



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

VITOR ESPRÍCIDO FONSECA

**A TECNOLOGIA E OS SEUS EFEITOS JURÍDICOS NA ESFERA
CONCORRENCIAL**

**Assis/SP
2017**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

VITOR ESPRÍCIDO FONSECA

**A TECNOLOGIA E OS SEUS EFEITOS JURÍDICOS NA ESFERA
CONCORRENCIAL**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientador(a): Leonardo de Gênova
Área de Concentração: Direito Comercial**

**Assis/SP
2017**

FICHA CATALOGRÁFICA

FONSECA, Vitor Espírcido.

A Tecnologia e os seus Efeitos Jurídicos na Esfera Concorrencial / Vitor Espírcido Fonseca. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2017.

Número de páginas.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA

Orientador: Leonardo de Gênova

1. Concorrência Desleal. 2. Tecnologia.

CDD:
Biblioteca da FEMA

A TECNOLOGIA E OS SEUS EFEITOS JURÍDICOS NA ESFERA CONCORRENCIAL

VITOR ESPRÍCIDO FONSECA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____ Leonardo de Gênova _____

Examinador: _____

**Assis/SP
2017**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, João e Odete, os quais me apoiaram efusivamente e concederam o amparo necessário no decurso deste para que eu pudesse atingir a consecução do mesmo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro plano, a Deus por todas as incidências benéficas que irradia em minha vida, sem ele não haveria aptidão de tampouco lograr naquilo que visiono.

A minha família de maneira geral, especialmente aos meus pais, que jamais me abandonaram e sempre me auxiliaram em quaisquer condições, o respaldo que em mim inculcaram foi substancial.

Minha namorada, Yara, por sempre estar ao meu lado, auxiliando-me e proliferando motivações, com a incessante prática de atos benevolentes.

Ao Professor Mestre Leonardo de Gênova, por me nortear no tocante ao Direito, outrossim, sempre manteve-se a disposição para proceder na resolução de dúvidas pertinentes.

“É errôneo servir-se de meios imorais para alcançar objetivos morais.”

Martin Luther King

RESUMO

O fito imanente a este trabalho concerne a perpetrar uma análise sistemática acerca da seara concorrencial, a qual se evidencia em coaduna a uma homérica quantidade de empresas dos mais diversos segmentos. Outrossim, insta denotar que em virtude deste viés, insurge ilícitos praticados pelos concorrentes, sendo, portanto, reprováveis e suscetíveis de coibição, denominando-se como concorrência desleal. Faz-se mister consignar que a exegética do trabalho há de compreender a vertente de tal concorrência estando consentânea às empresas de tecnologia, que tendem a maximizar sua expansão entorno do âmbito nacional. Destarte, não se olvida das questões jurídicas promanadas dessas ocorrências, haja vista que são pertinazes os litígios atinentes aos estabelecimentos comerciais de cunho tecnológico, que porventura resguardam uma digressão nas acepções perante os estudiosos do direito. Exaure-se a temática, perscrutando de maneira pormenorizada casos práticos e concretos, com as respectivas decisões do Poder Judiciário, cuja incidência fomenta em regulamentar pautado numa, mormente aferição de contundência, esta problemática que irradia-se gradativamente no Brasil.

Palavras-chave: Concorrência Desleal; Tecnologia.

ABSTRACT

The objective of this work is related to a systematic analysis about the competitive environment, which is evident with a large number of companies from the most diverse segments. Furthermore, it urges to demonstrate that, due to this bias, there are illegal practices practiced by competitors and are therefore reprehensible and susceptible to coercion, denominating themselves as unfair competition. It is necessary to expose the content of the work to understand the competition aspect being related to technology companies, which tend to maximize their expansion around the national level. In this way, we do not forget the legal issues arising from these occurrences, given that the disputes concerning commercial establishments of a technological nature are persistent, since there is a disparity in the view of law scholars. Exhaustion of the subject, looking in detail at practical and concrete cases, with the respective decisions of the Judiciary Power, whose incidence promotes in regulation based on a, in fact, a strong assessment of this problem that radiates gradually in Brazil.

Keywords: Unfair competition; technology.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica

IDS Instituto Dannemann Siemsen

LPI Lei de Propriedade Industrial

SAE Secretaria de Acompanhamento Econômico

SBDC Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE Secretaria de Direito Econômico

SNDE Secretaria Nacional de Direito Econômico

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. NOÇÕES HISTÓRICAS.....	14
1.1. EVOLUÇÕES DA CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO MUNDIAL.....	14
1.1.1. Primeiro Período.....	15
1.1.2. Segundo Período.....	19
1.1.3. Terceiro Período.....	23
1.2. EVOLUÇÕES DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL.....	26
2. PANORAMA GERAL DO INSTITUTO DA CONCORRÊNCIA.....	34
2.1. CONCEITO DE CONCORRÊNCIA.....	34
2.2. CARACTERIZAÇÃO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL.....	36
2.3. CLASSIFICAÇÃO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL.....	38
2.3.1. Modalidade Genérica.....	40
2.3.2. Modalidade Específica.....	41
2.4. COMPARATIVO ENTRE CONCORRÊNCIA DESLEAL E INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA.....	44
3. MEIOS DE COMBATE AOS ILÍCITOS CONCORRENCIAIS.....	49
3.1. REPRESSÃO CIVIL.....	49
3.2. REPRESSÃO PENAL.....	53
3.3. ATUAÇÕES DO CADE.....	58
4. A CONCORRÊNCIA IRRADIADA NOS INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS E SUAS INCIDÊNCIAS JURÍDICAS.....	62
4.1. NOTAS INTRODUTÓRIAS ACERCA DA TECNOLOGIA CONTEMPORÂNEA.....	62
4.2. CONDENAÇÃO DA EMPRESA BAIDU NO BRASIL.....	63
4.3. LITÍGIOS ENTRE O UBER E TAXISTAS.....	66
4.4. CONDENAÇÃO DO GOOGLE NA UNIÃO EUROPÉIA.....	70
4.5. JURISPRUDÊNCIAS.....	72
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	77
6. REFERÊNCIAS.....	80

INTRODUÇÃO

Em defluência da constante progressão da tecnologia neste viés contemporâneo ao qual estamos ínsitos, é passível visualizar comumente, lides que insurgem em virtude da dissonância dentre as empresas que atuam ou fazem usos de elementos tecnológicos. Portanto, é eminente a necessidade de verter acerca desta junção suscetível de culminar em corolários jurídicos.

O primeiro capítulo rotula a evolução paulatina da concorrência que se perfez no decurso da história. Subsiste uma digressão em três períodos a âmbito internacional, operando suas diversas fases; ademais, há em apartado, o período cuja dedicação advém da historicidade concorrencial no Brasil, com as promulgações de legislações que incitaram em um maior avanço programático e a suscitação de órgãos repressivos a tais praticas inidôneas.

O segundo capítulo engendra versando a despeito do conceito de concorrência em sentido amplo, abarcando, desde então aqueles pertinentes aos atos desleais. É exposto as características peculiares imanentes a concorrência desleal, justaposto as suscetíveis distinções que coexistem perante a concorrência legal. Doravante, aduz uma dicotomia de modalidades coadunas à concorrência desleal, porquanto subdivididas em genéricas e específicas, cada qual contemplando quesitos inerentemente exclusivos de si. Exaure-se o capítulo em apreço, ao promover as disparidades atinentes à concorrência desleal, conforme explanada em momentos pregressos, e a infração de ordem econômica, os quais apesar de ocasionar amiúde confusões, permeiam perante extensões e meios empregados ambíguos.

O terceiro capítulo, por sua vez, tangencia as formas passíveis de reprimir estas praticas imorais já pautadas. Novamente, vislumbra-se a ocorrência de disseminação das esferas que estão incutidas. A primeira delas concerne ao âmbito civil, conquanto, a segunda espécie alude na diretriz penal, sendo que nesta, há uma perscrutação pormenorizada do que obtempera os respectivos incisos da lei regulamentadora de tais delitos.

Por fim, o quarto capítulo exterioriza o cerne deste trabalho, incidindo nas ocorrências foram averiguadas concretamente. Para a consecução deste ensejo, é

exposto três casos práticos e recentes. O primeiro deles, é sobre a condenação prolatada no Brasil, imposta à empresa Baidu, por atos desleais em detrimento de sua concorrente direta, PSafe. O segundo exara a despeito do litígio exaustivo dentre taxistas e o aplicativo Uber, apontando o depreendimento emanado por Tribunais. Já o terceiro, transmuda para a órbita internacional, consistente na sanção perpetrada em face ao Google, na União Européia. Ainda neste capítulo, é consignado entendimentos jurisprudenciais acerca do uso da tecnologia, com o fito de prejudicar seus concorrentes diretos.

O objetivo concernente a este trabalho está correlacionado aos efeitos que são constatados ante a concepção adjunta do advento da tecnologia concatenado ao mercado concorrencial. O viés que culmina em uma dispersão de valores, insurgindo os positivos e aqueles negativos. Destarte, resguarda-se no intento de lograr soluções factíveis para dirimir ou mitigar tais atos perniciosos que são perpetrados de maneira amiúde, bem como solver indagações ainda coexistentes nessa vertente jurídica.

1. NOÇÕES HISTÓRICAS

1.1. EVOLUÇÕES DA CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO MUNDIAL

A concorrência está perpetuada em nosso mundo por um vasto período, todavia, não se pode concluir que esta sempre foi regulamentada por ordenamentos jurídicos. Portanto na antiguidade, era demasiadamente corriqueiro o fato de que havia a formação de monopólios e cartéis, além de outros meios que prejudicavam assiduamente os demais comerciantes, bem como o próprio consumidor. Porém, com o decorrer da evolução a qual era situada, percebia-se a suma importância do Estado interferir no comércio, seja minimamente ou num grau mais elevado, visando inibir essa prática delitativa, que por inúmeras vezes decompunha drasticamente uma economia regional, nacional, e por vezes, até mesmo mundial.

Partindo desta premissa exposta acima, será feito a divisão dentre três períodos históricos, cada um contendo suas particularidades, para que dessa forma seja possível analisar minuciosamente os fatos ocorridos, e que conseqüentemente levou à criação de normas que tipificariam determinadas condutas como um ilícito passível de punição.

Conforme, Paula A. Forgioni preceitua em sua obra “Os Fundamentos do Antitruste” (2015), os grandes períodos a serem destacados serão: O Primeiro Período, o qual vislumbra a situação temporal na Antiguidade grega, Antiguidade romana, passando posteriormente à Idade Média, e por fim encerra esta fase no Mercantilismo. O Segundo Período estará estritamente interligado ao Estados Unidos, tendo como grandes destaque a Sherman Act. Já o Terceiro Período é o detentor em relação as normas antitrustes como a causa de implementações de políticas públicas, vale destacar nesta fase, momentos históricos de extrema reverencia, como é o caso da Prima Guerra Mundial e a Crise de 1.929, houve ainda a fixação da concorrência-instrumento, derivado do Tratado de Paris.

1.1.1. Primeiro Período

Encetasse este primeiro período tratando a respeito dos ocorridos na Antiguidade grega, a qual segundo consta, havia a subsistência de monopólios estatais e os privados.

Acerca dos monopólios estatais, compreende-se que eram instalados durante períodos de dificuldades econômicas, sendo atribuídos por seus governantes, todavia, não se prolongava no tempo, sua duração era sucinta; conseqüentemente, o fornecimento de receitas atribuídas ao Estado era um fator iminente.

Já no que se refere aos monopólios privados, há de se constar que estes não eram vedados, tornando o abuso de preço dos produtos uma prática constante, que era auferida mediante a oferta e a procura.

A doutrinadora Paula Forgioni (p.39, 2015), preconiza o depreendimento emanado pelo professor grego Lambro E. Kotsiris (apud KOTSIRIS, 1988, p.451-7)

O professor grego Lambros E. Kotsiris relata prática levada ao conhecimento do Senado de Atenas, por volta do ano de 386 a.C., e posteriormente, ao tribunal presidido pelo Thesmothetae. Trata-se, segundo esse autor, do primeiro caso antitruste relatado da história.

Ressalta-se, portanto, que ainda na Antiguidade grega, ocorreu aquele que pode ser considerado como o primeiro caso de antitruste da história, conforme relata o estudioso de outrora previamente citado; o fato ocorreu por volta do ano de 386 a.C., e foi levado até o Senado de Atenas, relatando que durante períodos de instabilidade sendo presenciados, os comerciantes firmaram um pacto, visando estocar uma quantia mais elevada de produtos do que o usual, resultando desta forma em uma majoração nos preços dos produtos; apesar de não haver resultados históricos sobre este julgamento, é significativo salientar que há uma visível preocupação sobreposta ao povo, em outras palavras vale dizer, o interesse público

é deslumbrado, passando a ser o cerne, haja vista que se visava coibir atos que prejudicassem o bem da sociedade em geral.

Paula A. Forgioni obtempera a ocorrência das práticas de concorrência no que concerne ao período da Antiguidade Romana

A prática dos monopólios estatais também existia em Roma [...]. Já no final do Império, para aumentar a arrecadação, o número de monopólios concedidos aos particulares, mediante retribuição, multiplicou-se.

Transpassando para a Antiguidade romana, é vistoso afirmar que também havia a regular prática de monopólios estatais, que era uma das fontes de rendimento pecuniário do governo. Além disso, eram ainda assegurados os monopólios privados, que retribuíam esta imposição governamental.

