receba a punição, não é necessária a concretização do dano. Contudo, não estando presente o dano, não cabe ação indenizatória na esfera civil. Ou seja, na seara cível, para que haja reparação, o dano deve ser comprovado.

Alguns doutrinadores denominam o dolo como genérico, pois o concorrente no momento em que pratica a ação delituosa, tem consciência do ato que esta praticando, e mesmo assim o realiza. Porém, independentemente desta concepção, a concorrência desleal deve ser analisada com base nas circunstâncias de cada caso concreto.

No acórdão abaixo, verifica-se um conflito parcial de competência. O juízo julgou improcedentes os danos morais, mas asseverou que os crimes de concorrência desleal devem ser apurados na esfera criminal.

RESPONSABILIDADE CIVIL. NOME COMERCIAL. MARCA. DIFERENÇA DOS INSTITUTOS. NECESSIDADE DE REGISTRO JUNTO AO ÓRGÃO COMPETENTE. INPI. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO DO SISTEMA. O nome comercial distingui-se da marca, sendo, inclusive, regulamentados por leis diversas. Para haver proteção da marca mister o pedido de registro junto ao INPI, órgão competente para tanto. Danos morais não configurados. Crimes de concorrência desleal devem ser apurados junto à esfera criminal. Incompetência da justiça cível. Honorários mantidos. DESPROVERAM O APELO.

Para que a concorrência desleal se configure no caso concreto, na seara penal, dentre outros pressupostos, não é necessário comprovar a ocorrência de dolo ou fraude, bastando a culpa do agente. Para buscar ressarcimento em ação de responsabilidade civil, tanto de dano moral quanto material, é preciso que se comprove o dano sofrido.

O subtítulo a seguir, aduz sobre a existência de clientela no mercado, bem como, conflitos ligados aos interesses econômicos existente no ramo empresarial.

1.3 A EXISTÊNCIA DE CLIENTELA E A COLISÃO DE INTERESSES ECONÔMICOS

Segundo Requião “[...] cliente é a pessoa que mantém com o estabelecimento comercial relações contínuas para a aquisição de bens ou de serviços. Clientela é o conjunto dessas pessoas.” (REQUIÃO, 2009, p. 363). Seguindo essa linha de pensamento o autor complementa:

A expressão clientela foi tomada aos romanos, que assim denominavam os indivíduos que, não pertencendo à família, a ela se agregavam sob a proteção do *pater familias*. É sinônimo de freguesia, expressão decorrente do direito canônico, para expressar territorialidade determinada coletividade religiosa, sujeita à orientação espiritual do vigário; freguês é o habitante da freguesia. (REQUIÃO, 2009, p. 363).

O mundo empresarial é eminentemente concorrencial, ou seja, a intenção de cada empresário em atrair a clientela para o seu estabelecimento é perfeitamente normal. No entanto, essa intenção pode e deve ser manifestada de forma lícita, e dentro de certos parâmetros não vedados pela legislação.

É natural que aquele empresário ou grupo empresarial que detém maior poder econômico tenha maiores chances de atrair e fidelizar a clientela, em detrimento a empresas de porte menor. No entanto, o ordenamento jurídico protege os interesses de todos, buscando estabelecer certa equidade, coibindo e vedando certas práticas consideradas desleais no mundo empresarial.

O escritor Pedro Mansur Gonçalves, define a livre concorrência como um princípio que norteia um modelo de mercado no qual o governo intervém minimamente na atividade dos agentes econômicos, deixando que eles busquem maneiras de oferecer aos consumidores a melhor oferta (GONÇALVES, 2013).

Ademais, vale mencionar que o principal objetivo da atividade empresarial, além da obtenção de lucros, é a disputa pelos consumidores (clientes), vez que sem a existência dos mesmos não existem negócios, muito menos concorrência, tanto a leal quanto a desleal (ALMEIDA, 2004).

O autor Carlos Alberto Bittar defende a ideia de que “existe concorrência desleal, em todos os atos de outrem, que se aproveita de modo indevido de criação ou de aviamento (capacidade de determinado estabelecimento auferir lucros) alheio, para angariar, sem esforço, a recíproca clientela” (BITTAR, 1989, p.290).

Segundo entendimento de Coelho, não há competição empresarial sem o intuito de conquista de mercado. Desse modo, o autor destaca que:

O elemento fundamental da concorrência, sua essência mesmo, é o intuito de alargar a clientela, em prejuízo de concorrentes dedicados ao mesmo segmento de mercado. O objetivo imediato do empresário em competição é simplesmente o de cativar consumidores, através de recursos (publicidade, melhoria de qualidade, redução de preço, etc.) que os motivem a direcionar suas opções no sentido de adquirirem o produto ou serviço que ele, e não outro empresário fornece. Na concorrência, os empresários objetivam, de modo claro e indisfarçado, infligir perdas a seus concorrentes, porque é assim que poderão obter ganhos. (COELHO, 2008, p. 190).

Fábio Ulhôa Coelho aborda ainda, que a principal característica de um ato desleal no campo econômico, não é o fim almejado e sim o meio empregado, uma vez que tanto os atos leais quanto os desleais visam tomar para si clientela alheia. Aduz:

Sendo assim, não é fácil diferenciar concorrência leal da desleal. [...] A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto em uma quanto na outra. São os meios empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. [...] Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário que se poderá identificar a deslealdade competitiva. (COELHO, 2008, P. 191).

As diferenças entre os atos de concorrência desleal e leal são inevitáveis, pois, segundo entendimentos do autor Carlos Alberto Bittar, servem para punir certas ações, que quando praticadas, desrespeitam as normas estipuladas, prejudicando assim o livre funcionamento do mercado e acarretando despesas para os titulares do direito violado (BITTAR, 1989).

Para que melhor se identifique a concorrência é necessário ater-se aos seguintes fatores: é necessário que os concorrentes estejam disputando o mercado em momentos temporais paralelos, também, é forçoso que a competição se funde no mesmo bem ou serviço, por fim, tem-se a identidade de mercado, mais abrangente que a expressão identidade territorial, baseado na globalização, que permite a competição entre territórios longínquos, como, por exemplo, o comércio eletrônico (internet) (ALMEIDA, 2004).

Requião salienta que existe uma espécie de desigualdade entre concorrência ilícita e desleal, de modo que é, a deslealdade na concorrência que por

consequência vem a produzir, a concorrência ilícita. Ainda, descreve os atos que não constituem concorrência desleal e convenções de não concorrência sendo eles:

[...] a contrafação de marcas de indústria, de comércio e de serviços e a violação de patente de invenção. [...] Na competição pela conquista da clientela, muitos empresários procuram criar condições que impeçam o livre jogo da concorrência. Para isso usam de vários meios que podem levar à destruição da concorrência, constituindo os trustes e instituindo os monopólios, ou apenas se limitam a preservar a sua própria existência. (REQUIÃO, 2009, p. 374).

Quando a atividade empresarial objetiva a destruição de empresas concorrentes, para dominação da clientela e dos mercados e subsequente imposição de preços mais elevados, o poder público tem o dever de interferir para combater os excessos do domínio econômico (REQUIÃO, 2009).

A concorrência desleal se perfaz por uma conduta indevida de concorrente que pretende por meios ilícitos conquistar maior número de clientes e com isso afeta e causa prejuízo não somente aos direitos de outro empresário, mas também aos direitos dos consumidores que dependem dos produtos e/ou serviços colocados a disposição no mercado e são com isso, induzidos ao erro em decorrência das práticas turbadoras.