Forgioni, ainda cita o fato que compeliu a procedência corriqueira destas práticas tidas como irregulares sob a égide econômica (p.40, 2015)

Essa política de monopólio foi coibida pelo Édito de Zenão (ou Zeno), de 483. Também os acordos que hoje chamariamos “de preço” foram regulamentados pelo referido diploma.

Manifestava-se uma crescente preocupação em erradicar esses monopólios, e pode-se afirmar que o prelúdio para estabelecer tal atitude foi Édito de Zenão, durante o ano de 483. Posteriormente, durante o ciclo do Imperador Leão, foi firmada a ilicitude dos monopólios em geral, à exceção daquele que se tratava do sal.

Forgioni fomenta que na Idade Média conteve dois grupos com maior notoriedade (p.43, 2015)

Com efeito, a baixa Idade Média mostra duas facetas. A primeira é a Europa dos pequenos artesãos, das corporações de ofício, na qual se assentaram as normas de disciplina da concorrência que nos interessam mais de perto. A outra refere-se às grandes empresas, cujo estudo está em moda, inclusive nos Estados Unidos da América, ali chamadas, com um evidente apelo publicitário, de Medieval Super Companies.

Porquanto, doravante, no período da baixa Idade Média, destacar-se-iam dois grupos de extrema relevância para determinado período, que são os artesãos e as grandes Corporações de Ofício.

Partir-se da premissa de que as corporações de ofício tiveram seu surgimento relacionado à união dos agentes econômicos, que visavam resguardar seus interesses em comuns. As corporações de ofício de assemelhavam de maneira drástica aos cartéis, visto que os objetivos de ambos tinham a mesma enunciação, elas estabeleciam óbices em detrimento ao mercado econômico, controlando de forma plena a oferta dos produtos, e em consequência disso, a uniformização dos preços eram estabelecidas, considera-se ainda um fator determinante elegido por essas corporações, o qual tratava do exercício de determinadas atividades econômicas asseguradas apenas para os membros daquelas corporações, já aqueles que não estivessem ingresso, estariam inibidos de exercerem tais atividades regulamentadas.

Segundo Forgioni, foi-se prospectado a coexistência de duas espécies normativas, as quais continham disparidades entre si (p.45, 2015)

Percebe-se, daí, que dois eram os tipos de normas que disciplinavam a atividade das corporações de ofício: as primeiras, os estatutos das próprias corporações, ordenamentos jurídicos moldados pelos comerciantes ou artesãos para disciplinar sua atividade. O outro sistema era aquele da Comuna medieval, que procurava regular a atividade das corporações, fazendo-o, na maioria das vezes, pelo controle dos estatutos e imposição de normas de conduta obrigatórias para seus membros.

Perscruta-se que subsistiam dois tipos de normas distintas que tratava da regulamentação das corporações de ofício; no primeiro viés tratava-se de um estatuto das próprias corporações, que poderia ser encarado sobre o prisma de ordenamento jurídico privado, sendo definidos pelos próprios agentes econômicos que compunham as corporações de ofício, havendo sanções previstas para o descumprimento de certas regras, as quais poderiam ter o efeito de suspensão ou exclusão.

Além destas, era sabida a existência correlata das normas fixadas pela Comuna Medieval, que almejavam a eficiente regularização das atividades associadas às corporações de ofício, as quais eram definidas por governantes; em suma, o

principal foco era o consumidor, e alguns dos meios mais notórios de regras pré-estabelecidas era o chamado mecanismo das feiras, que preponderava evitar o abuso de preços, contudo, o meio mais significativo imposta pela Comuna visando o controle, fora a imposição de uma delimitação de lucro máximo que poderia ser obtido. Realçam-se as inúmeras reações contra os meios de controle estabelecidos pelas corporações de ofício, que muito se assemelhavam aos atuais cartéis e monopólios.

Por fim, a última etapa deste primeiro período é o Mercantilismo, que estava adstrito intrinsecamente às concepções de condenação dos monopólios ou atividades similares.

Conforme Paula A. Forgioni consigna em sua obra, neste lapso temporal em apreço, havia a subsistência de monopólio que eram tidos como lícitos, porquanto ocorre uma dicotomia na classificação atinente a prática de tais atos (p.50, 2015)

Mas nem todos os monopólios eram ilegais. Foi-se estabelecendo a distinção entre monopólios ilícitos e lícitos, que seriam aqueles outorgados pelos soberanos, tendo em vista o bem comum. A apreciação do que vai ao encontro desse bem comum compete, em um primeiro momento, ao governante e somente a ele.

Posto isto, insta urdir que havia uma disparidade dentre os monopólios existentes no Mercantilismo, cujo paradoxo culminava em espécies lícitas e ilícitas, sendo a primeira entendida como aquelas concedidas em prol do Estado, mediante este fator, ela se concretizavam em razão do próprio governo ou mediante concessão atribuída aos particulares. Em defluência desta concepção, fazia-se mister a devida perscrutação a despeito do assunto tratado, não dando ensejos para caracterizações errôneas de monopólios.

Forgioni cessa este Primeiro Período apontando casos que incidiram no prelúdio do antitruste (p.51, 2015)

Não obstante, principalmente na Inglaterra, inicia-se, no final do século XVI, a contestação da legalidade da concessão real desses exclusivos. O movimento de reação ao poder do soberano é apontado por muitos como o início da história do antitruste, pela riqueza das decisões dos tribunais ingleses a respeito dessa matéria.

Destarte, é forçoso convir que a ocorrência supracitada seja difundida por inúmeras pessoas como o engendramento no que concerne ao Antitruste, haja vista que as decisões prolatadas neste caso foram contundentes, apreciando-a com uma pormenorização da matéria.

1.1.2. Segundo Período

Possuindo como prelúdio desta Segunda Dimensão, Paula Forgioni a caracteriza concernente ao período em que esteve consubstanciada, e ressalta suas peculiaridades (p.55, 2015)

Com a Revolução Industrial, o centro de produção deixa de ser a oficina do maestro e desloca-se para as fábricas. Os grandes investimentos em maquinários, os espaços que se faziam necessários a sua acomodação e a quantidade de mão de obra empregada levam à organização das indústrias. A relação maestro e aprendiz é substituída por aquela entre patrão e empregado. Este assume o risco do empreendimento, pois efetua o investimento, e seu retorno depende de produção das fábricas. Nada há, portanto, na atividade desse empresário que lembre a segurança proporcionada pelo sistema das corporações de ofício medievais. Como contrapartida desse risco, há a exigência de maior liberdade.

Desta forma, o segundo período teve seu início com a Revolução Industrial, a qual trouxe algumas mudanças marcantes para o desenvolvimento da concorrência globalizada. Ocorre que, as corporações de ofícios, existentes durante a Idade Média, foram dirimidas, haja vista que representavam uma grande nocividade para a concorrência perante os comerciantes, e subsequentemente, prejudicava os consumidores, que ficavam a mercê de um único grupo que detinha poderes suficientes para controlar determinadas espécies de atividade econômica.

Compreendida esta conversão, conclui-se que a livre-concorrência, bem como o mercado liberal passaram a serem fatores preponderantes, à vista que era imprescindível atribuir uma maior liberdade ao comércio e a indústria, consignado à intervenção mínima do Estado.

Dentre algumas das normas institucionais, que foram auferidas durante esta fase, Paula Forgioni consagra algumas tidas como substanciais (p.57, 2015)

Em março de 1791, com a adoção do Décret d'Allade, procura-se instaurar a liberdade do comércio e de indústria para todos, permitindo o exercício de uma profissão sem a necessidade de pertencerem os cidadãos a uma corporação de ofício.

A Lei Le Chapelier, de junho de 1791, proibiu as corporações de ofício e buscou a liberdade de comércio, instrumental para a nova ordem que se instalava.

Detiveram sóbria evidência e podem ser destacadas o Décret d'Allarde, cujo qual contemplava uma amplitude de liberdade atinente ao ingresso em profissões, não sendo mister a subsistência de requisitos específicos; verifica-se ainda a aprovação da Lei *Le Chapelier*, a qual vedava expressamente as práticas contundentes das corporações de ofício, assegurando de maneira plena a liberdade comercial. Ante a explanação prolatada, é factível o entendimento das importâncias emanadas por estas duas normas supracitadas, haja vista que influíram diretamente na liberdade econômica, culminando num aspecto benigno em primeiro plano.

Doravante, Forgioni preconiza as instabilidades supervenientes que culminaram da ampla liberdade concebida em momento pregresso (p.62, 2015)

Foi posteriormente comprovado pela história que essa livre atuação dos agentes econômicos acabou por gerar elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns, trazendo fatores de instabilidade que comprometiam a preservação do mercado

Depreende-se, por assim, que os atos proferidos em momento pretérito cancelaram o acúmulo de capital entre determinadas indústrias, em detrimento, empresas adversas não retinham meios de concorrer ante a paridade que se propaga, portanto instaura-se uma instabilidade econômica no plano inserto.

Forgioni ainda capitula o desdobramento perante a população no que concerne a este acúmulo efusivo de capitais (p.63, 2015)

Essas distorções geraram grande insatisfação popular e culminaram com a regulamentação da concorrência ente os agentes econômicos, dentre

outras medidas destinadas à atenuação do problema [...] Mas, de qualquer forma e acima de tudo, mantinha-se o livre comércio, a livre-concorrência e o livre mercado, ou seja, mantinha-se o liberalismo econômico.

Destarte, o momento econômico tênue corroborou para que insurgisse uma revolta populacional, que faziam manifestos almejando uma regulamentação eficaz; o Estado, tendo o escopo de atender aos anseios da população, prontificou-se a agir, com a imposição de atos que mitigaram a ocorrência da prática ilícita que era aferida demasiadamente por avantajadas indústrias.

Malgrado insta erigir que, apesar de tais atos oriundos do Poder Estatal, manteve-se a incolumidade da liberdade econômica e suas derivadas.

Por conseguinte, Forgioni transcende de período, passando a perscrutar o viés que abrangeu os Estados Unidos da América (p.68, 2015)

Na década de 1870, as estradas de ferro iniciaram um processo de competição predatória, na disputa pela clientela [...]. As ferrovias, para sua "mútua proteção" e para que tarifas "razoáveis" fossem praticadas, acertaram um cartel. Assim como ocorreu com as estradas de ferro, também em outros setores da economia verificou-se o fenômeno da cartelização.

Vislumbra-se que os denominados cartéis, nos Estados Unidos da América encetaram-se com o advento das indústrias que atuavam no setor de estradas de ferro, as quais vinham alastrando uma monumental disputa visando a clientela; utilizavam-se de práticas para atrair os clientes, contudo, foi justamente nessa circunstância que verificou-se a formação de cartéis, que paulatinamente se prolongavam a diversos ramos da indústria norte-americana.

Nota-se, no entanto que, por inúmeras vezes os acordos pré-estabelecidos pelos cartéis eram desempenhados na prática, visualizando a necessidade de impor medidas mais revigoradoras, que alcançassem com efetividade o fim almejado pelas indústrias. A partir dessa premissa que se dará o início da constituição dos denominados trustes.

Segundo Carvalhosa (1967, p.41):

Caracteriza-se o truste pela transferência de capitais e valores econômicos de uma determinada pessoa física ou jurídica, que tem como objetivo gerir e administrar aqueles capitais e valores; exerce esta última o papel de agente fiduciário, trustee, cabendo-lhe, com plena autonomia, aplicar tais bens e valores da melhor forma, no interesse do agenciador. Ao trustee cabe a direção, de maneira uniforme, do conjunto de negócios que lhe são confiados.

Segundo Paula A. Forgioni (2015 p.69-70):

O industrial transferia a um trustee o poder derivado de suas ações, recebendo, em contrapartida, um trust certificate. Os trustes proporcionavam a administração centralizada dos agentes econômicos que atuavam no mesmo mercado, impedindo, de maneira segura e estável que a concorrência se restabelecesse entre eles.

Dessa forma, ao averiguar o conceito atribuído, por dois estudiosos do direito, é possível chegar à conclusão de que os trustes se caracterizam por reduzir o número de empresas, porém com o poder permanecendo concentrado na mão daqueles que conduziam os trustes.

Indubitavelmente, o exemplo mais notável de truste formado, é a Standard Oil, controlada por Rockefeller, e atuando nas delimitações do petróleo.

A despeito da famigerada *Sherman Act*, Paula Forgioni subscreve apontando sua ineficácia inicial (p.73, 2015)

Em 1890, finalmente, o Sherman Act foi promulgado. Apenas esse diploma, entretanto, mostrou-se insuficiente para propiciar aos agentes econômicos a segurança e a previsibilidade que sempre almejam. Ressentia-se, no texto do Sherman Act, da vagueza de suas previsões.

Portanto, há de se fomentar que a *Sherman Act*, elaborada pelo senador John Sherman, foi acatada e passa a vigorar na órbita jurídica no ano de 1890. Esta lei pode ser compreendida como a mais significativa em relação às batalhas travadas em oposição ao poder concentrado na mão de poucos e bem determinados agentes econômicos. A população ansiava por uma medida que contemplava tal finalidade, pois se tratava de uma necessidade para corrigir as medidas alarmantes impostas pelos trustes. Todavia, apesar de uma progressão veemente, não pode ser dito que

esta lei já era suficiente para a concretização dos fatores por ela visados, presenciava lacunas na disposição, que clamavam por retificações para seu funcionamento prosperar.

Por fim, Forgioni exaure este Segundo Período prospectando a vigência do Clayton Act, e suas peculiaridades eminentes (p.73, 2015)

Nesse contexto, no ano de 1914, é promulgado o Clayton Act, que exemplifica e condena algumas práticas restritivas da concorrência, tais como vendas casadas, aquisição de controle de outras companhias etc [...] as práticas elencadas somente serão consideradas ilícitas se, e somente se, restringirem a concorrência de forma não razoável ou tenderem à criação de um monopólio.

É forçoso convir que com o prelúdio do Clayton Act, estabeleciam-se critérios ensejadores da imputação de ilicitude nas condutas praticadas, reitera-se que somente seria inculido este título àqueles que controvertessem o que exterioriza a norma em apreço.

Enfim, diversas das normas elaboradas pelas leis expostas acima, vigoram atualmente, nos ordenamentos jurídicos dispersos ao redor do mundo, inclusive no Brasil. Isso demonstra a plena elaboração e sua eficácia na aplicação ao caso concreto.

1.1.3. Terceiro Período

Por fim, chega-se ao último período da evolução histórica que antecede a concorrência, e neste, será tratado sobre situações ocorridas durante o século XX.

Conforme depreendimento emanado por Forgioni, as causas que deram início a este período podem ser averiguadas no tocante a Primeira Guerra Mundial, e demonstra-se sua importância no viés econômico (p.76, 2015)

Em 1914, inicia-se a Primeira Grande Guerra. Os países vão divisando que, como afirmou Comparato, as guerras não se ganham apenas nos campos

de batalha. Verifica-se atuação no sentido de organizar economia, direcionando-a para a guerra. Surto de regulamentação estatal da atividade econômica se fazem presente, não obstante julgados por muitos como temporário e eventual.

Obtempera-se notadamente que intrinsecamente à guerra, estava ligado o fator da economia, que deveria ter uma organização bem acentuada, para desta forma, os países não visarem apenas os ganhos decorrente da própria batalha oriunda da guerra, mas também fora dela, mais especificamente, gerar uma renda elevada para a economia da nação. Em decurso a isto, era perceptível averiguar a constante intervenção estatal, visando regulamentar a economia.

Ademais, a aclamada doutrinadora Paula A. Forgioni concede continuidade, abordando outro marco histórico que culminou em resultados impactantes, o *Crash* da Bolsa de Valores, em 1929 (p.76, 2015)

Em 1929, após a quarta-feira negra, houve a quase total paralisia dos fatores de produção. Tudo estava estagnado, com a população sofrendo as conseqüências da crise: desemprego, carestia de produtos de consumo etc. O Estado é chamado a reimpulsionar a máquina econômica e o faz intervindo em diversos setores, oferecendo crédito para a produção industrial, incentivando a produção agrícola, intervindo no setor bancário e de seguros, planejando o comércio exterior etc.

Destarte, frise-se a magnitude do impacto oriundo da Quebra da Bolsa de Valores de Nova York, que acometeu toda a economia global. Em virtude disto, a população em geral sofria veementemente as drásticas conseqüências do episódio em apreço, abarcando empresários e funcionários de empresas dos mais diversos setores. Doravante, fez-se mister a intervenção do Estado na economia, ora que as circunstâncias eram demasiadamente caóticas, suplicando, portanto, que houvesse uma efetiva regulamentação, a fim de cessar a crise e evitar que esta venha a se repetir em momento superveniente. Remata-se, dessa forma que, a partir desse dado momento histórico, o Estado passou, incessantemente, a regular as economias nacionais, almejando obstar eventuais crises que poderiam ocorrer.

Forgioni preceitua um marco temporal no que tange ao Direito, sendo este, o concebimento do Direito Econômico (p. 77-78, 2015)

Essa atuação do Estado, incentivada pela teoria econômica da época [...], transmuda-se em disciplina jurídica da atividade privada, com a implementação de políticas públicas.

Nesse contexto, os teóricos identificam o nascimento do direito econômico como um ramo do direito [...]

Percebe-se que ulteriormente a proativa atuação do Estado como regulamentador do sistema econômico, exsurge uma nova seara, o Direito Econômico, que retinha consigo o desiderato de situar-se como o instrumento que o Estado se valeria para alcançar o seu fim, que era de conduzir o mercado diante seu paradigma.

De suma importância é o Tratado de Paris, o qual desencadeia em uma série de efeitos, acerca disto Forgioni posta como referência substancial do Terceiro Período (p.80-82, 2015)

Em 1951, houve a assinatura do Tratado de Paris (que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço), tendo como fim maior “contribuir, de harmonia com a economia geral dos Estados-membros e pelo estabelecimento de um mercado comum (...) para a expansão econômica, para o aumento do emprego e para a melhoria do nível de vida nos Estados-membros” (cf. art. 2º do Tratado de Paris) [...] O art. 5º do documento trata, ainda, da concorrência, colocando como uma das funções da Comunidade assegurar “o estabelecimento, manutenção e respeito de condições normais de concorrência”.

Nos arts. 65 e 66 do Tratado de Paris foram estabelecidos os efetivos instrumentos para a implementação da política.

Há de se prospectar que com o advento do Tratado de Paris, incutiram-se acepções imanentes à concorrência econômica, o qual preconizou que os Estados integrantes permanecessem em coaduna uns aos outros, contemplando respaldos no setor da economia, devendo agir na medida tolerável de concorrência, sendo vedados seus alastramentos para índices superiores. Ademais, isto se irradia como privilégios aos trabalhadores, na medida em que eram lhes assegurado mais oportunidades e melhores condições de desenvoltura de suas atividades.

Ressalta-se ainda que em decorrência deste Tratado progressivamente consignado, assinado no ano de 1951, surgiu a denominada concorrência-instrumento, que pode ser definida segundo Paula A. Forgioni, a qual consubstancia a explanação oriunda de Jorge de Jesus Ferreira Alves: “concorrência-instrumento não é um valor

absoluto, mas um meio normal, eventualmente privilegiado, de obter o equilíbrio econômico”. (2015, p.81, apud FERREIRA ALVES, p.16, 1989)

Acerca da dupla instrumentalidade, afirma Grau (2008, p.33)

Por um lado organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições(...), e por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas, como se vê

Este é o entendimento doutrinário, imposto por Eros Roberto de Grau mediante a dupla instrumentalidade, que apresentava dois objetivos distintos, porém que ainda assim estavam entrelaçados, mirando a prática econômica.

Dessa forma, subentendesse que em razão dessa implementação da política concorrencial, que foi de grande valia para coibir as práticas de trustes, os avanços econômicos e sociais foram concretizados de maneira satisfatória. Refletindo diretamente na situação atual da União Européia.

1.2. EVOLUÇÕES DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Após findar a forma percorrida da evolução concorrencial em âmbito mundial, será tratado como a concorrência progrediu no Brasil. Expondo isso, Paula Forgioni enceta o tema demonstrando os primórdios do Brasil colonial e sua carência no ramo concorrencial (p.87, 2015)

Seria até ilógico falarmos, nos primeiros tempos do Brasil em colônia, em “defesa da livre concorrência”, uma vez que não havia qualquer concorrência significativa estabelecida entre os agentes econômicos. A vedação do comércio com outros países que não Portugal acabava por determinar uniformização nos preços das matérias-primas exportadas, pois o monopólio do comércio internacional fazia com que se houvesse no Brasil um monopólio bilateral, ou seja, um único comprador de produtos de exportação e um único vendedor de bens proveniente da Europa.

Há de se aduzir que durante o período do colonialismo no Brasil, basicamente não havia concorrência imanente ao território nacional, haja vista que se presenciava um monopólio, interposto por Portugal, que coibia a prática de negociar produtos provenientes de outrem, desta maneira, ocasionava uma grande restrição no mercado, prejudicando os consumidores, os quais se encontravam a mercê do monopólio controlado pelo Império Português.

Por conseguinte, Forgioni salienta os efeitos suscetíveis com a vinda de D. João VI para o Brasil, suas conquistas implementadas (p.89, 2015)

Com a vinda de D. João VI para o Brasil, iniciou-se a implementação de política que acabou por fomentar o desenvolvimento econômico do país. [...] o fato é que foi parcialmente desativada a política fiscalista, dando-se lugar o incentivo e ao desenvolvimento econômico brasileiro.

Vislumbra-se que, momentos após a chegada de D. João VI ao Brasil, ele trouxe concatenado a seu posto, fomentáveis modificações para nosso sistema econômico. Ante o exposto, a adoção de uma política que visava o desenvolvimento econômico, ainda que não em sua amplitude, perante a política fiscalista que vigorava em sua plenitude, é um dos feitos mais notórios cabíveis a D. João VI.

Insta erigir que segundo explanação emanada por Paula Forgioni (p.95, 2015), ocorre pela primeira vez a nível constitucional no Brasil, referência direta à liberdade econômica, esta que foi proveniente da Constituição de 1.934, definindo em seu artigo 115 “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica”.

Por meio deste texto constitucional fixado em outrora, compreende-se que havia princípios regulamentadores pertinentes à ordem econômica, os quais eram ensejadores de assegurar a dignidade da pessoa humana. Porquanto, poder-se-ia constituir como uma limitação, a liberalidade do mercado econômico, se assim os fizessem em prol da sociedade como um todo, fazendo com que fosse adir privilégios à população. O Estado poderia, desta maneira, intervir no mercado econômico, almejando premissas mais proeminentes, e que o bem jurídico tutelado abranja um interesse social e coletivo mais amplo.

No tocante à Constituição superveniente, situada no ano de 1937, Forgioni aborda seus preceitos próprios e o escopo que continha (p. 98-99, 2015)

Considerando esse contexto, em que o Estado buscava suprir a atividade econômica privada, para o sustento do próprio sistema, coloca-se a Constituição de Federal de 1937.

A intervenção do Estado no domínio econômico poder-se-ia dar, nos termos do referido texto constitucional, mediante seu controle (atuação sobre a economia), estímulo (atuação sobre a economia mediante a utilização de sanções positivas) ou gestão direta (atuação do Estado na economia), mas apenas para “suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais, o pensamento de interesses da Nação.

Por assim, a Constituição de 1937, desponta para uma participação mais efusiva do Estado no setor econômico, seja realizando atividades indiretamente, sendo um amparo para os particulares; ademais nota-se que o próprio Ente Público estaria autorizado de ingressar nos ramos de serviços e produções, desde que fosse mister para culminar na supressão exígua advindo dos particulares, contemplando em um plano primário os interesses coletivos. Sua previsão legal estava inserida em seu artigo 135.

Ainda no que concerne a Constituição Federal de 1937, Forgioni prolifera as aduções ao demonstrar a imprescindibilidade do artigo 141 (p. 99, 2015)

Ao mesmo tempo, o art. 141 do texto constitucional brasileiro de 1937 colocava, como princípio, a proteção à economia popular.+ Regulamentando o referido dispositivo, veio o Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938, nitidamente, em muitos de seus aspectos, uma lei antitruste. O primeiro diploma brasileiro antitruste surge com função constitucional bastante definida, buscando a tutela da economia popular e portanto, precipuamente, do consumidor.

Faz-se mister consignar que o artigo supracitado exteriorizava uma preocupação a despeito da economia popular, incitando então, sua devida proteção; provém deste artigo, surge o Decreto-Lei 869, o qual espelhava sua proteção, especialmente à figura do consumidor, trazendo consigo alguns meio eficazes de proteção, inibindo por então, fraudes contra credores, aumento de preços a nível exorbitante, dentre outras virtudes benéficas abarcadas.

Suscita-se o Decreto-Lei 7.666 de 1945, concebido por Agamemnon Magalhães, popularmente denominado de “Lei Malaia”. Segundo Paula A. Forgioni, citando o pensamento de Shieber (p. 105, 2015 apud SHIEBER, p.8, 1966): “o decreto-lei estabelecia a repressão administrativa aos trustes, aos cartéis e todas aquelas combinações que visam dominar o mercado nacional.”

Essa lei mirava de maneira integral nos atos contrários aos interesses da economia nacional, ora que possuía uma vigorosa índole protecionista; é perceptível que se tratava de caráter administrativo, e não penal, como era atribuídos aos crimes contra a economia popular.

Forgioni fomenta o prelúdio concernente à Comissão Administrativa de Defesa Econômica, ademais, faz-se um adendo alusivo a seus atos perpetrados (p.105, 2015)

Á Administração Pública era dado averiguar as práticas contrárias aos interesses da economia nacional, determinar a aplicação de sanções e autorizar atos restritivos, tendo sido criada, com tal escopo, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE.

Ainda neste período, foi criado o CADE, que era estritamente correlacionado ao Poder Executivo, e cabia a este, aprovar a prática de determinados atos praticados por agentes econômicos, tal qual, sem sua aprovação, seria decretado à nulidade dos referidos atos, e subsequente a isso, não produziram efeitos.

O conceito de “mercados relevantes” teve indícios a partir da promulgação deste Decreto-Lei 7.666, constatados em seu artigo 1º, inciso I, alínea c, que mencionava expressamente a nomenclatura de monopólios regionais.

Concluindo desta forma, a importância que esse Decreto representou em sua contemporaneidade, fixando conceitos substanciais; criando um órgão que permanece em nossos cotidianos desenvolvendo premissas muito bem elaboradas e de suma importância para uma concorrência em moldes aceitáveis. Todavia, sua revogação ocorreu em 09 de novembro de 1.945, em decorrência de determinação imposta pelo presidente interino José Linhares.