Existem algumas convenções acordadas entre empresários que são admitidas pela doutrina e pela jurisprudência, as quais visam não à destruição da clientela, mas, ao contrário, à sua preservação (REQUIÃO, 2009).

Sendo assim, é visível que a repressão da concorrência desleal visa proteger a clientela da ação denegridora de seu concorrente. Ainda, Rubens Requião aduz que, “[...] quando se fala em defesa clientela, não se alude o direito de clientela como consumidor, da clientela em si, mas da clientela como um fator do aviamento ou do fundo do comércio; ou, mais claramente, a clientela do empresário.” (REQUIÃO, 2009, 370).

Dessa forma, o empresário precisa se proteger contra os atos ilícitos perpetrados por competidores desleais, e quando alcançado por atos de concorrência desleal deve procurar juridicamente a abstenção destes atos, buscando as medidas jurídicas cabíveis colocadas a sua disposição, em especial na esfera civil, pois além de essencial para ver reparado seus próprios prejuízos é importante para a economia do país, pois se espera que permaneça no mercado empresas que sejam criativas, que fabriquem e comercializem produtos de boa

qualidade, e não empresas que crescem em virtude de atos ilícitos que prejudicam seus concorrentes.

2 INSTÂNCIAS DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO ADMINISTRATIVA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL

O Direito Brasileiro reprime duas formas de práticas concorrenciais ilícitas: a concorrência desleal e a infração a ordem econômica. Segundo o autor Fabio Ulhôa Coelho, a concorrência desleal diverge da outra forma de ilicitude, pois a mesma alcança o interesse do próprio empresário vitimado pela prática irregular, enquanto a infração da ordem econômica ameaça as estruturas da economia de mercado (COELHO, 2012).

A repressão da concorrência desleal tem o objetivo de proteger a clientela contra a ação prejudicial e denegridora de um concorrente, ressaltando que quando se fala em defesa da clientela, não se alude ao direito dela como consumidor, mas sim como empresário. Assim, a concorrência feita com processos desonestos, violando os preceitos da boa-fé e da lealdade que são inerentes ao comércio, é dirigida para a conquista da clientela alheia (REQUIÃO, 2009).

Ademais, pode-se dizer que o princípio da livre concorrência, juntamente com o da livre iniciativa, garante ao empresário o direito de entrar no ramo empresarial, competindo no mercado com os demais. Porém, quando a atividade empresarial tem como objetivo a destruição de empresas concorrentes, o Estado precisa intervir através de restrições e punições às práticas concorrenciais até mesmo para que se mantenha a lealdade entre empresários.

A intervenção do Estado pode se dar na esfera Judicial ou extrajudicial, ou seja, o prejudicado pelo concorrente desleal pode buscar o abrigo da Lei, tanto administrativa quanto judicialmente. A partir da pesquisa realizada, com embasamento na doutrina e jurisprudência, entende-se que aquelas condutas que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, podem ser submetidas à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, cujas decisões têm força executiva, ou seja, as sentenças proferidas pelo seu Tribunal Administrativo de

Defesa Econômica são títulos executivos extrajudiciais. Por essa razão, se estudarão, a seguir, as atribuições e o funcionamento desse órgão.

2.1 O CADE- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Orientada pelos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder, a Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, estrutura todo o Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência (SBDC), e ainda, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a Ordem Econômica. A referida lei revogou alguns dispositivos da Lei 8.884/94 (BRASIL, 2011).

O SBDC é formado pelo CADE- Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pela SEAE – Secretária de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e pela SDE – Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Segundo o autor Fernando Herren Aguillar, “[...] o primeiro texto normativo que tratou da questão concorrencial sistematicamente foi a Lei Malaia, o decreto – lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945. Por ele instituiu-se a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, a CADE, mas foi revogado no mesmo ano de sua entrada em vigor.” (AGUILLAR, 2009, p.261).

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, também chamado de CADE foi criado por uma lei antitruste que foi editada com a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, e foi considerado órgão da administração direta federal, vinculado primeiramente, ao Conselho de Ministros, e em seguida, ao Ministério da Justiça (COELHO, 2008).

A lei nº 4.137/62 visava combater os abusos concorrenciais por meio de ajustes ou acordos entre empresas. Segundo Rubens Requião, a Lei considerava “[...] concorrência desleal à combinação prévia de preços e ajuste de vantagens entre concorrentes que disputassem concorrência pública ou administrativa. Combatia, então, a lei todos os processos que visassem ao domínio artificial dos mercados, com o fito de impedir a livre concorrência.” (REQUIÃO, 2009, p. 375).

Nas palavras do autor Vicente Bagnoli, a atuação do CADE era insignificante logo que foi criado, não por falta de vontade ou competência dos membros do Conselho, mas sim, pelo contexto político-econômico em que o Brasil se encontrava, o qual impedia a defesa da concorrência (BAGNOLI, 2010).

Entre os anos de 1963 a 1993 a média dos julgados por mês no CADE era pouca, foi em meados de 1994 em diante, que esta média começou a elevar, isso se deu com o Brasil numa nova realidade e com o advento da Lei 8.884/94, que transformou o CADE em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Sua sede e foro continuaram no Distrito Federal, com jurisdição em todo o território nacional (BAGNOLI, 2010).

Pelo menos em tese, foi reforçada sua autonomia e buscou-se estruturá-lo de maneira que pudesse realmente exercer um novo papel no controle da concorrência. Para o autor Fernando Aguillar, apesar do nome, o CADE não é exatamente um conselho:

É uma espécie de tribunal administrativo, com funções quase-judiciais, vinculado ao Ministério da Justiça. Suas decisões são irrecorríveis administrativamente (art.50º da lei 8884/94), embora não seja raro que as partes vencidas recorram ao próprio CADE, mesmo sem fundamento legal. É composto por sete conselheiros, nomeados pelo Presidente da República depois de sabatinados pelo Senado Federal (art. 4º da lei 8884/94), e delibera por maioria absoluta, com um quórum mínimo de cinco membros (art.49º da lei 8884/94). (AGUILLAR, 2009, p. 261).

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica é composto por sete integrantes, sendo um Presidente e seis conselheiros, dentre cidadãos com idade superior a 30 anos, com notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, os quais são nomeados pelo Presidente da República para exercerem um mandato com dedicação exclusiva de dois anos, com possível recondução (BAGNOLI, 2010). No entendimento do escritor Fábio Ulhôa Coelho:

[...] o CADE é composto por três órgãos: a) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão judicante integrado por um Presidente e seis Conselheiros; b) Superintendência-Geral, à qual compete, por exemplo, instaurar e instruir os processos administrativos relacionados à infração da ordem econômica; c) Departamento de Estudos Econômicos, dirigido pelo Economista Chefe, incumbido de estudos e pareceres econômicos que subsidiem as decisões da Superintendência e do Tribunal. (COELHO, 2012, p. 299).

As atribuições do CADE estão elencadas na Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estabelece que a autarquia exerce três funções: preventiva, pois analisa e decide sobre fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre empresas de grande porte, que possam colocar em risco a livre concorrência; repressiva, quando investiga e julga os cartéis e as demais condutas nocivas à livre concorrência, em todo território nacional; e educativa, ao instruir o público sobre as condutas que possam lesar a livre concorrência (BRASIL, 2011)

O CADE é uma autarquia federal, também definido legalmente como órgão judicante com jurisdição em todo território nacional. Uma autarquia faz parte do Poder Executivo, tal definição diz respeito à jurisdição administrativa, e não judicial (COELHO, 2008).