Em coaduna à Constituição Federal de 1946, Paula Forgioni coteja aquilo que esta carta magna propusera de modificação em detrimento da Constituição pregressa de 1937 (p.107, 2015)

A Constituição brasileira de 1946 trouxe pela primeira vez de forma expressa o princípio de repressão ao abuso do poder econômico em seu art.148. “Art 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

No ano subsequente ao da revogação promovida no Decreto-Lei 7.666, tem surgimento a Constituição de 1946, sendo apontada como o primórdio constitucional no que tange a apresentação do princípio de repressão ao abuso de poder econômico, propondo coagir determinados atos elencados em seu texto legais, quais são eles os atinentes ao de dominar mercados nacionais, eliminar a concorrência, ou aumentar de maneira indevida os lucros, e encontrava-se em sujeição das empresas de qualquer natureza. Subtrai, portanto, a essência que esta constituição visava auferir, tratando-se do ato punitivo para empresas que tinham a finalidade de ocasionar algum ato acima transcrito, e não os efeitos que pudessem vir a gerar, tão logo, o caráter preventivo é inerente a esta constituição.

Observa Forgioni que, com o advento de nova Lei, é inculcida a efetiva subsistência do CADE no sistema brasileiro, e lhe é outorgado determinadas atividades, malgrado não foi apreciado como um órgão eficaz, em primeiro momento (p.111 e 117, 2015)

Em 1962, finalmente foi promulgada a Lei 4.137. Cria-se, por seu art.8º, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, incumbido da apuração e repressão dos abusos do poder econômico. Em virtude dessa aplicação bastante diluída e quase ineficaz, o CADE passa a ser visto pelo empresariado (e mesmo pela população) como órgão inoperante, ou que, se fazia algo, não era de muito relevo.

Frise-se que com o encetamento da Lei 4.137, e que possui como um de seus feitos mais notórios a fomentação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, previsto no artigo 8º do referido texto normativo, e que tangia em perscrutar,

realizar averiguações e conseqüente repressão das empresas que praticavam atos econômicos tipificados como ilícitos. Contudo, durante o período em que esta lei transcorria em vigor, o CADE não se demonstrou plena efetividade de tal maneira almejada, sendo alvo de críticas constantes, imputando-lhe dúvidas ante os empresários e a população em geral. É mister ressaltar que muito desta desconfiança gerida em torno do CADE, se deve ao Poder Judiciário, responsável por suspender diversas decisões proferidas pelo órgão regulamentador, acerca de atos empresariais indevidos, pautando-se como fundamentação jurídica válida, nas garantias asseguradas aos cidadãos, tendo força constitucional. Arremata-se afirmando que a Lei 4.137 não surtiu com os efeitos que eram de si esperada, tendo, portanto, seus ideais permanecidos em âmbito abstrato, haja vista que não foram aplicados de maneira congruente conforme o pretendido.

Em coaduna ao liame histórico traçado pela autora, Paula A. Forgioni aduz acerca do surgimento da Lei 8.158, a qual visava produzir efeitos adversos à anterior, ora que transcenderia para um plano mais contundente, e não meramente abstrato (p.120-121, 2015)

O panorama do direito antitruste brasileiro parecia alterar-se com a promulgação da Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991. Alardeava-se a abertura do mercado brasileiro e a liberalização da economia. Procurou-se, no novo diploma, celerizar o procedimento administrativo de apuração das práticas em violação à ordem econômica, com a criação da SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico [...] o CADE passou a funcionar junto à SNDE.

Porquanto, há de se observar que com a progressão temporal, tem-se a vigência da Lei 8.158, de 1991, a qual tinha como precípua uma regulamentação autônoma do mercado na medida do possível, pendendo para a liberdade econômica, todavia, eram reconhecidos os eventuais abusos de poderes que as empresas poderiam cometer ao estarem diante de tal grau de liberalidade. Visando compelir os tais atos infortúnios para a sociedade, foram incrementadas algumas medidas para inibi-los. Destaca-se nesta lei, a instituição da Secretaria Nacional de Direito Econômico, dotado da sigla SNDE, que atuava em harmonia ao CADE, dando uma maior celeridade aos atos jurídicos que envolvessem práticas ilícitas. Em contraste à Lei 4.137, a qual o CADE não surtia os efeitos emanados, nesta lei exposta, o CADE

demonstrou maior eficiência em suas decisões proferidas, trazendo uma maior respeitabilidade a sua reputação.

Sob a égide da Lei 8.884, de 1994, foram implantados determinados meios, de suma importância, para conceber sua plena eficácia, a despeito disto, Forgoni complementa o elo desta etapa aludindo (p.121-122)

O diploma de 1994 sistematizou a matéria antitruste, aperfeiçoando seu tratamento legislativo, além de transformar o CADE em autarquia federal, beneficiando-lhe com destinação orçamentária própria.

A Lei de 8.884, de 1994, implementou o que se convencionou chamar de “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” – SBDC, composto pelo CADE, pela SAE – Secretária de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda, e pela SDE – Secretária de Direito Econômico, do Ministério da Justiça.

Dessa forma, vislumbram-se as benfeitorias provindas da promulgação da lei supracitada, ressaltar-se-á, dentre as quais que contiveram maior notoriedade, a transfiguração do CADE em uma autarquia federal, o que viabilizou a incidência de reter consigo uma autonomia orçamentária, não sendo mais, portanto, integralmente dependente de órgãos dispares para outorgar-lhe verbas. Ademais, a fusão concatenada ante os diversos órgãos de repressão e estabilização econômica, culminou na suscitação do SBDC, incutindo-lhe a realizar ações de prevenção e de pressão contra os abusos de poderes que eventualmente poderia ocasionar um desequilíbrio na economia em sua plenitude, há de se mencionar ainda sua função de educação, tratando-se de ampliar à sociedade o conhecimento acerca da concorrência, motivando sua importância econômica.

A concebida autora em apreço exauriu o lapso histórico acerca da concorrência na seara nacional, perscrutando no tocante à Lei 12.259/11 (p.123, 2015)

Em 2011, foi promulgado novo diploma antitruste (Lei 12.529, em vigor a partir de 2 de junho de 2012). Do ponto de vista do direito material, pouco se alterou, com a manutenção dos critérios de determinação da ilicitude das práticas empresariais.

Destarte, no ano de 2012 passa a vigorar na órbita jurídica nacional a Lei 12.529, de 2011, e que permanece vigente em nosso ordenamento jurídico até a presente

atualidade. Em suma, permeia os mesmos alicerces basilares alusivos á lei progressa, seu cerne foi mantido incólume, conquanto ressalta-se nesta nova lei diretrizes que merecem destaque.

É forçoso citar, ensejando fomentar esta reformulação parcial, a reestruturação do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), que havia sido implementado na lei anterior, modificando sua estrutura fundamental, com a composição de três órgãos emprenhados de funções distintas entre si, sendo o Tribunal Administrativo, responsável por realizar o julgamento das infrações de ordem econômica; a Superintendência-Geral, competente por apurar os atos que serão submetidos para julgamento por meio do Tribunal Administrativo; e o Departamento de Estudos Econômicos, atribuído da função de elaborar determinadas análises para sustentar os atos.

Ressalta-se ainda, que esta referida lei trouxe outra mudança substancial, a qual os atos referentes às fusões e aquisições de empresas, seriam submetidos para análise prévia do CADE, haja vista que poderiam ser um indicador de abuso do poder econômico, portanto, tal ato era oriundo de uma maior segurança jurídica, visando inibir tais práticas delituosas por parte de grandes empresas. Modificou-se ainda, a forma de aplicação de multas provenientes da infração à ordem econômica, reduzindo-as de maneira considerável, embasado no princípio da adequação e proporcionalidade.

Posto isto, foi-se pormenorizada as modificações que a legislação brasileira comportou durante diversos períodos, sendo inerentes a peculiaridades destes. O aperfeiçoamento das normas, visando adequar-se ao caso concreto em que determinado período era submetido, se faz presente neste contexto histórico. Visto isso, findar-se-á esta evolução gradativa em torno da concorrência, em nosso período contemporâneo.

2. PANORAMA GERAL DO INSTITUTO DA CONCORRÊNCIA

2.1. CONCEITO DE CONCORRÊNCIA

A conceituação de concorrência é vasta, abrange fatores imprescindíveis para sua caracterização. Trata-se de um elemento substancial para a devida compreensão acerca da concorrência desleal, haja vista que esses institutos compartilham entre si uma série de semelhanças. A partir desta premissa, doutrinadores, costumeiramente conceituam o que é a concorrência, quais suas características mais marcantes, visando, desta forma, evitar que a confusão se generalize frente ao outro instituto.

O famigerado doutrinador, Fábio Ulhoa Coelho, traz em seu entendimento, no que tange a concorrência (2002, p.189-190)

Não há competição empresarial sem o intuito de conquista de mercado. Desse modo, 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 da qualidade, redução do preço, etc) que os motivem a direcionar suas opções no sentido de adquirirem o produto ou serviço que ele, e não outro empresário fornece. Ora, o efeito necessário da competição é a indissociação entre o benefício de uma empresa e o prejuízo de outra, ou outras. Na concorrência, os empresários objetivam, de modo claro e indisfarçado, infligir perdas e danos a seus concorrentes, porque é assim que poderão obter ganhos.

Por sua vez, Paula Forgioni, assevera a concorrência pelo seguinte ângulo (2015, p.34)

Devemos ter em mente a concorrência como fenômeno que se verifica quando, no mínimo, duas pessoas estão dispostas a trocar, comprar ou vender a terceiro o mesmo bem, ou bens intercambiáveis. Temos concorrência sempre que dois ou mais agentes econômicos competem pela mesma oportunidade de troca [...] a concorrência existe desde que haja comércio, desde que haja mercado.

Maria Helena Diniz apresenta a concorrência por diversos prismas, dentre os quais destacados a seguir (2008, p.855)

Sociologia jurídica. Estado de dois seres (políticos, empresários etc.) ou de duas funções tendentes a se suplantarem reciprocamente a disputarem algo ou ao pretenderem alcançar o mesmo fim.

Direito Comercial. a) Ação desenvolvida entre empresários ou produtores para disputar clientelas, um mercado ou a venda de certa mercadoria ao público consumidor; b) ato pelo qual se procura estabelecer uma competição de preços, apurando-se quem oferece melhores condições ou ofertas para aqueles que pretendem adquirir ou comprar algo.

Direito Econômico. a) Rivalidade ou luta no domínio econômico entre produtores, fabricantes ou empresários que, ao mesmo tempo, expõem à venda mercadorias da mesma natureza e qualidade; b) oferta de produtos iguais ou similares entre produtores ou negociantes; c) coincidência ou limite entre dois valores.

Destarte, arremata-se ao entender a lógica imposta pelos estudiosos de direito que, para haver concorrência é imprescindível que ao menos dois agentes travem uma disputa entre si, e que os produtos inseridos por eles no mercado sejam iguais ou ao menos similares entre si, visando, desta forma, tirar a clientela alheia, para auferir lucros, ao passo que, subseqüentemente, os demais agentes deixam de lucrar.

Trata-se, portanto, de um raciocínio lógico, na medida em que um agente econômico ganha, seu rival perde, pois este é o objetivo central da concorrência, e para atingir esse fim é necessário valer-se dos meios legais, isso quer dizer, não poderá o agente econômico se utilizar de meios ilícitos com a virtude de angariar a clientela para si, a disputa concorrencial é plenamente natural, é intrínseco ao mercado, todavia, não há de se desrespeitar os limites impostos, tendo como primazias, táticas leais, que estejam em conformidade com o ordenamento jurídico, para apenas posteriormente, efetivar o almejado.

Desta forma, compreende-se a estrutura da concorrência, seus objetivos, as conseqüências por ela ocasionadas, bem como a vedação de determinados meios. Este entendimento é de suma importância para verificar suas variantes, como é o caso da denominada concorrência desleal, bem como a infração à ordem econômica.

2.2. CARACTERIZAÇÃO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL

A concorrência, em sua essência, é um ato legal, sua prática não é vedada, haja vista que decorre do contexto capitalista ao qual estamos inseridos. Todavia, o direito repudia uma vertente da concorrência em sentido amplo, denominada de concorrência ilícita, da qual deriva duas modalidades, sendo a concorrência desleal, o foco mor deste estudo, e de outro lado verifica-se a infração de ordem econômica.

Tangenciando a deslealdade concorrencial, Fabio Ulhoa sintetiza a elucidação dos deveres correlatos aos membros da esfera jurídica e privada, os quais devem zelar por posições idôneas e legais (p.189, 2002)

Ao direito constitucional de explorar atividade econômica, expresso no princípio da livre iniciativa, como fundamento de organização da economia, corresponde o dever, imposto a todos, de o respeitar. Em relação ao estado, esse dever se traduz na inconstitucionalidade de exigências administrativas não fundadas na Lei, para o estabelecimento e funcionamento de uma empresa (CF, art. 170, parágrafo único). Em relação aos particulares, se traduz pela ilicitude de determinadas práticas concorrenciais.

Pois bem, urdido no supedâneo do Princípio da Livre Iniciativa, faz-se mister que os sujeitos, indiscriminadamente, corroborem com este, haja vista que é constitucionalmente assegurado a todos os indivíduos, a exploração de atividades, desde que não contrarias ao que expressa o ordenamento jurídico. A forma inconstitucional averiguada para cada parte é tida, perante o Estado, na inexistência de consignação mediante lei vigente para sobrestar ou obliterar o funcionamento empresarial; já no que verte aos particulares, é a interposição de atos prejudiciais aos seus concorrentes. Porquanto, tais práticas são plenamente ilegais, afrontando o princípio constitucional que admite expressamente em sentido contrario.