Para o escritor Tarcísio Teixeira “[...] é competência do CADE, analisar atos de concentração econômica, aprovando-os ou não, bem como, investigar condutas prejudiciais à livre concorrência e aplicar punições aos infratores.” (TEIXEIRA, 2016). Pode-se dizer que ao CADE compete o julgamento em instância administrativa sobre matérias relacionadas com a concorrência. Para que melhor se entenda o funcionamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, se analisará na sequência todo o percurso do processo perante o CADE, assim, como as decisões e penas aplicadas àquele que comete infração contra a ordem econômica.

2.2 O PROCESSAMENTO E AS INSTÂNCIAS DECISÓRIAS

A atuação do CADE, e dos demais órgãos do Sistema de Defesa da Concorrência, se caracterizam pela autoridade, pois, ao mesmo tempo em que impõem determinadas condutas, reprimem outras. Esses órgãos atuam na análise de condutas praticadas pelos agentes econômicos, e possuem o poder de decidir se tal conduta implica em prejuízo aos concorrentes, uma vez que, sua prioridade é a defesa da concorrência. Segundo entendimento do autor Bagnoli, “[...] as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, podendo ser revistas apenas pelo Poder Judiciário”.

A Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em seu artigo 48, dispõe sobre as diversas espécies de processos administrativos, os quais são instaurados para prevenção, apuração e

repressão de infrações à ordem econômica. Tal artigo elenca em seus incisos os procedimentos administrativos cabíveis frente à prática de infração, são eles:

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).

Ademais, com fulcro no art. 49 da Lei de Defesa da Concorrência, com exceção do procedimento preparatório, o Tribunal e a Superintendência- Geral possuem o dever de garantir o “[...] tratamento sigiloso de documentos, informações e atos processuais necessários à elucidação dos fatos ou exigidos pelo interesse da sociedade.” O parágrafo único do referido artigo assegura o direito das partes do processo a requererem tratamento sigiloso de documentos e informações (BRASIL, 2011).

Da mesma forma, a Superintendência- Geral ou o Conselheiro Relator poderão admitir a intervenção no processo administrativo de terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada, ou ainda os legitimados à propositura de ação civil pública, com base em lei específica (BRASIL, 2011).

Os inquéritos administrativos, tratados pelo artigo 66 da Lei 12.529/11, são procedimentos investigatórios de natureza inquisitorial, instaurados pela Superintendência-Geral, e servem para apurar infrações à ordem econômica. É instaurado de ofício, em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo (BRASIL, 2011).

As diligências elencadas no âmbito do procedimento inicial de inquérito administrativo devem ser apresentadas no prazo máximo de 30 dias. Além disso, o inquérito administrativo poderá ser ajuizado mediante representação do Congresso

Nacional, ou de qualquer de suas Casas, bem como da Seae/MF, das agências reguladoras e da ProCade (BRASIL, 2011).

O art. 9º da Lei 12.529/11 prevê o prazo de encerramento do inquérito administrativo, que é de 180 dias, contados da data de sua instauração, prorrogáveis por até 60 dias, renováveis, quando o fato for de difícil elucidação e o justificarem as circunstâncias do caso concreto.

No que tange a tramitação dos processos no CADE, além das disposições previstas em seu regimento interno, a Lei de Defesa da Concorrência, também elenca em seu art. 51, 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).

Cabe a instauração do processo administrativo quando forem comprovadas as práticas prejudiciais ao mercado, constatadas pelo inquérito administrativo. Daí então, a Superintendência-Geral tem até 10 dias úteis, a partir da data de encerramento do inquérito administrativo, para decidir pela instauração do processo administrativo ou pelo seu arquivamento, conforme aduz o art. 67 da Lei 12.529/11 (BRASIL, 2011).

Decidida a instauração do processo administrativo, é determinada a notificação do representado para que no prazo de 30 dias apresente defesa e especifique as provas que pretende produzir, seguida de indicação qualificada de até 3 testemunhas, conforme imposto no art. 70 da Lei 12.529/2011. O prazo citado poderá ser dilatado por até 10 dias, improrrogáveis, mediante requisição do representado (BRASIL, 2011).

A notificação inicial do representado será feita pelo correio, por carta AR em nome próprio, ou ainda, por qualquer outro meio que dê ciência do interessado. Caso não seja encontrado, a notificação será publicada no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação no Estado em que reside ou tenha sede. Se for o caso, a notificação conterá o inteiro teor da decisão de instauração de processo administrativo e da representação, conforme respaldo nos parágrafos do art. 70, da Lei de Defesa da Concorrência (BRASIL, 2011).

O representado que for notificado, e não apresentar defesa no prazo legal será considerado revel, incorrendo em confissão quanto à matéria de fato. Ainda poderá o revel intervir em qualquer fase do processo, porém, sem direito à repetição de qualquer ato já praticado (BRASIL, 2011).

Cumprido ressaltar que após a instrução do processo, a decisão do Tribunal será publicada dentro de 5 dias úteis no Diário Oficial da União, devendo ser fundamentada, e quando a decisão for pela existência de infração de ordem econômica, a mesma conterá, nos moldes do art. 79 da Lei de 12.529/2011:

[...] 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;
IV - multa diária em caso de continuidade da infração; e
V - multa em caso de descumprimento das providências estipuladas.
(BRASIL, 2011).

Quando restar descumprida a decisão, no todo ou em parte, o fato será imediatamente comunicado ao Presidente do Tribunal, o qual determinará à Procuradoria Federal junto ao CADE, que seja providenciado sua execução na esfera judicial (BRASIL, 2011).

Se for adotada medida preventiva, determinar-se-á a cessação da prática, e quando possível, será ordenada a reversão à situação anterior, com posterior fixação de multa diária. Desta decisão cabe recurso voluntário ao Plenário do Tribunal no prazo de cinco dias, sem efeito suspensivo, conforme disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 84 da Lei de Defesa da Concorrência (BRASIL, 2011). O caput do referido artigo aduz a hipótese em que cabe medida preventiva, vejamos:

Art. 84. Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. (BRASIL, 2011).

Ao plenário do CADE compete o zelo e a observância da Lei de Defesa da Concorrência, e todas as suas determinações. De acordo com Vicente Bagnoli, “[...] junto ao CADE, funciona a sua procuradoria, composta por um Procurador-Geral indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República [...]”. A referida procuradoria tem o dever de prestar assessoria jurídica, defender o órgão, e representa-lo e juízo, assim como, emitir parecer nos processos em trâmite na Autarquia (BAGNOLI, 2010, p. 161).

O julgamento das práticas concorrenciais infracionais, deriva do exercício de competência vinculada. Ou seja, se os fatos demonstrados no processo administrativo conduzem a ideia de que o empresário agiu do modo que a lei caracteriza a infração, o CADE não poderá deixar de tomá-la por ocorrida. Ao contrário, caso os fatos não apresentem essa convicção, e sim a de licitude da prática empresarial, o CADE não poderá considerar a infração existente (COELHO, 2012).

Contudo, como menciona Coelho, “[...] o CADE exerce competência vinculada ao tipificar certa prática empresarial como infração da ordem econômica. Sua competência para aplicar a sanção, é discricionária.” (COELHO, 2008, p 207).

Essa concepção do autor é adotada por outros doutrinadores, os quais acreditam e defendem a ideia de que a natureza jurídica das decisões do CADE reside em considerá-las como atos vinculados ou discricionários, ou seja, podem ser praticados com certa margem de liberdade da administração pública (COELHO, 2008).

Quando a prática comercial extrapola os limites entre lealdade e ética, acarreta reflexos negativos não só aos empresários que atuam no ramo, mas a todos os consumidores, por isso a importância do CADE, como órgão fiscalizador, para que tais atos possam ser evitados, e da mesma forma, punidos quando da incidência dos mesmos.

2.3 AS PENAS E A FORÇA EXECUTIVA DAS DECISÕES DO CADE

A missão do CADE, enquanto autarquia federal é zelar pela livre concorrência, sendo o órgão responsável, na esfera do Poder Executivo, por investigar e decidir, em última instância, assuntos referentes à matéria concorrencial, fomentando assim, a cultura da livre concorrência no mercado.

Existem garantias institucionais de autonomia, as quais objetivam maior imparcialidade de seus julgados. Contudo, os mesmos não podem se desviarem dos princípios básicos reguladores da política econômica elaborada pelo Presidente da República, e sua equipe, considerando a ideia de que o CADE é instrumento da política econômica do Poder Executivo, por se tratar de órgão administrativo (COELHO, 2008).

Desde a promulgação da Lei de 1962, a solução do direito brasileiro tem sido se basear o mais próximo possível no tratamento europeu em relação à matéria, relevando à razoabilidade dos acordos empresariais de efeito direta ou indiretamente restritivos. Para Coelho, “[...] no que tange as medidas sancionadoras, o direito brasileiro não poderia distanciar-se da tendência mundial de considerar todos os efeitos da prática anticoncorrencial, benéficos ou prejudiciais”. (COELHO, 2008, p. 206).

Para o autor Fernando Herren Aguillar, “[...] o controle estrutural exercido pelo CADE significa que o órgão desempenha não apenas a função de repressão, mas também a de prevenção na área concorrencial”. (AGUILLAR, 2009, p. 271).

Com respaldo no art. 36 da Lei 12.529/2011, constituem infração da ordem econômica os atos praticados, independentemente de culpa do agente, que objetivam, entre outros efeitos, limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (BRASIL, 2001).

Por vezes, a conduta infracional implica decréscimo da taxa de desemprego, geração de tributos, avanços tecnológicos, eficiência na produção e maior desenvolvimento econômico regional ou nacional.

O CADE não pode simplesmente ignorar eventuais reflexos positivos da prática empresarial, ao decidir pela aplicação de sanção. Deve, ao contrário, inserir sua atuação na política econômica (legitimada nas urnas) e, se for o caso, atenuar (Lei 8884/94, art. 27 – Revogada pela Lei 12.529/11) ou mesmo não aplicar a penalidade. (COELHO, 2008, p. 206).

Por outro lado, existem os reflexos negativos das condutas infracionais que atingem a concorrência, para os quais a lei prevê penalidades. No Brasil, por meio da Lei Federal 12.529/2011, instituem-se em seu artigo 37, as seguintes penas que podem ser impostas para aqueles que praticarem a infração:

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).

Em caso de reincidência as multas cominadas serão aplicadas em dobro. E sem prejuízo das penas supracitadas, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ainda ser impostas penas isoladamente ou cumulativamente, são elas as previstas no artigo 39 da mesma Lei:

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).

Quando persistirem as práticas de infração da ordem econômica, mesmo após decisão do Tribunal determinando a cessação, assim como o não cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer impostas, ou até mesmo, pelo descumprimento de medida preventiva, o infrator ficará sujeito à multa diária fixada no valor de R\$ 5.000, 00 (cinco mil reais), correndo o risco de o valor ser aumentado, em até 50 (cinquenta) vezes, se assim recomendar a situação econômica do infrator e a gravidade da infração (BRASIL, 2011).

A recusa, omissão ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, a falta injustificada do representado ou de terceiros, quando intimados para prestar esclarecimentos no curso do inquérito ou processo administrativo, assim como a enganosidade ou a falsidade de informações, documentos ou declarações prestadas ao CADE, são algumas hipóteses previstas na Lei de Defesa da Concorrência, que estão sujeitas à aplicação de multas, variáveis de acordo com a situação econômica do infrator (BRASIL, 2011).

Na aplicação das penas, levar-se-á em consideração a gravidade da infração, a boa-fé do infrator, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão, o perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou terceiros, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, a situação econômica do infrator, bem como, a reincidência, todos elencados no art. 45 da Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

Ainda, prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta ou indireta, que objetivam apurar infrações da ordem econômica, contados a partir da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito, conforme disposto no art. 46 da mesma Lei.

O processo de execução em juízo das decisões do CADE, com base no artigo 101, da Lei de Defesa da Concorrência, tem preferência sobre as demais espécies de ação, exceto habeas corpus e mandado de segurança. Na ação que tiver por objeto decisões do CADE, o autor deverá deduzir todas as questões de fato e de direito, sob pena de preclusão consumativa, reputando-se deduzidas todas as alegações que poderia deduzir em favor do acolhimento do pedido. Em razão da gravidade da infração de ordem econômica, o juiz poderá determinar a adoção

imediate, das providências contidas no título executivo, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, antecipando a tutela.

Pode-se dizer que o Poder Executivo tem autonomia para dispor sobre a estrutura regimental do CADE, assim como sobre as consequências e atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Do mesmo modo que, são de extrema importância as decisões do CADE, uma vez que, além de evitar, possuem o intuito de cessar as violações concorrenciais.

Além disso, a própria Constituição Federal de 1988 considera de suma importância o assunto, consoante se extrai do texto constitucional, que a ordem econômica deve assegurar a todos existência digna, observando entre outros, o princípio da livre concorrência. Ainda com respaldo na Constituição, a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

É necessário ressaltar que, além da esfera administrativa todo aquele que se sentir lesado por seu concorrente, poderá ingressar em juízo na seara judicial, tanto na esfera cível quanto na penal. O capítulo a seguir, abordará sobre a repressão judicial às práticas de concorrência desleal.

3 A VIA JUDICIAL PARA RESOLVER CONTROVÉRSIAS SOBRE A CONCORRÊNCIA DESLEAL

A Constituição Federal em seu artigo 170 assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica. Contudo como fundamento da organização da economia, corresponde a todos o dever de respeitar tal direito constitucional (BRASIL, 1988).

O escritor Pedro Mansur Gonçalves, define a livre concorrência como “[...] um princípio que norteia um modelo de mercado no qual o governo intervém minimamente na atividade dos agentes econômicos, deixando que eles busquem maneiras de oferecer aos consumidores a melhor oferta.” (GONÇALVES, 2013). Qualquer ato desleal que não esteja de acordo com as práticas comerciais, estará em desacordo com o que rege a legislação brasileira, restando então, à parte lesada a possibilidade de acionar as medidas judiciais cabíveis em busca de reaver os prejuízos a ela causados.

No capítulo anterior abordou-se a repressão administrativa à concorrência desleal, que fica a cargo do CADE, uma autarquia federal com forte influência no mundo empresarial. Além da competência para prevenir certas condutas, é de sua atribuição reprimi-las. Contudo, suas decisões podem ser revistas pelo Poder Judiciário, desde que ilegais.

Neste capítulo estuda-se a tutela jurídica de proteção ao empresário contra os atos oriundos da concorrência desleal, que estão dispostas na Lei de Propriedade Industrial, a qual prevê a responsabilidade penal e cível do agente infrator, e ainda, analisar-se-ão alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul referente ao assunto.

3.1 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO PROCESSO

Em face de todos os ensinamentos doutrinários colhidos no decorrer da pesquisa, compreende-se que o Poder Judiciário deve ponderar que a conduta empresarial é sempre baseada em uma lógica econômica. Assim sendo, o juiz deve analisar as decisões do CADE com respaldo na discricionariedade, garantindo-lhes maior segurança jurídica.