Trata-se, de coibir a prática da concorrência ilícita sob o fundamento de que a economia deva ser preservada, evitando ocasionar uma disputa dessemelhante entre os agentes econômicos em razão do poderio que determinados concentram; bem como a garantia aos consumidores de não serem prejudicados. A partir destes

fundamentos, o Estado poderá intervir quando verificado a prática abusiva, taxada como ilícita pelo texto normativo.

Um empecilho que a os profissionais e estudiosos do direito debatem constantemente, verte-se pela distinção entre a concorrência leal e a concorrência desleal, pois ambas se assemelham em diversos aspectos, dificultando por assim, a caracterização da concorrência desleal e em quais casos concretos pode ser inserida.

A partir da problemática instaurada, os doutrinadores do direito passaram a empenhar-se visando de maneira satisfatória exaurir este contexto.

Segundo Maria Helena Diniz a concorrência desleal trata-se (2008, p.855)

Uso doloso de meios desonestos, ilícitos, contrários aos usos mercantis e aos bons costumes com escopo de lesar pessoas que exploram o mesmo ramo, visando promover a ampliação de seus negócios, auferindo vantagens além dos limites legais

Fabio Ulhoa Coelho demonstra no que a concorrência desleal se assemelha e diferencia da concorrência lícita (2002, p.190)

Não é simples diferenciar-se a concorrência leal da desleal. Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes [...] A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita [...] São os meios empregados para a realização dessa finalidade que os distinguem. Há meios idôneos e meios inidôneos de ganhar consumidores em detrimento dos concorrentes.

A concorrência leal e a concorrência desleal possuem objetivos em comuns, vale dizer que, os fins almejados são exatamente os mesmo, tratando-se, portanto, da obtenção de lucros mais avantajados, à medida que captam a clientela de seus concorrentes diretos.

Todavia, os meios utilizados para alcançar este fim que é o fator distintivo entre as modalidades de concorrência supracitadas; enquanto na concorrência leal o agente faz uso de meios lícitos, legais; na concorrência desleal faz-se o uso de meios ilícitos, imorais, que vão à contrapartida da lealdade competitiva que vigorava no âmbito comercial.

Ademais, Coelho não olvida de outras características que emulam a formação plena deste instituto em apreço, revigorando-a de maneira integral (p.242, 2002)

A concorrência desleal é sempre ato culposo [...] De fato, como espécie de abuso de direito que se viabiliza através de meio necessariamente imoral ou desonesto, não existe concorrência desleal sem culpa. Não pode existir. A caracterização da concorrência desleal [...] não se pode fazer com recurso aos objetivos ou aos efeitos de determinada prática empresarial.

É mister ressaltar que há alguns pressupostos para a caracterização plena da concorrência desleal em esfera pré-determinada, à vista do fato de que ela sempre deverá ser classificada como um ato culposo, já que se produz derivando-se de meios inidôneos; outrossim, o dano não necessita ser concreto, prevalecendo a mera possibilidade de ocorrer tal resultado gravoso, em outras palavras, o risco de dano já é elemento suficiente; ainda é prescindível o dolo imanente ao agente, a vontade intrínseca de praticar o ato. Estes, embora não se revistam da mesma suma notoriedade dos demais previamente elencados, devem ser delineados a fim de guarnecer a elucidação aqui explanada.

No que concerne a incidência de expansão dos efeitos oriundos da concorrência desleal, Coelho aduz precisamente a sua concretização: [...] na medida em que as lesões produzidas pela primeira não alcançam outros interesses além dos do empresário diretamente vitimado pela prática irregular. (p.189, 2002)

Destarte, a concorrência desleal abrange uma quantia ínfima de agentes prejudicados, constatando-se, portanto, os seus concorrentes diretos, ao qual o meio inidôneo foi empregado para retirar-lhes a clientela. Em regra geral, ela não se expande gerando um desequilíbrio econômico no mercado a âmbito nacional, ficando fixada mais adentro de sua região. Nota-se também que em determinados casos, que os consumidores são atingidos por este ilícito perpetrado.

2.3. CLASSIFICAÇÃO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL

Verifica-se que a concorrência desleal se distingue da concorrência lícita, admitida em nosso ordenamento jurídico, através dos meios empregados. Portanto, não serão os efeitos produzidos que irão determinar a ilicitude da concorrência, mas sim o método classificado como inidôneo, que foi aplicado visando atingir tal fim, que corresponde à subtração da clientela de seus concorrentes, atuantes em um mesmo mercado e lapso temporal, finalidade, esta, que se assemelha à concorrência leal.

À vista desta primeira distinção, discriminando as situações em que se presencia a atividade da concorrência desleal, em sentido amplo, partir-se-á em duas classificações distintas e munidas de peculiaridades que advém desta modalidade de concorrência ilícita citada previamente.

Segundo Coelho preleciona em sua obra, é averiguada a dicotomia pertinente (p.190 e 191, 2002)

Para Gama Cerqueira, pode-se classificar a concorrência desleal em duas categorias: a específica, que se traduz pela tipificação penal de condutas lesivas aos direitos de propriedade intelectual titularizados, por empresários (isto é, os direitos sobre marcas, patentes, título de estabelecimento, nome empresarial); e a genérica, que corresponde à responsabilidade extracontratual (1946:1. 271)

Partindo desta premissa, há de se subdividir a concorrência desleal em duas espécies, sendo remetidas em Modalidade Genérica e Modalidade Específica. Este entendimento é inerente a Gama Cerqueira, e reforçado por Fabio Ulhoa Coelho, os quais optam por distingui-las neste preceito elencado.

Afinal, estas modalidades apresentam divergência em determinados aspectos, podendo citar a repressão cabível, cuja esfera será responsável por apreciar o julgamento; destaca-se ainda que, os meios cabíveis para a caracterização de cada uma das categorias é distinto, alguns, inclusive, podendo ser delineados com maior facilidade, à medida que outros requerem uma interpretação mais substancial acerca de determinados termos.

Exposto essa introdução, as modalidades serão minuciosamente dissecadas, expondo, portanto, seu enquadramento no caso concreto.

2.3.1. Modalidade Genérica

Depreende Coelho, acerca desta primeira diretriz a ser minuciosamente estudada (2002, p.191)

[...] as não tipificadas como crime, mas geradoras do direito à indenização por perdas e danos (LPI, art. 209), são de concorrência desleal genérica [...] Já em relação à genérica é mais difícil precisar os meios concorrenciais ilícitos.

A concorrência desleal em sua Modalidade Genérica está interligada à responsabilidade extracontratual, vale dizer que, é inerente ao âmbito civil, cabendo-lhe apenas a denominada Repressão Civil, extinguindo-lhe, porquanto, a Repressão Penal.

Uma questão pertinente afronta esta espécie tratada, sendo referida a dificuldade em caracterizar as circunstâncias que abrangem a modalidade genérica da concorrência desleal. Vale dizer, os meios empregados para a obtenção do fim almejado são de difícil caracterização, haja vista que não existe um rol taxativo, ou mesmo exemplificativo, acerca de determinado assunto. Contudo, incumbe uma interpretação extensiva no que tange ao caso concreto.

Coelho tangencia as hipóteses incididas como deslumbráveis imanescentes à modalidade genérica da concorrência desleal, afirmando que: “A concorrência desleal genérica se caracteriza quando utilizado meio imoral, desonesto ou condenado pelas práticas usuais dos empresários” (p.195, 2002).

De maneira sintética, pode classificar-se como concorrência desleal genérica, aquelas que empregam meios tidos como desonestos, imorais, reprováveis pelos empresários em geral.

Exemplificações notórias desta modalidade genérica em pauta são mencionadas na obra de Coelho (p.191, 2002)

São exemplos de concorrência desleal genérica o desrespeito aos direitos do consumidor (inobservância do padrão legal de qualidade, por exemplo) e

a sonegação de tributos. Nesses dois casos, os meios inidôneos – sintetizados pela noção de desrespeito ao direito vigente – permitem ao empresário desleal praticar preço mais baixo que os concorrentes cumpridores da lei e, em consequência, subtrair-lhes consumidores.

Insta urdir que em ambas as condutas supracitadas, há o corolário da subsequente redução de preços nos produtos ofertados perante concorrentes diretos, e como fruto pragmático destes elementos, tem-se averiguado a redução da clientela dos concorrentes em prol da empresa empregadora de tais meios inidôneos, auferindo lucros mais elevados. Todavia, estes atos necessitam de uma prévia comprovação de que estão no contexto precedentemente designado da concorrência desleal.

Arremata-se afirmando que, indubitavelmente, não há de se falar da concorrência desleal genérica como um crime, pois, esta, não admite punição em âmbito penal. A dificuldade em sua caracterização é um fator real, devendo analisar cada caso de maneira apartada e distinta dos demais, a fim de, se realizar um enquadramento embasado na legalidade.

2.3.2. Modalidade Específica

Após descrever a Concorrência Desleal em sua modalidade Genérica, prossegue-se a caracterizá-la em seu plano Específico, sendo oposta em diversos aspectos perante a citada progressivamente.

Coelho consigna para fins de elucidação prática (p.191, 2002)

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; a fraude na veiculação, mediante a indução de consumidores em erro [...] Normalmente, quando a concorrência desleal se traduz no ato de obter informações, essas são verdadeiras [...] Entretanto, quando a deslealdade diz respeito à veiculação de informações, costumam ser essas falsas.

É descrito, portanto, a hipótese admitida para a concretização desta modalidade, a qual pode ser verificada através da obtenção ou veiculação de informações perante a empresa concorrente. Faz-se esta dicotomia, cuja qual abarca duas situações díspares, conquanto, a concretização de qualquer delas incidirá na modalidade em apreço.

O primeiro verbo, que se trata de obter informação derivada de empresa concorrente, podendo ser denominada, ainda, de violação do segredo da empresa. Este ato, geralmente, se perfaz quando é adquirida uma informação de cunho autêntico acerca da empresa lesada, ora vale dizer que é retirado de maneira indevida, informações sigilosas que a sociedade empresarial visava manter resguardada em seu âmbito.

Ainda, Fabio Ulhoa, subdivide as hipóteses concernentes à primeira modalidade anteposta (p.192, 2002)

Na primeira modalidade (concorrência desleal específica por violação do segredo de empresa), o agente ativo do ilícito tem acesso a informações que a vítima tinha interesse em manter reservadas, fora do alcance de concorrentes; tal acesso porém, não se dá por acaso ou por descuido da empresa-vítima, e sim por invasão a banco de dados, infiltração de empregados ou colaboradores do agente ativo no corpo funcional da concorrente, ou aliciamento de membros desta.

Os meios empregados para alcançar determinado fim almejado, podem ser dados de maneiras diversas. O primeiro a ser citado, trata-se da invasão não autorizada aos bancos de dados, podendo ser equiparados com os famigerados hackers. Logo, não há constatação da infiltração de uma pessoa física na sociedade, vislumbrando apropriar-se de informações indevidas, mas sim, decorrente de meios virtuais.

A segunda forma admitida se trata da infiltração de funcionários na empresa concorrente, já demonstrando o dolo em adquirir tais informações confidenciais. Usualmente, este determinado agente é remunerado pela empresa empregadora de tais meios.

Por fim, há de se mencionar outra possibilidade admitida, a qual se refere à compra de informações privilegiadas, que se diverge da infiltração de funcionários, haja vista que, nesta primeira destacada, é pago um valor para que os funcionários que estão

diretamente interligados à empresa e proporcionarem determinadas informações. O agente fornecedor se encontra no quadro da empresa antes de surgir tal convicção de prática ilícita. Seu objetivo inicial não era pressentido ao de cometer este fator prejudicial à sua empresa, mas sim de realizar o serviço e imposto em sua essência originária. Abrange-se nesta hipótese, ainda, os colaboradores da empresa, tais quais advogados, contadores, dentre outros.

Coelho (2002, p.193), finda esta particularidade reverenciando a segunda modalidade supracitada

Na segunda modalidade de concorrência desleal (isto é, a realizada por indução do consumidor em erro), o agente ativo da conduta ilícita faz chegar ao conhecimento dos consumidores uma informação, falsa no conteúdo ou na forma, capaz de os enganar.

Por conseguinte, é ressaltado outro verbo constituinte para a denotação desta Modalidade Específica da Concorrência Desleal, trata-se de veicular informações da empresa concorrente. Pois bem, costumeiramente, abordam-se as informações inverídicas, visando resultar em prejuízo ao concorrente alheio, agregando informações difamatórias, que sejam propícias a corromper a imagem obtida no árduo decurso temporal. Esta forma abrangida é notoriamente propagada como indução do consumidor ao erro. Almeja-se tutelar a proteção ao consumidor lesado, bem como à imagem da empresa concorrente, a qual é utilizada sem previa autorização e de maneira indevida.

Há de se salientar que, por diversas vezes, este ilícito é cometido por agente externo, não demonstrando de maneira explícita o nexo causal advindo da sociedade empresária responsável por transmitir a ordem hierárquica a outrem, sendo que, esse último realiza o ato propriamente dito. Com isso, dificulta-se de maneira expressiva a caracterização desta modalidade, já que necessita de provas concretas demonstrando que a empresa foi a mandante para a efetividade de tal ato.

2.4. COMPARATIVO ENTRE CONCORRÊNCIA DESLEAL E INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

A concorrência ilícita é uma espécie prejudicial da concorrência, constituindo elementos que configuram em diversos malefícios para os concorrentes diretos, consumidores, e em determinados casos, abrange uma área muito mais extensa, obstruindo a ordem economia.