As decisões do CADE, conforme disposto no art. 93 da Lei 12.529/2011, constituem título executivo extrajudicial, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer. Assim, a execução dessas decisões será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado, ficando a critério do CADE (BRASIL, 2011).

Referida execução, será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, se assim for necessário. Quando tratar somente de multa pecuniária, será feita de acordo com a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6830/80). Na execução que além da cobrança de multa, tem por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, será concedida pelo Juiz, a tutela específica da obrigação (BRASIL, 2011).

Quando do oferecimento de embargos ou qualquer outro tipo de ação que venha objetivar a desconstituição do título executivo, a execução não será suspensa, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, para que a decisão final proferida nos autos seja cumprida, inclusive tratando-se das multas diárias (BRASIL, 2011).

A princípio, em razão da gravidade da infração de ordem econômica, o juiz poderá determinar a antecipação de tutela, disciplinada nos art. 294 a 311 do Código de Processo Civil de 2015, se procedente o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, até mesmo se já houverem sido depositadas as multas, e ocorrido a prestação de caução (BRASIL, 2011).

O processo de execução em juízo das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem preferência sobre as demais espécies de ação, com exceção da ação de habeas corpus e mandado de segurança. Com fulcro no artigo 102 da Lei de Defesa da Concorrência, é o juiz quem decretará a intervenção judicial, quando assim achar necessária, permitindo a execução específica, e nomeando o interventor (BRASIL, 2011).

É de competência do interventor, conforme menciona o artigo 108 da mesma Lei: praticar ou ordenar que sejam praticados os atos necessários à execução, denunciar ao Juiz quaisquer irregularidades praticadas pelos responsáveis pela empresa e das quais venha a ter conhecimento, e ainda apresentar ao Juiz relatório mensal de suas atividades (BRASIL, 2011).

A intervenção judicial restringe-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar, tendo como duração máxima 180 (cento e oitenta)

dias. A responsabilidade quanto às ações e omissões, em especial nos casos de abuso de poder e desvio de finalidade, é restritamente do interventor, como prevê o artigo 106 da Lei 9.279/96 (BRASIL, 2011).

A obrigação de fazer ou não fazer poderá ser convertida em perdas e danos, porém, só será admitida se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente, conforme disposto no artigo 95, parágrafo 1º, da Lei 12.529/2011. Ainda, conforme o parágrafo 2º do referido artigo, a indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo das multas (BRASIL, 2011).

Decorrido o prazo da intervenção, o interventor apresentará ao juiz o relatório circunstanciado de sua gestão, propondo então a extinção ou arquivamento do processo, ou, pedindo a prorrogação do prazo, caso não tenha sido possível cumprir a decisão exequenda, conforme prevê o art. 110 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

Por sua vez, conforme o artigo 111 da Lei de Defesa da Concorrência, todo aquele que se opuser ou obstaculizar ou cessada a intervenção, vier a praticar qualquer ato que anule seus efeitos, ou ainda, desobedecer a ordens legais do interventor, será responsabilizado criminalmente por resistência, desobediência ou coação no curso do processo, com referência no Código Penal (BRASIL, 2011).

Tendo em vista o entendimento que as decisões do CADE não comportam revisão na esfera do Poder Executivo, promove-se sua execução judicial e posterior comunicado ao Ministério Público, para que sejam tomadas as demais medidas cabíveis no âmbito de suas atribuições. Por sua vez, as ações judiciais nem sempre se iniciarão a partir da execução das decisões do CADE. É possível recorrer ao judiciário sem que necessariamente se tenha esgotado ou passado pela esfera administrativa.

A legislação brasileira classificou como crime os casos mais graves de concorrência desleal, prevendo pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. A previsão legal para tanto, está no art. 195 da Lei 9.279/96, Lei da Propriedade Industrial:

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 de 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 dinheiro ou 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 o 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; ou
- 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, ou 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 produtos. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa (BRASIL, 1996).

Na hipótese da prática de algum ato que não esteja descrito no artigo 195 da Lei 9279/96, mas que revele a prática de atos atentatórios à livre e sadia concorrência, haverá ainda a possibilidade de adoção de medidas de natureza cível.

Para fins penais o rol elencado no citado artigo é taxativo, no entanto outros atos também poderão ser rotulados como desleais, mesmo não sendo caracterizados como crime, ou seja, o mesmo rol poderá ter fim exemplificativo ao tratar de concorrência desleal pura (ALMEIDA, 2004).

A violação de segredo de empresa é conduta típica tanto na hipótese em que o autor do crime é ou foi colaborador do empresário-vítima, na qualidade de empregado, prestador de serviços profissionais, administrador, sócio e outros, bem

como naquela em que o autor não manteve qualquer vínculo jurídico com a vítima (COELHO, 2008).

Em matéria de ação penal privada, restou improvido recurso crime, conforme entendimento judicial proferido pela Turma Recursal Criminal do Rio Grande do Sul, exposto a seguir:

RECURSO CRIME. AÇÃO PENAL PRIVADA. DELITO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL. ART 195, III, DA LEI 9.279/96. EMPREGO DE MEIO FRAUDULENTO. DESVIO DE CLIENTELA. QUEIXA-CRIME REJEITADA. INÉPCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. 1- O crime em questão só se configura quando há emprego de meio fraudulento e desvio de clientela, elementares não descritas na peça inicial, que também não discriminou as condutas dos querelados, tampouco imputou o crime a todos os envolvidos. 2- Queixa corretamente rejeitada com amparo no art. 395, I e II, do CPP. RECURSO IMPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Estes atos de concorrência desleal podem não se reputarem crimes e não sujeitarem seu autor a pena, mas do ponto de vista do Direito Empresarial, podem ser atos ilícitos, que criam obrigação de indenizar por perdas e danos (ALMEIDA, 2004).

Com base no artigo 207 da Lei de Propriedade Industrial, o empresário lesado pode ingressar com ação indenizatória na esfera civil para reaver perdas e danos, conforme previsão do artigo 935 do Código Civil, o qual prevê que a responsabilidade civil é independente da criminal, porém, se o caso concreto já tiver sido decidido na esfera penal, não importa mais questionar a existência do fato criminoso, bem como a autoria, ou seja, a sentença do processo penal faz prova que pode ser usada para a instrução do processo civil (BRASIL, 1996, 2002).

Ressalta-se que aos crimes de concorrência desleal cabe à instauração de ação penal privada, procedida somente mediante provocação do ofendido, que deve apresentar representação á autoridade competente e formular queixa crime no prazo legal, sob pena de decadência, e é considerado de menor potencial ofensivo, conforme prevê o artigo 199 da Lei de Propriedade Industrial (BRASIL, 1996).

As ações para coibir a concorrência desleal frequentemente tem caráter preventivo e não meramente reparatório. No âmbito civil, tratando-se da Lei nº 9.279/96, a repressão à concorrência desleal está prevista no seu art. 209, onde:

Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de concorrência desleal,

tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio. (BRASIL, 1996).

Além da previsão da Lei de Propriedade Industrial, o prejudicado pela conduta do concorrente desleal pode pleitear uma indenização por danos morais e materiais, com base nos princípios gerais do ato ilícito elencados nos artigos 186, 187 do Código Civil de 2002. Tratando-se de responsabilidade civil de indenizar, aquele que por ato ilícito, previstos nos artigos acima citados, causar dano a outrem, tem a obrigação de repará-lo (BRASIL, 2002).

Nas palavras do autor Fábio Ulhôa Coelho, “[...] a lei estabelece critérios para a definição do valor da indenização a ser paga ao empresário vítima da concorrência desleal”. O art. 208 da Lei nº 9.259/96, preceitua que a indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido. Da mesma forma, o Código Civil também estabelece que a indenização deva se dar pelo que efetivamente se perdeu mais o que se deixou de ganhar (COELHO, 2008, p. 197).

Nesse sentido, é importante para buscar a reparação dos danos sofridos, a constituição de provas dos atos praticados pelos concorrentes. Por essa razão na sequência trata-se da dificuldade probatória de alguns tipos de conduta que configuram concorrência desleal.

3.2 A DIFICULDADE PROBATÓRIA E A IMPROCEDÊNCIA DAS AÇÕES DE CONCORRÊNCIA DESLEAL NO TJ/RS

Conforme visto anteriormente, o concorrente prejudicado pode recorrer ao poder judiciário para buscar a reparação dos danos sofridos, mas não basta simplesmente alegar os fatos, é preciso prová-los. Pelo que se pode concluir a partir da leitura e análise de jurisprudência sobre a concorrência desleal, é que existe grande dificuldade na produção das provas no que tange a efetiva ocorrência do ato desleal.

Vale ressaltar um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que resultou negado o provimento ao agravo retido e à apelação cível pela ausência de provas de prática de ato ilícito:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL E PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AGRAVOS RETIDOS. PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. A perícia requerida pretendia, tão somente, constatar a quantas pessoas foi encaminhado o e-mail discutido nos autos, inexistindo qualquer consideração acerca da busca pela autoria do e-mail, motivo pelo qual o juízo a quo, com razão, indeferiu o exame pericial. Tangentemente ao indeferimento da contradita da testemunha, considerando que esta prestava serviços de forma eventual na empresa demandada, que seu conhecimento sobre o e-mail discutido é mínimo, baseado em informações de terceiros, desnecessário o procedimento requerido. No mais, a prova se destina a formar o convencimento do magistrado, sendo, pois, esse seu destinatário, por isso lhe cabe, dentro do princípio do livre convencimento motivado, determinar, ou não, a realização das provas que entender necessárias. Aplicação dos artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil. MÉRITO. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ATOS DE CONCORRÊNCIA DESLEAL. Cuida-se de pretensão indenizatória em que a parte autora pretende compensação pecuniária em razão de atos de concorrência desleal, supostamente praticados pelos demandados, ao enviar e-mails com conteúdo difamatório. O conjunto probatório não favorece a tese autoral, seja pelo fato de inexistir prova inequívoca sobre a autoria do e-mail, seja pela veracidade das informações contidas no documento eletrônico. O que resta claro nos autos é que o sócio Valdomiro efetivamente restou excluído da empresa Marpa, por meio de decisão de Assembléia Geral Extraordinária, em razão de falta grave e reiterada conduta incompatível, desabonatória e antiética quando da prestação de serviços de Agente da Propriedade Intelectual, informação inclusive publicada no site da Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial. No mais, consta nos autos provas dos inúmeros procedimentos que o sócio excluído responde perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial por conduta antiética, são sendo crível que o alegado desprestígio de seu nome e da empresa seja creditado aos demandados. Ausentes os pressupostos caracterizadores do instituto da responsabilidade civil, deve ser mantido o juízo de improcedência da demanda. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS AGRAVOS RETIDOS E AO APELO. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

A apelação cível elencada acima foi julgada pela Sexta Câmara Cível da Comarca de Porto Alegre/RS, em 28/05/2015. Trata-se de ação de abstenção de Prática de Atos de Concorrência Desleal cumulada com reparação por dano moral e material. Por unanimidade foi negado provimento aos agravos retidos e ao apelo, pelo fato de inexistirem provas suficientes da autoria da prática desleal.

Por oportuno, vale a conferência da recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado pela Quinta Câmara Cível, processo oriundo da Comarca de Passo Fundo/RS, que também refere-se a dificuldade probatória frente aos atos de concorrência desleal:

APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELLECTUAL. RESCISÃO DE CONTRATO DE FRANQUIA. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE PROVAS DE PRÁTICA DE ATO ILÍCITO PELA

FRANQUEADORA. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA.

[...] 11. Ainda, quanto à alegação de concorrência desleal por parte da demandada que estaria vendendo para supermercados o sorvete em preços menores, também não merece ser acolhida.

12. A concorrência desleal se caracteriza pela violação de segredos de empresa ou pela indução do consumidor em erro, utilizando-se uma empresa de subterfúgios ilícitos para a captação de clientela, não sendo esta a hipótese dos autos,

13. Por certo, era ônus da parte autora e do qual não se desincumbiu provar os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, que houve descumprimento de contrato por parte da franqueadora, violando direitos protegidos pela Lei de Franquia, causando insucesso da franqueada no negócio, a teor do que estabelece o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, com correspondência no art. 373 da novel legislação processual.

[...]

Negado provimento ao apelo (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

No caso em tela, a alegação de concorrência desleal por parte da demandada, também não foi acolhida, pois não restou comprovada nos autos. Sendo assim, não foram provados os fatos constitutivos de direito pela parte autora, restando negado o provimento ao apelo. A seguir colaciona-se mais uma ação que foi julgada improcedente por falta de provas:

APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS IMATERIAIS. USO INDEVIDO DE MARCA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. INOCORRÊNCIA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. 1. A propriedade industrial tem proteção constitucional, visando estimular o progresso técnico e científico, considerando o interesse social e econômico do país. A par disso, em vista de uma maior proteção ao autor da criação industrial, bem como a especificação e desenvolvimento da matéria, foi editada a Lei nº 9.279 de 1996, conhecida como Lei de Propriedade Industrial, na qual é limitado o âmbito de atuação da proteção aos direitos relativos à propriedade industrial. 2. A Lei de Propriedade Industrial determina que a propriedade da marca se adquire pelo registro validamente expedido, o qual garante ao titular o seu uso exclusivo em todo o território nacional. O mesmo diploma legal estabelece a proteção conferida pelo registro, assegurando ao titular a possibilidade de zelar pela sua integridade material ou reputação. 3. Não restou evidenciado o uso indevido de marca ou a prática de concorrência desleal a amparar o pleito indenizatório. Com efeito, a parte autora não comprovou a titularidade da marca ou mesmo o depósito do pedido de registro desta, a fim de merecer a proteção insculpida na Lei 9.279 de 1996, ônus que lhe impunha e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art.333, I, do CPC. 4. A parte demandada não praticou qualquer das condutas tipificadas como concorrência desleal, não há confusão entre produtos ou marcas, não são veiculadas informações inverídicas (não há qualquer alegação nos autos nesse sentido), ou mesmo há a divulgação de dados confidenciais. 5. A informação veiculada não se mostra prejudicial aos consumidores, ao revés, é capaz de contribuir para a informação clara e adequada sobre os preços dos produtos junto à demandada e os praticados pela empresa autora. 6. Danos imateriais. Somente os fatos e acontecimentos capazes de abalar o equilíbrio psicológico dos sócios da empresa, ou que atinjam a imagem desta são

considerados para tanto, sob pena de banalizar este instituto, atribuindo reparação a meros incômodos no trato de relação mercantil. Dado provimento ao apelo, por maioria, vencida a Relatora (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Trata de apelação cível, a partir de decisão de primeiro grau que julgou procedente a concorrência desleal. O apelo foi julgado procedente pelo TJ/RS, decisão que contrariou o voto da relatora. Por maioria de votos, entendeu-se que a concorrência desleal não restou comprovada pelo fato de não haver registro da marca, e, portanto, o autor da ação não conta com a proteção da mesma, logo, não se identificaram atos típicos de concorrência desleal. Não se reconheceu, portanto, nem o dano material e nem o extrapatrimonial, passível de reparação por parte da empresa demandada.