Por este fator, o ordenamento jurídico brasileiro, visa erradicar com estas formas ilícitas decorrentes da concorrência, e para atingir este tal fim almejado, convalida-se do uso de normas de cunho coibitivo, impondo repressões àqueles que praticarem atos de ilicitude, contrariando o exposto na lei, bem como os bons costumes advindos dos empresários de boa índole.

Destarte, há de se elencar dois gêneros distintos que se sucedem da concorrência ilícita: a concorrência desleal e a infração de ordem econômica. Partindo desta premissa, ressalta-se que se faz mister a devida caracterização da Infração à Ordem Econômica, e por conseguinte, a distinção apresentada por ambas as modalidades de concorrência ilegal, evidenciando suas diferenças, as quais tangem a forma de caracterização, sua abrangência, danos ocasionados, e a devida regulamentação.

Acerca do disposto acima, a espécie denominada de Infração à Ordem Econômica encontra-se prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 173, parágrafo 4, a qual estabelece.

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

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

Concomitantemente à previsão constitucional supracitada, ressalta-se ainda que, a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, complementa aquela previamente apontada.

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

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

A referida lei exposta previamente, cita ainda, um rol exemplificativo, o qual estabelece diversos atos que ao serem praticados, constituem em um ilícito decorrente da infração à ordem econômica.

Não obstante, o CADE conceitua de maneira plena esta modalidade delitiva referida (Perguntas sobre infração à ordem econômica – CADE - <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica> - Acesso em 17/07/2017)

Uma conduta é considerada infração à ordem econômica quando sua adoção tem por objeto ou possa acarretar os seguintes efeitos, ainda que só potencialmente: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; aumentar arbitrariamente os lucros do agente econômico; dominar mercado relevante de bens ou serviços; ou quando tal conduta significar que o agente econômico está exercendo seu poder de mercado de forma abusiva.

O entendimento interposto pelo CADE, acerca da infração à ordem econômica, se perfaz com a mera possibilidade de decretar efeitos prejudiciais à livre concorrência, o qual poderá advir de fatores como, a prática excessiva de poder atrelado a um agente econômico, aumento arbitrário dos lucros, e a dominação de determinado mercado relevante.

Verificada a previsão legal em que tal espécie de concorrência ilícita está inserida, bem como seu conceito sintético já explanado, repassar-se-á comparação sistemática entre as duas modalidades de concorrências ilegais existentes, a Concorrência Desleal perante a Infração à Ordem Econômica.

Concernente a este fato, há de se discorrer perante tais diferenças visíveis a serem observadas entre as modalidades de concorrência ilícita. A primeira delas tange à sua caracterização, em outras palavras, qual a forma aplicada para obter a sua legítima constatação, consentaneamente a isto, Coelho predica (p. 241, 2002)

Assenta-se, pois, que o ato de concorrência desleal se demonstra pela prova de que o empresário se valeu, na conquista de fatias de mercado, de instrumentos desonestos, imorais e repudiados pela generalidade dos empresários.

Já a infração da ordem econômica, se caracteriza por algumas formas de abusos de posição dominante em determinado segmento de mercado; quais sejam, as práticas empresariais que, por restringirem ou eliminarem a concorrência, ou importarem aumento arbitrário de preços, compromete a organização liberal da economia.

Tratando-se da concorrência desleal, são os meios inidôneos empregados que a caracteriza efetivamente, elidindo, portanto, os fins almejados e seus efeitos decorrentes, uma vez que estes estão em equidade aos desígnios da concorrência leal. Em outro giro, a infração da ordem econômica torna-se evidente ao expor práticas abusivas de poderes em um determinado mercado econômico, e conseguinte a isto, dar-se-á a mitigação ou erradicação da concorrência, bem como o aumento excessivo e ilegítimo dos lucros auferidos pela empresa. Pois bem, em suma, é plausível a observância de que a infração da ordem econômica pode ser constatada por seu escopo imanente, e os efeitos produzidos; contrapostos à concorrência desleal, já mencionada.

Doravante, Coelho da continuidade ao sistema comparativo sistemático atrelado a ambas as espécies concorrenciais: “A concorrência desleal é sempre ato culposo, enquanto a infração da ordem econômica independe, para a sua configuração, de culpa”. (p.242, 2002)

Neste quesito de aferição do grau de culpabilidade, deduz-se que a concorrência desleal é tida como um fato culposo, haja vista que se encontra adstrita à aplicação de um meio ilícito; à medida que a infração da ordem econômica independe de culpa, porquanto faz-se uma avaliação objetiva, no que concerne aos potenciais efeitos que podem vir a repercutir no âmbito concreto econômico, provenientes de atos praticados em momentos antecedentes.

Finalmente, uma das distinções mais emblemáticas, é em relação aos efeitos supervenientes e sua respectiva expansão, ocasionados pela perpetração de ilícitos concorrenciais. Apesar disso, Coelho obtempera (p.242, 2002)

[...] a concorrência desleal, em razão de seus efeitos pontuais, normalmente se justifica pela existência de um fato particular, envolvendo especificamente demandante e demandado, ao passo que a infração da ordem econômica, por seus efeitos amplos, se justifica em geral por razões de maior relevância para a economia.

Nesta acepção, a concorrência desleal abrange, basicamente, o concorrente em que o meio inidôneo foi empregado diretamente, e em determinados casos seus respectivos clientes. Conclui-se, então, que o mercado prejudicado pela deslealdade é exíguo, não ocasionando prejuízo amplo à economia de uma determinada sociedade, mas sim a concorrentes particularmente diretos e em determinadas situações a sua clientela.

Em outro prisma, a infração à ordem econômica possui uma abrangência mais extensa, sendo outorgado à economia que, por diversas vezes, se apresenta como nacional ou até mesmo internacional. Destarte, há uma noção concreta da amplitude abrangida por estas infrações, a qual rompe as barreiras da economia, sendo prejudicial ao mercado como um todo.

Conforme Coelho salienta, em casos específicos são críveis as duas modalidades antepostas em coaduna, embora de difícil percepção prática (p.239, 2002)

Raramente, a mesma prática empresarial caracteriza tanto concorrência desleal como infração da ordem econômica. Somente em situações específicas – como na utilização de meios enganosos para promover a oscilação dos preços de concorrente -, ambas as modalidades de concorrência ilícita se configuram.

Apura-se, portanto, que de maneira esporádica é realizável a junção destas duas modalidades de concorrência ilegal, ou seja, a infração à ordem econômica e a concorrência desleal pode estar adjuntas, em ocasiões extraordinárias. Referente a essas situações, destaca-se a aplicação de meios ludibriosos, com o desiderato de culminar na interferência da estabilidade dos preços de seu concorrente.

No tocante à aplicação de sanções inerentes aos delitos imputados, assevera Coelho que, tem-se a regra geral e sua exceção (p.240 e 241, 2002)

Em geral, o empresário ou queria conquistar a clientela de concorrente ou concorrentes e, para tanto, lançou mão de meios inidôneos (incorrendo em concorrência desleal), ou pretendia valer-se de seu poder econômico para dificultar ou impedir a competição, em prejuízo da “coletividade” (praticando, então, infração da ordem econômica). Desse modo, em raras oportunidades caberá a aplicação simultânea das sanções estabelecidas pelos dois diferentes sistemas repressivos da concorrência irregular

Ora, para a consecução deste intento, o agente, em tese subutiliza algum dos meios denotados, conquanto, nada obsta a conjuntura destes.

Consubstancia-se, que há de prevalecer como regra geral, à caracterização discernida entre as modalidades, e conseqüentemente, a devida aplicação da pena individual de cada instituto, a qual se observa tipificada expressamente. Todavia, urge mencionar o restrito cabimento de imputação das penas concomitantes dos ilícitos aferidos, esta aplicação simultânea de sanções trata-se de uma situação excepcional.

3. MEIOS DE COMBATE AOS ILÍCITOS CONCORRENCIAIS

3.1. REPRESSÃO CIVIL

Conforme explica Fabio Ulhoa, os meios empregados que consubstanciam o escopo de vedar a prática de ilícitos concorrenciais, são, em um prisma mais amplo, dispersos, resultando naqueles com aptidão para versar acerca da Concorrência Desleal, este que, por sua vez, subsiste uma dicotomia em Repressão Civil e Repressão Penal; e os correlacionados à Infração da Ordem Econômica, que contém o auxílio de um órgão repressivo para a consecução do objetivo em pauta perante o viés administrativo.

Em coaduna ao exposto, Coelho, obtempera o cerne da correlação existencial, em sua obra: “Em razão de tal diferença, a lei não se preocupou em estabelecer mecanismos de repressão administrativa à concorrência desleal, contentando-se com a repressão civil e penal”. (p.189, 2002)

Seguindo o liame consignado pelo autor, se faz necessário destacar as formas de repressões usuais no combate da concorrência desleal. Como visto previamente, no que concerne a este ilícito concorrencial em apreço, subdivide-se em duas modalidades ambíguas, sendo elas denominadas de Repressão Genérica e Específica.

Destarte, esta distinção implica diretamente no modo de sanção pré-estabelecida pelo ordenamento jurídico, visando reprimir a prática caracterizada como sendo uma ilicitude jurídica. Portanto, faz-se mister proceder mediante a distinção das formas de repressões antepostas, citadas de maneira pertinaz pelo doutrinador referido, o qual as destrincha e expõe de forma minuciosa as conseqüências, bem como o âmbito jurídico, ao qual se encontram adstritas.

Visando engendrar a Repressão Civil, num primeiro instante, Coelho propicia o depreendimento de questões imanentes a esta primeira modalidade pautada (p.194 e 196, 2002)

*A repressão civil á concorrência desleal assegura ao empresário a devida composição dos danos sofridos.
Na verdade, qualquer meio inidôneo gera a responsabilidade civil por concorrência desleal.*

Porquanto, nota-se que a Repressão Civil, no que tange a concorrência desleal, refere-se a perdas e danos cabíveis ao agente lesado, o qual foi efetivamente prejudicado. Portanto, tal espécie de repressão pode ser tida como uma indenização no âmbito civil, exclusivamente, ficando vedado seu ingresso no âmbito penal, haja vista que este, é de competência de espécie díspar.

Tal conduta repreensiva é cabível para ambas as modalidades de concorrência desleal coexistentes, ou seja, é válida para a Modalidade Genérica e para a Modalidade Especifica, da concorrência desleal. Isto se viabiliza pelo fato de que qualquer meio inidôneo empregado, é gerador da repressão civil, logo, é plenamente perceptível que em ambas as anteriormente mencionadas, se faz o uso de meios ilícitos, visando atingir o fim em comum.

Por conseguinte, Coelho excepciona uma situação que transcende perante esfera civil e penal (p.194 - 195, 2002)

Se o acusado de crime de concorrência desleal é inocentado no processo-crime, não poderá ser acolhida a pretensão à indenização civil contra essa pessoa. Se o acusado, contudo, não foi condenado por falta de provas ou por prescrição da pretensão punitiva, a ação civil pode ter seguimento.

Dessume que, nas causas factíveis em que houver o juiz prolatar sentença absolutória em face do réu de determinado processo criminal, não será suscetível a posterior rediscussão na seara civil, ora que, a rigor, a absolvição inibiu que se perscrute acerca do mesmo fato em foro diferente. Em outras palavras, sendo o agente inocentado em decisão proferida no âmbito penal, perante a devida

apreciação do mérito, não será possível que este seja apto de arcar com indenização no âmbito civil.

Contudo, na hipótese de que sua absolvição se concretize por falta de elementos que comprovem a autoria e a materialidade do fato criminoso, ou mesmo por prescrição da pretensão punitiva do Estado, então será plenamente admissível o natural prosseguimento da ação civil. Ou seja, ante a ausência de provas fundadoras da supressão de direitos do réu, culminar-se-á em sua absolvição sumária, que por sua vez, conceberá aptidão para a propositura de pedidos ínsitos com cunho pecuniário mediante ação civil.

Aludindo as indenizações provenientes desta espécie repressiva, a previsão legal está expressa no artigo 208, da Lei 9.279, de 1996, notoriamente denominada como Lei da Propriedade Industrial, a qual predica: “**Art. 208.** A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido”.

Verifica-se, portanto, que o artigo mencionado pré-determina o modo que será auferido a indenização ao prejudicado, seguindo como critério base, suas perdas consideráveis, a qual deixou de obter em detrimento da modalidade ilícita imposta pelo concorrente.

Ademais, a Lei 9.279, de 1996, define em seu artigo 210, uma serie de hipóteses atinentes a como será realizado a reintegração dos lucros cessantes ao sujeito lesado.

***Art. 210.** Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes:*

I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou

II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou

III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

Destarte, há de se visualizar que o legislador definiu três hipóteses distintas, todavia, decorrentes de um mesmo fim almejado em harmonia, fundada no preceito da qual proporcionará maior vantagem, perante o caso concreto, ao prejudicado.

Concomitante ao expressado precedentemente, Coelho acatou o exercício didático de elucidar aquilo que foi graduado pela legislação especial, interpretando de maneira sistemática as hipóteses elencadas (p.196, 2002)

É bem verdade que o primeiro critério tem abrangência maior que a do conceito de lucros cessantes, de sorte que sua utilização dar-se-á apenas nos casos em que não houve outras perdas. O segundo critério não poderá, por sua vez, ser utilizado se o autor da concorrência desleal, a despeito dela, não conseguiu auferir benefício concreto. Finalmente, o último critério é cabível só nas indenizações por práticas que poderiam ser objeto de licença, como, por exemplo, as de utilização de nome empresarial, sinal de propaganda, título de estabelecimento ou insígnia alheia.

Doravante, com o fito de pormenorizar cada uma das circunstâncias fáticas provenientes do texto normativo vigente, justapostos aos ensinamentos do renomado doutrinador, promovem-se captações substanciais em torno destes.

O primeiro inciso, diz respeito aos benefícios que poderiam vir a ocorrer, caso não houvesse a prática degradante perante o prejudicado. Neste caso, valer-se-á de sua aplicação no fato em que não se manifeste perdas distintas da mencionada. Ressalta-se ainda que verta um conceito com maior amplitude ante os demais elencados.

A segunda hipótese perpetrada é determinada pelos benefícios advindos do autor da infração. Contudo, somente será convalidada na concretização efetiva de lucros remetentes ao autor que impregnou os meios inidôneos que caracterizam a concorrência desleal. Vale dizer, caso não haja benefícios auferidos pelo agente, não há como invocar a proeminência deste inciso.

A terceira circunstância estabelecida é correlata a um objeto que concede a oportunidade de exploração do bem; como pode ser exemplificado através da marca empresarial que determinada empresa possui registrada. Todavia, não é realizada respeitando os limites legais previamente enclausurados, de maneira que venha a contemplar a licitude do ato; oposto a isso, dar-se-á através de prática imoral, que não detinha a devida concordância do prejudicado.

Por fim, Coelho alvitra à dinamicidade concernente a compatibilidade das hipóteses supracitadas (p.196, 2002)

Em outros termos, entre as vias legais de fixação dos lucros cessantes, não existe nenhuma que possa, ou mesmo deva, preponderar sobre a outra de modo definitivo. Será sempre uma mera questão quantitativa a da operacionalização desses critérios: isto é, aplica-se o que resultar maior valor de indenização.

Arremata-se, concluindo de maneira evidente, que a análise dos lucros cessantes deverão estar em congruência ao caso concreto, interpondo com profundidade, o nexos causal coexistente. Portanto, não há de se falar que determinada hipótese pode ser tida como absoluta e estática, prevalecendo definitivamente e em constante lapso temporal perante as demais; haja vista que todas as probabilidades catalogadas caberão a determinados casos específicos, mediante uma análise direta e holística dos preceitos que a circundam.

3.2. REPRESSÃO PENAL

Na medida em que foi averiguada a Repressão Civil concernente às práticas de Concorrência Desleal, há de se transmudar para uma seara díspar, alusiva a Repressão Penal. É mister urdir que ambas as espécies são prelecionadas pelo doutrinador Fábio Ulhoa Coelho (2002), nada obsta, entretanto, que sejam aplicadas a situações contundentes adversas, ora que cada qual possui pressupostos iminentes para culminar em sua efetividade delineada.

Uma peculiaridade que verte este meio de reprimir os abusos que defluem das concorrências, é de que somente será suscetível nas Modalidades Específicas de Concorrência Desleal, obliterando-se sua aptidão em coaduna às Modalidades Genéricas.

Fomenta-se que as hipóteses de cabimento e as respectivas sanções encontram-se elencadas no rol com supedâneo no Artigo 195, da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, também aferida pela nomenclatura de Lei de Propriedade Industrial.

*Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:
I - publica, 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.

Destarte, insta pormenorizar os incisos consentâneos do respectivo artigo em apreço que demandam maior relevância e aplicação prática no cotidiano, haja vista que o escopo maior deste trabalho não é congruente a tão somente aludir a seara penal e suas respectivas sanções perpetradas.

Porquanto, frise-se que os dispositivos legais que não de ser incutidos concernem aos incisos I, II e III. A fim de delinear suas divergências e meios de incidência, à luz da esquematização minuciosa advinda do IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual.

A exegese do caput, do artigo 195, da LPI, interpõe o seguinte texto legal: “Comete crime de concorrência desleal quem:” (Lei 9.279, artigo 195).

A partir deste, é factível a compreensão de que será concebido um rol que enseje elencar as causas que incidirão na repressão penal, ficando suscetíveis á sanções empregadas na esfera criminal.

Consubstancia-se, doravante, a apreciação sistemática e pormenorizada dos incisos antepostos, integrantes deste enclausuramento legal, emanados da Lei da Propriedade Industrial.

Portanto, será objeto de análise neste primeiro plano, os incisos I e II, de forma concomitante, ora que resguardam quesitos similares, ademais será posto SUS disparidades pertinentes, ainda que tidas como mínguas.

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

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

Nota-se de imediato a similitude que ambos os incisos resguardam perante si, malgrado, versam a despeito de situações ambíguas, contendo diferenças exíguas.

Com o escopo de equiparar as diferenciações pertinentes, o IDS emana aquilo que Gama Cerqueira predica em sua obra sobre o tema (p.392, apud CERQUEIRA, p. 395, 1956)

[...]”que as duas hipóteses previstas mal se distinguem, pois em ambas se trata de falsa afirmação ou informação acerca do concorrente, suscetível de causar-lhe prejuízo, divulgada ou prestada com o fim de obter vantagem indevida ou com intuito de lucro”. Mais adiante esclarece, Gama Cerqueira esclarece que “a falsa informação envolve falsa afirmação, como este envolve aquela, do mesmo modo que uma informação capaz de causar prejuízo ao concorrente equivale a uma informação feita em seu detrimento.

É passível constatar que segundo o estudioso Gama Cerqueira, as distinções imanentes a elas são sucintas, delimitando-se pelo seu meio de propagação, ora

que no primeiro inciso dar-se-á mediante publicação, na medida em que o segundo inciso contempla sua difusão meramente com o simples ato de prestar ou divulgar tais informações. Porquanto, afirme-se que o primeiro tipo requer que ocorra a publicação por determinado meio que seja apto a propalar as afirmações, não fazendo menção específica de quais as formas que poderia se dar; já o segundo tipo obtempera que se preste ou divulgue as informações pertinentes, sendo prescindível a dada publicação.

Frise-se, no entanto, que o cerne do núcleo destas hipóteses são congêneres, haja vista que concernem em informação espúria, com o desígnio específico de ocasionar prejuízos em seu concorrente. Arremata-se aludindo que as informações devam ser errôneas, fazendo com que as mesmas culminem na esfera de ciência de terceiros, inculcando reputação má ao seu concorrente, tencionando, o infrator, auferir vantagens indevidas, ora que se vale de um artifício irregular, prejudicial aos empresários e os consumidores de maneira geral.

Outrossim, contempla-se o inciso III exarado no texto legal vigente, ensejando remeter a uma conclusão categórica a despeito do mesmo.

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

O terceiro inciso inerente ao artigo 195 da LPI tenciona prover a repressão, impondo sanções ao agente que praticarem condutas delitivas em equidade ao descrito no texto legal.

É irradiado por diversas formas ensejadoras de atingir a consecução, ou seja, revigora seu caráter residual, haja vista que os atos não compatíveis com os demais incisos do artigo em apreço não de serem enclausurados neste.

A obra, oriunda do IDS, preconiza o entendimento emanado por Delmanto perante essa hipótese positivada (p.392-393, 2005, apud DELMANTO, p.83-84)

Ainda Delmanto em sua magnífica obra citada lembra existirem outras modalidades de fraude nesse dispositivo legal, começando pela confusão com os produtos do concorrente, imitando a "aparência extrínseca do

produto do competidor, de um modo que o seu se apresente semelhante aos olhos dos consumidores e estes o compreem, pensando ser o artigo daquele concorrente”

É factível a percepção de que uma das espécies de empregar os meios inerentes ao inciso III se perfaz perante a imitação idêntica do produto ofertado pelo concorrente, culminando em angariar a clientela de outrem, em defluência do uso de artifício que os ludibriou. Os sujeitos deduzem estarem diante de produto de outra empresa, levando em conta sua similitude.

Por conseguinte, na linha de raciocínio do referido Instituto, enaltece o entendimento de Delmanto, ao elencar outra situação: “Prosseguindo, Delmanto esclarece que o crime de desvio de clientela pode ser cometido, também, através de indicações ou informações mentirosas, dadas ao público consumidor”. (p.393, 2005 apud DELMANTO p. 93)

Percebe-se que é crível averiguar sua consumação no tocante a atos que comprometem o potencial de entendimento do consumidor, haja vista que inferi este, estar diante de produto adverso ao real ofertado. A ele é imputado situação errônea, de caráter falso. Salieta-se que o sujeito almeja a aquisição de um objeto certo e determinado, porém o faz enganado, adquirindo outro que contenha o teor paradoxo ao pretendido.

Arremata-se por erigir a amplitude de circunstancias hipotéticas suscetíveis de serem abarcadas no caso em apreço. Privilegia-se, desta forma, que será logrado o dispositivo normativo, quando houver, em detrimento de seus concorrentes, a prática de condutas emanadas pelo agente, com o desiderato de receptar a clientela de outrem; não há, por assim, um rol taxativo que as elenque.

Doravante, realizada uma perscrutação holística acerca das partículas ínsitas do artigo em apreço, que denotam maior notoriedade em sua imputação habitual, há de se arrematar esta temática em pauta, vislumbrando as sanções impostas para os transgressores desta legislação.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa

Urge prospectar, em primeiro plano, que o artigo 195, da Lei 9279/96, traz em seu bojo a sanção concernente aos incisos elencados previamente. Dito isso, há de convir que todos os catorze incisos do artigo em tela, estarão sujeitos à aplicabilidade de uma única sanção, ou seja, com a pena base delimitada. Todavia, isso não implica, necessariamente, em afirmar que as integralidades dos magistrados estejam incumbidos de prolatar a sentença de maneira congênere, ora que os mesmos deverão fazer uma análise pormenorizada dos demais elementos da infração, para que por conseguinte, possa decretar uma pena personalíssima a cada agente, isso rege-se pelo Princípio da Individualização da Pena.

Fomenta-se que, para a pena privativa de liberdade irá engendrar mediante a Detenção, portanto, não é admissível a manutenção originária do réu em cárcere privado pelo Regime Fechado. Somente será apto o cerceamento perante o Regime Semi-Aberto, ou a depender das circunstâncias favoráveis, no Regime Aberto.

Sumariamente, a pena mínima da detenção será alusiva a três meses, na medida em que a pena máxima coaduna à um ano.

Conquanto, nota-se a presença de uma alternatividade na sanção supracitada, ora que, além da concessão da pena privativa de liberdade, conforme já debatido pregressamente, coexiste a possibilidade de aplicar-lhe a pena pecuniária, ou seja, uma imposição de multa. Para que isto seja convalidado, o juiz deve analisar os pressupostos consignados no Código Penal.

3.3. ATUAÇÕES DO CADE

Denotado como um dos órgãos mais emblemáticos no que concerne à repressão de práticas delitivas que atentem contra o âmbito concorrencial que circunda as empresas, insta contemplar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, denominado popularmente como CADE. Esta autarquia, fomentada de precípuos que culminam em uma garantia protetiva, imediata para as empresas e mediatamente aos consumidores, em face às infrações à ordem econômica que são imbricadas em detrimientos do mercado econômico.

Pertinente a estrutura correlata ao CADE, este expressa em seu endereço digital, a forma que é inserta na esfera concreta. (O Cade – CADE - <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional> - Acessado em: 14/07/2017)

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011.

É plenamente factível a percepção da estruturação imanente ao órgão em apreço, delineando sua natureza, que é estabelecida como sendo uma autarquia federal, resguardando um vínculo estrito ao Ministério da Justiça, ademais sua sede esta implantada no Distrito Federal, todavia não há constrição em sua área de atuação, haja vista que engloba integralmente todas as áreas situadas no Brasil.

Para depreender a despeito de sua atuação delineada, faz-se mister consignar, segundo consta em seu portal virtual, que ele retém consigo uma auto intitulação, traçando os seus objetivos mor ante a fidedigna atuação. (O Cade – CADE - <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional> - Acessado em: 14/07/2017)

O Cade tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.

Neste contexto, é perceptível que o CADE, conforme explano em momentos precedentes possui o fito de promover a contundente livre concorrência, a fim de vedar práticas que incidam em detrimento a esta. Ensejando a consecução de seu escopo, fica incutido de traçar investigações para atos que se façam presumir estarem diante deste ilícito, e, por conseguinte, prolatar julgamentos atinentes a concorrência mercadológica, sendo este, tido como ultima instancia, isto é, não admitindo-se, em tese, a interposição de recursos para órgãos hierarquicamente superiores, exaure-se a ação administrativa neste ponto. Outrossim, sua

incumbência permeia difundir questões pertinentes a livre concorrência, cujo desígnio justifica-se por proliferar tais quesitos perante terceiros interessados.

A fim de guarnecer a tese, enrijecendo-a, há de se aprofundar na acepção pregressa, concernente ao âmbito restrito de atividades oriundas do CADE, e doravante, irradiar as disparidades que coexista com outros institutos. (Histórico do CADE – CADE - <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade> - Acessado em 14/07/2017)

Vale ressaltar que, apesar de ser uma autarquia em regime especial, o Cade não é uma agência reguladora da concorrência, e sim uma autoridade de defesa da concorrência. Sua responsabilidade é julgar e punir administrativamente, em instância única, pessoas físicas e jurídicas que pratiquem infrações à ordem econômica, não havendo recurso para outro órgão. Além disso, o Conselho também analisa atos de concentração, de modo a minimizar possíveis efeitos negativos no ambiente concorrencial de determinado mercado. Não estão entre as atribuições da autarquia regular preços e analisar os aspectos criminais das condutas que investiga. Suas competências também não se confundem, por exemplo, com as de órgãos e entidades de defesa do consumidor (Instituto de Defesa do Consumidor – Procon, Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON/MJ etc.) ou dos trabalhadores.