O julgado a seguir trata de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais, que teve como comarca de origem a Comarca de Palmeira das Missões/RS:

APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. MARCA "BARRIGA VERDE" PEDIDO DE REGISTRO DA MARCA "CLUBE DO DINO". CONCORRÊNCIA DESLEAL NÃO COMPROVADA. 1. O registro de marca validamente expedido assegura ao respectivo titular o uso exclusivo em todo o território nacional, conforme art. 129 da Lei n. 9.279/96. 2. Hipótese em que não restou demonstrado o uso indevido da marca "Barriga Verde" por parte da ré. 3. Ainda que confessada pela ré a comercialização de algumas peças de artigos do vestuário identificadas pela marca "Clube do Dino", a parte autora possui o mero pedido de registro desse sinal, inapto a conferir-lhe a pretensa exclusividade, a qual decorre somente com a expedição do certificado de registro, nos termos art. 129 da LPI. 4. Ausência de comprovação dos fatos constitutivos do direito alegado (art. 333, I, do CPC - art. 373, I, do NCPC). Ação julgada improcedente. 5. Honorários sucumbenciais recursais. Majoração da verba fixada na origem, conforme art. 85, §11, do NCPC. RECURSO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Não comprovada a concorrência desleal, vez que o registro de marca é de uso exclusivo em todo território nacional, mas a proteção da mesma só ocorre a partir da expedição do certificado de registro. A ação foi julgada improcedente, e o recurso desprovido.

Diante da dificuldade em provar o dano, deve o julgador, ao analisar as ações de reparação no que se refere à propriedade industrial e concorrência desleal, limitar

a fase probatória à simples existência da violação, visto que as perdas e danos são decorrentes da contrafação (CERQUEIRA, 1982).

Não restam dúvidas que, no que tange a concretização da concorrência desleal, são atos de difícil comprovação. Vez que, como se pode observar nos julgados expostos acima, a simples prática da concorrência não a configura como desleal, pois se encontra faltando o meio qualificador da ilicitude.

Por fim, vale analisar algumas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nestes últimos anos, que reconheceram e condenaram o infrator a pagar indenização por dano material ou moral.

3.3 ANÁLISE DE DECISÕES PROCEDENTES DE CONCORRÊNCIA DESLEAL PROFERIDAS PELO TJ/RS

Após o estudo do instituto da concorrência desleal e da dificuldade probatória dos atos infracionais é interessante que se colacione alguns julgados do TJ/RS que reconheceram a ocorrência do ilícito, para que se tenha uma visão mais ampla a respeito dos critérios que o judiciário considera para a configuração da concorrência desleal.

O agravo de instrumento a seguir foi julgado no dia 31 de agosto de 2016, pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e teve como relatoras Isabel Dias Almeida:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. REQUISITOS IMPLEMENTADOS NA ORIGEM. 1. Em sede de cognição sumária, com base no artigo 300 do NCPC, afiguram-se presentes os requisitos necessários à concessão da tutela provisória de urgência. Contexto probatório que demonstra agir temerário de ex-funcionário da autora, ao produzir e comercializar componentes eletrônicos cujos projetos teve acesso mediante assinatura de termo de confidencialidade. Evidências da prática de atos de concorrência desleal. 2. Constatação de risco de dano à autora/agravada em razão do desvio de clientela decorrente da indevida fabricação e comercialização de produtos pela parte ré, empresa de pequeno capital social, com confessada possibilidade de encerramento das atividades. Peculiaridades do caso concreto. RECURSO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Restaram evidenciadas as práticas de atos de concorrência desleal, importando em possível desvio de clientela advinda da fabricação e comercialização

indevida de produtos pela parte ré. O recurso do demandado foi desprovido, foi concedida a tutela antecipada ao autor, no sentido de obrigar o demandado a se abster de comercializar os produtos em questão.

A apelação cível a seguir, trata de ação condenatória ao direito da propriedade industrial, mais precisamente, no que tange ao direito de imagem. O processo é oriundo da Comarca de Rosário do Sul, e foi julgado pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

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).

Nesse julgado, restou caracterizado o dever de indenizar, vez que a partir da análise das provas foi comprovada que a propaganda comparativa veiculada pela ré caracteriza concorrência desleal. Ademais, restaram evidenciadas as práticas de abuso de poder econômico pela parte demandada, ferindo o princípio da livre concorrência previsto no art. 170, IV, da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, o relator do caso, Des. Ney Wiedemann Neto, negou provimento ao apelo e manteve a sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos, restando à demandada, o pagamento de indenização por dano moral à autora.

O julgado a seguir, trata de apelações cíveis que foram julgadas em 14/07/2016, pela Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e teve como relator o Des. Giovanni Conti:

APELAÇÕES CÍVEIS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS, LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL E JULGAMENTO ULTRA PETITA. REJEIÇÃO. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL DE INOVAÇÃO RECURSAL. INOCORRÊNCIA. MÉRITO. CONCORRÊNCIA DESLEAL CONFIGURADA. ARTIGO 1.147 DO CÓDIGO CIVIL. DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA. Preliminares. Inépcia da Inicial. A parte autora expôs de

maneira fundamentada e especificada os fatos que norteiam sua pretensão e, ao final, formulou pedido coerente com sua narrativa. Preliminar rejeitada. Julgamento ultra petita. Igualmente não assiste razão à parte ré, tendo em vista que na petição inicial restou formulado pedido para a condenação da ré ao pagamento de danos materiais (danos emergentes) e de lucros cessantes. Preliminar contrarrecursal. Inocorrência de inovação recursal por parte das rés, tendo em vista que o apelo apresentado impugna diretamente a fundamentação da sentença prolatada pelo julgador a quo. Mérito. A prática de **concorrência desleal** em afronta ao preconizado pelo artigo 1.147 do Código Civil, desrespeito ao prazo de cinco anos, evidencia a quebra da boa-fé contratual, ilícito que justifica a procedência da ação neste tocante. Dano moral configurado. A pessoa jurídica pode ser vítima de dano moral quando atingida em sua imagem, credibilidade e bom nome no âmbito de atuação comercial, o que ocorreu no caso concreto. Dano Material. No concernente aos danos patrimoniais, a situação deve retornar ao status quo ante, ou seja, deve a parte autora receber o que pagou para ter a atividade comercial (floricultura). Lucros Cessantes. Na espécie, os lucros cessantes representam os frutos que a parte lesada deixou de perceber diante da conduta lesiva do infrator, com consequências reflexas do ato ilícito. Quantum que deve ser apurado em sede de liquidação de sentença. Majoração dos honorários advocatícios. Tal verba deve atender os requisitos previstos nos parágrafos 3º e 4º do art. 20 do CPC/73, qual sejam eles o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, além da natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. PRELIMINARES REJEITADAS, APELO DA AUTORA PROVIDO E APELO DAS RÉS DESPROVIDO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

No caso acima, resta configurada a prática de concorrência desleal. Trata-se de demanda a respeito de promessa de compra e venda, e foi evidenciada a quebra de boa-fé contratual, ilícito que caracterizou a concorrência desleal, o que justifica a procedência da ação neste tocante. No mais, as preliminares foram rejeitadas, o apelo da autora provido, e o apelo das rés desprovido.

A decisão abaixo trata de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais, o processo é oriundo da Comarca de Esteio e teve como relatora a Des^a. Mylene Maria Michel:

DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO (OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS). ACADEMIA DE ARTES MARCIAIS. NECESSIDADE DE MANTER PROFISSIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA À DISPOSIÇÃO DOS ALUNOS, EM TEMPO INTEGRAL, CONSOANTE A LEI ESTADUAL N.º 11.721/03. MEDIDA NÃO ADOTADA PELA PARTE RÉ, QUE AINDA SE NEGOU A FIRMAR TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA PARA REGULARIZAR SUA ATUAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGAR O PROCESSO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL CARACTERIZADA. DIRECIONAMENTO DA AÇÃO AOS SÓCIOS, FACE À EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. RISCO EFETIVO À INTEGRIDADE FÍSICA DOS ALUNOS (AOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES, ENFIM). CONCORRÊNCIA DESLEAL EVIDENCIADA. SENTENÇA DE PARCIAL

PROCEDÊNCIA MANTIDA. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2015)

No caso exposto, o autor imputou ao réu a prática de ato ilegal e lesivo aos consumidores e à concorrência, alegando que a ré mantém estabelecimento em desacordo com a legislação que trata do assunto, ocasionando violação aos direitos básicos do consumidor e causando prejuízo à livre concorrência.

Participaram do julgamento, além da signatária, os integrantes da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, os Senhores Des. os eminentes Senhores Des. Voltaire de Lima Moraes (Presidente) e Des. Eduardo João Lima Costa, os quais acordaram em rejeitar as preliminares e negar provimento à apelação, mantendo a condenação por concorrência desleal.

Nesta linha de raciocínio, com fundamento nos ensinamentos doutrinários e na legislação legal cabível, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem decidindo questões relacionadas à concorrência desleal, frente às diversas condutas que a caracterizam.

Notou-se através das pesquisas, que os julgados realizados pelo TJ/RS buscam aparato nas demais decisões já proferidas, além de manterem decisões coerentes e de acordo com o que prevê a legislação específica que trata da matéria da concorrência desleal.

CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida teve por tema analisar o Instituto da Concorrência Desleal como meio fraudulento para desvio da clientela. Delimitou-se o estudo, partindo de um embasamento teórico, com base na doutrina e na legislação, com amparo nos principais autores que tratam dessa temática e a legislação aplicável quando da incidência da infração e da prova de tal conduta, tanto na seara cível quanto na penal, para ao final conhecer o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em ações que versem sobre o tema, acórdãos selecionados a partir de processos julgados nos últimos cinco anos.

O objetivo geral desse trabalho foi analisar os limites entre a concorrência leal e desleal e a dificuldade probatória como fator determinante da impunidade para esse tipo de conduta, partindo das principais teorias e autores que tratam da concorrência desleal, abordando qual a legislação cabível para coibir esse tipo de conduta, além de analisar alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Nesse contexto, após o estudo entendeu-se que em uma economia de mercado, na qual estão envolvidos diversos relacionamentos econômicos, a concorrência é fator fundamental para o ramo empresarial. Essa concepção é fundamentada na ideia de que a concorrência, além de possibilitar uma variedade de produtos, aprimorando a qualidade dos mesmos, contribui na redução dos preços, equilibrando a relação entre a oferta e a procura (BAGNOLI, 2010).

Percebe-se ainda, que a concorrência existe para garantir o desenvolvimento dos mercados, beneficiando assim, o consumidor final, que irá usufruir das melhorias decorrentes da concorrência. Tal concorrência para o Direito envolve interesses, mercados, populações, conquistas e os meios empregados para atingir os seus resultados.

São os meios empregados para a prática concorrencial que a configuram como leal ou desleal. Dai então, quando considerados ilícitos, os atos de concorrência desleal recebem punições advindas tanto da esfera administrativa, quanto do âmbito penal e civil.

No decorrer da pesquisa tratou-se especificadamente de cada órgão que tem o dever de fiscalizar e aplicar as sanções aos atos desleais no ramo empresarial.

Portanto, para que a concorrência desleal se configure no caso concreto, na seara penal, não é necessário comprovar a ocorrência de dolo ou fraude, bastando a culpa do agente. Para buscar ressarcimento em ação de responsabilidade civil, tanto de dano moral quanto material, é preciso que se comprove o dano sofrido.

Para o empresário é de suma importância a proteção da clientela da ação denegridora de seu concorrente. Quando essa clientela for alcançada pela prática desleal, o prejudicado poderá buscar abrigo da legislação cabível para ressarcir suas perdas, na esfera civil. Igualmente, com base nos ensinamentos doutrinários, para que a concorrência desleal seja considerada, é indispensável que os concorrentes estejam disputando o mercado em momentos paralelos, e que o bem ou serviço seja o mesmo, para que então se verifique a prática da concorrência desleal.

Ao Estado cabe o dever de intervir nas esferas judicial ou extrajudicial. Sendo que, sua atuação é considerada de extrema importância para a atividade econômica, vez que garante aos empresários, segurança jurídica frente às práticas concorrenciais.

Concluiu-se que com respaldo na Constituição Federal, é assegurado a todos o livre exercício de qualquer espécie de atividade econômica. O que se espera é que as condutas praticadas pelos empresários sejam dotadas de lealdade, honestidade e boa-fé com seus concorrentes.

Ainda, qualquer empresário que se sentir lesado pelos atos de seu concorrente, tem o direito de buscar reparação dos prejuízos causados. Ademais, frente às pesquisas, compreendeu-se que o tema é pertinente e importante, pois o mundo empresarial está em crescente evolução. Dessa forma, é de grande valia o estudo realizado, vez que permite ao acadêmico maior conhecimento na área, além de possibilitar aos demais estudantes e pessoas da sociedade em geral, interessadas na matéria, o acesso a esta pesquisa.

REFERÊNCIAS:

AGUILLAR, Herren Fernando. **Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009.

ALMEIDA, Marcos Elidius Michelli de. **Abuso de Direito e Concorrência Desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Concorrência Desleal**. São Paulo: Saraiva, 1989/ 2005.

BRASIL, **Código Civil de 2002**.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21.11.2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, V. 1: direito de empresa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de direito comercial: direito empresa**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**, V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

DUVAL, Hermano. **Concorrência Desleal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1976.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GONÇALVES, Mansur Pedro. **Direito da Propriedade Industrial: a relevância da tutela antecipada**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. **LEI Nº 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em 21.11.16.

_____. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> . Acesso em: 21.11.2016.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 30 ed. São Paulo: Editora Forense, 2006.

PIMENTEL, Carlos Barbosa. **Direito Comercial: Teoria e Questões**. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, V.1: 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. **Agravo Nº 71003917721**. Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 17/09/2012. Disponível em:<<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?>>. Acesso em: 20/11/2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Recurso Crime Nº 71003917721**, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 17/09/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?>>. Acesso em: 20/11/16.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70054604855**, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 28/05/2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?>>. Acesso em 20/11/2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70065293227**, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 31/08/2016. DISPONIVEL EM:<<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?>>. ACESSO EM 20/11/16.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70069876654**, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Julgado em 31/08/2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?>>. Acesso em 21/11/16.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70058037912**, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 25/03/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?>>. Acesso em 21/11/2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de Instrumento Nº 70069539310**, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 31/08/2016. Disponível em:< <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?>>. Acesso 21/11/2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70070987045**, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel Dias Almeida, Julgado em 26/10/2016. Disponível em:< <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?>>. Acesso em 21/11/2016.

RIO GRANDE DO SUL. **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/search?>>. Acesso em 23/11/2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70068915081**, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Giovanni Conti, Julgado em 14/07/2016. Disponível em:< <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?>>. Acesso em 23/11/2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70065812307**, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 17/12/2015. Disponível em:< <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?>>. Acesso em 23/11/2016.