Dessume, a primazia que perfaz a integridade do CADE estando adjunta e cerceada pela defesa concorrencial, ou seja, obstruir tentativas que ensejem na configuração controvertida do mercado concorrencial, alterando, por assim, seus princípios basilares que regem o funcionamento harmonioso e ideal da concorrência. Os meios empregados, para concretizar a ocorrência anteposta, serão consentâneos àqueles proeminentes a culminarem em Infrações à Ordem Econômica, conforme visto no capítulo anterior; porquanto, nota-se que são suscetíveis de produzirem uma vasta repercussão no âmbito interno de dada região, e são delimitados a efeitos exaustivos pré-estabelecidos no ordenamento jurídico vigente.

Conquanto, não é factível lhe imputar atos regulamentais propriamente ditos, tampouco incidências de precauções aos consumidores diretamente.

Há uma disseminação nas funções desempenhadas por esta autarquia, ora que são apartadas em três prismas bem delineados, contendo atribuições e escopos próprios (Competências – CADE - <http://www.cade.gov.br/aceso-a->

[informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna - Acessado em 14/07/2017\)](#)

Preventiva: *analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência.*

Repressiva: *investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência.*

Educativa: *instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas.*

Suscita-se, perscrutando a primeira competência, Preventiva, que convém a atuar de maneira precavida, emanando seus atos antecedentemente ao decurso concorrencial. Em outras palavras, sintetiza-se mediante análises prévias para, por então, corroborar ou declinar-se da concessão autorizadora para a procedência de atos propícios a conterem intrinsecamente como corolários a desestabilização da concorrência empresarial.

A segunda modalidade supracitada, Repressiva, está interligada a duplicidade coaduna de atos, os quais são investigatórios, em um primeiro plano, e posteriormente, a proferir decisões julgadoras daqueles atos que tangenciam um elevado índice de periculosidade em detrimento a livre concorrência.

Por fim, a terceira espécie, Educativa, visa cancelar numa comunicação efetiva para com a população, com o intento de propalar quesitos referenciais à livre concorrência. Destarte, cinge-se a contemplar o povo com um alto grau de conhecimento inerente ao tema aqui retratado.

Prevalecendo diante de uma visão holística, insta arrematar que o CADE é um órgão centrado, como precípua mor, no que concerne à repressão de práticas que estejam estritamente correlacionadas à Infração da Ordem Econômica, porquanto suas pretensões se coadunam as questões mais avantajadas no contexto econômico social. Destarte, não se denota de substancialidade para o contexto fático atinente a Concorrência Desleal, oras que esta, por sua vez, está regida pelo amparo das Repressões Cíveis e Penais, a depender do caso averiguado no contexto perpetrado, conforme explanado precedentemente.

4. A CONCORRÊNCIA IRRADIADA NOS INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS E SUAS INCIDÊNCIAS JURÍDICAS

4.1. NOTAS INTRODUTÓRIAS ACERCA DA TECNOLOGIA CONTEMPORÂNEA

Nestes períodos hodiernos que vivenciamos, é notável o avanço tecnológico que a sociedade contemporânea vem obtendo. Inúmeros objetos, produtos e até mesmo prestações de serviços são reformulados em seu cerne, apresentando-se consubstancialmente movidos ao liame empregado pela tecnologia.

Insta mencionar que a tecnologia não é estática, pelo contrário, denota-se sua efusiva dinamicidade, transcendendo por alterações substanciais e, por conseguinte, sendo propagadas a índices veementes em todo o âmbito global.

Exposto este contexto inicial acerca do emprego de apetrechos tecnológicos em coaduna ao mercado econômico, é mister cotejar estes meios aqui relatados concomitantes à esfera concorrencial, a qual pode ser perscrutada dentre tecnologia em detrimento de tecnologia, ou até mesmo ante mercados tradicionalistas, que não se tornaram adeptos ao uso destas modalidades contemporâneas tão difundidas, que porquanto, tentam reprimir os avanços oriundos daquela.

Doravante, há de se transmudar para uma concretização dos plúrimos fatos provenientes no âmbito nacional e internacional, que acentuam um elevado grau de notoriedade das lides sobrejacentes a empresas que tencionam modificar o rumo do mercado, e perfaz para a consecução de tal fim, mediante o progresso gradativo da tecnologia.

Pautado neste quesito, demonstrar-se-á três casos concretos, e suas considerações concernentes à efetividade de regulamentação no viés tecnológico, e se não de culminar em fatores benignos ou maléficos para a economia e aos consumidores em geral.

Ademais, urge erigir que determinadas causas encontram-se sumariamente decididas pelo judiciário, guarnecendo a acepção emanada pelos magistrados no tocante ao julgamento das concorrências atinente às empresas tecnológicas em face de outras. Outrossim, coexiste jurisprudências consolidadas pelos Tribunais hierarquicamente superiores, congêneres a circunstâncias propiciadas pelo veemente emprego da tecnologia no ramo empresarial.

4.2. CONDENAÇÃO DA EMPRESA BAIDU NO BRASIL

O primeiro caso emblemático a ser versado, diz respeito à condenação da empresa de tecnologias, oriunda da China, Baidu, a qual opera seus serviços digitais, também em território nacional, em face de outra empresa do ramo virtual, a brasileira PSafe.

A despeito do tema, o veículo de informações, Estadão, aduziu uma matéria que retrata a ocorrência da situação em apreço e lhe imputa uma particularidade: “chama a atenção por seu ineditismo: é a primeira vez que a Justiça brasileira aplica a lei da concorrência em uma disputa de dois produtos digitais e sem conexão com o mundo físico”. (MANS, Matheus. Baidu é condenada por concorrência desleal. O Estado de S. Paulo. 28/01/2017)

Destarte, pode-se chancelar o preceito de que a circunstancia aqui retratada, é de suma importância, sendo um marco pertinente ao Direito, haja vista que, em âmbito nacional, é a primeira sentença judicial que concerne à concorrência desleal averiguada no entorno de duas empresas com viés integralmente virtual, não se correlacionando, em aspecto algum, aos produtos físicos.

Comumente, o litígio da concorrência desleal envolve empresas que exercem atividades ditas por palpáveis, ou seja, que estejam concatenadas ao âmbito concreto. Conquanto, nada obsta que se permeiem também as operadoras de atividades virtuais, que não resguardam entrelaço com este meio físico.

Retomando aos fatos propriamente ditos, a matéria do Estadão exterioriza, de forma sucinta, o acontecimento (MANS, Matheus. Baidu é condenada por concorrência desleal. O Estado de S. Paulo. 28/01/2017)

[...] o desenrolar do processo, que começou em janeiro de 2015. Na época, a PSafe processou a Baidu, dizendo que a chinesa usava seu programa para prejudicar o app de antivírus.

Em junho daquele ano, a Baidu tentou reverter o jogo, processando a PSafe pelo mesmo motivo pelo qual era acusada [...] Por causa disso, as acusações foram unidas em um só processo.

Partindo desta análise sistemática, concomitante ao que consta consignado no inteiro teor do Processo nº 1006564-47.2015.8.26.0100, pode-se arrematar que o processo judicial suscita com o pleito de uma ação de fazer e indenizatória, advinda da PSafe, na data de janeiro de 2015, a qual argüiu que o aplicativo de sua concorrente, Baidu, emitia falsos alertas consoantes à questões prejudiciais que poderiam ser derivadas do outro e recomendavam a desinstalação do mesmo.

Malgrado, em junho do respectivo ano, a empresa requerida imbricou contestação, aludindo que a empresa requerente também fazia constar em seu aplicativo, o mesmo malsã pela qual estava sendo ajuizada a ação. Diante desta situação, ordenou-se para que procedesse pela juntada dos processos, unificando as questões pertinentes, prezando-se pela uniformidade nos julgamentos de ambas as questões, não concebendo precedentes para disparidades.

No tocante à questão de laudos desenvolvidos pela pericia, pode-se concluir o seguinte veredicto técnico oriundo deste (MANS, Matheus. Baidu é condenada por concorrência desleal. O Estado de S. Paulo. 28/01/2017)

Segundo a decisão, baseada em um laudo técnico elaborado por um perito da Universidade de São Paulo (USP), “a Baidu programou seu aplicativo Du Speed Booster para emitir alertas falsos em relação ao PSafe Total.” Os alertas, que não têm fundamentação técnica, segundo laudo, aconselhavam o usuário a desinstalar o app da startup, alegando que ele estava infectado com vírus e outros malwares.

Portanto, a pericia perscrutou a questão dos aplicativos de antivírus das referidas empresas, e, por conseguinte, emitiu o laudo em que, a despeito do aplicativo da Baidu, verte-se a insuficiência de matérias ensejadoras dos eventuais danos que poderiam advir em detrimento dos usuários do aplicativo da PSafe. Vale reiterar que, os alertas emitidos indicavam a presença de elementos infortúnios,

potencializadores de acarretar em situação de prejuízo para os que faziam uso daquele, não possuíam fundamentações coesas e concretas, pautadas, simplesmente, por um espúrio, com o desígnio de pré programar seu aplicativo a fim de perpetrar um detrimento ante sua rival direta.

Em outro prisma, a pericia ainda concluiu que os alertas provenientes do antivírus da empresa PSafe, contra o DU Speed Booster, pertencente a Baidu, eram verazes, plenamente justificáveis por laudo técnico, ora que, de fato, poderia irradiar naquilo que era lhe inculido.

Ao prolatar a sentença judicial, o juiz incumbido de julgar o caso em apreço, atribuiu às seguintes condenações em face à empresa Baidu (MANS, Matheus. Baidu é condenada por concorrência desleal. O Estado de S. Paulo. 28/01/2017)

Com a condenação, a chinesa terá de pagar indenização por danos materiais, lucros cessantes (prejuízo associado à desinstalação do app) e danos morais pela prática de concorrência desleal, como previsto na Lei da Propriedade Industrial. A Baidu também deverá se retratar publicamente e modificar seu aplicativo para não emitir alertas contra o PSafe Total.

Destacada a ocorrência processual, o Juiz monocrático de Direito, Dr. Eduardo Palma Pellegrinelli, da 11.^a Vara Cível da Justiça Estadual de São Paulo, proferiu a sentença dos autos em análise, deferindo o pedido da PSafe e indeferindo o pedido da Baidu.

Doravante, condenou a empresa requerida ao pagamento de danos materiais, em virtude do decréscimo de valor captado pela requerente; danos morais, em razão da prática assídua de concorrência desleal, prejudicando a imagem da concorrente, que presa por zelar; lucros cessantes, ora que se deixou de auferir quantia por prazo delimitado no lapso temporal; outrossim, foi também determinado o pronunciamento da empresa que praticou atos inidôneos, afirmando, perante o público, a inconsistência nas informações pregressas, haja vista que aquele aplicativo não é capacitado de coadunar com vírus prejudiciais.

Depreende-se que o magistrado agiu corretamente e em consonância ao expectável, pois a pericia produziu provas contundentes no tocante aos aplicativos de ambas as empresas. Logo, é plenamente admissível a imputação de obrigações,

visando erradicar os perniciosos atribuídos, àquela que agiu com dolo de prejudicar sua concorrente.

As circunstancias antepostas que moveram o pleito da ação cabível, justifica-se em sua plenitude, porquanto, os atos emanados pela empresa infratora de acusar simuladamente, por indícios que teriam potencial superveniente de repercutir perante uma mitigação de seus consumidores, e doravante, numa expansão da base daquela desleal, são tidos, indubitavelmente, como um meio de manifestação da concorrência desleal; ocasiona detrimento de outrem, se perfazendo por informações errôneas.

É forçoso convir que sejam perpetradas de maneira amiúde decisões que contemplam este teor na seara das empresas virtuais, para que, por assim, conceda maior segurança jurídica e perante as atividades desenvolvidas, além da incidência em uma concorrência leal perante o mercado, coibindo praticas que afrontem tais valores legais.

4.3. LITÍGIOS ENTRE O UBER E TAXISTAS

O próximo prisma concorrencial que há de ser analisado é veementemente tênue e não possui uma decisão consolidada vertendo a temática. Diz respeito, portanto, da lide que subsiste dentre os prestadores de serviços de táxi e o aplicativo norte americano Uber, que abarcou em solo nacional e desde então aponta para diversas polemicas.

Urge salientar que tal problemática de confrontação não é imanente apenas no Brasil. Diversos países ao redor do mundo enfrentam questões judiciais alusivas a essa lide, promulgando-se decisões divergentes aspirando conduzir da maneira mais harmoniosa e consentânea à justiça.

Transmudando-se para o âmbito nacional, há de se expor fatos e decisões pertinentes ao tocante assunto, aferindo as disparidades e similitudes que as empresas conflitantes resguardam entre si, e por fim, quais posicionamentos são proeminentes.

Para tanto, faz-se mister perscrutar a ementa concernente ao Processo nº 0046051-11.2016.8.19.0000, o qual foi objeto de Agravo de Instrumento na 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, interposto pela agravante, Sindicato dos Motoristas e Empresas Auxiliares de Taxi do Estado do Rio de Janeiro, em detrimento do agravado, Uber do Brasil LTDA, reivindicando subverter o cerne que negava-lhes a concessão de tutela antecipada no juízo *a quo*.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL COLETIVA. INDEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA FUNDAMENTADA NA AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES (FUMUS BONI IURIS), ART. 300, CAPUT, CPC.

1. A concessão de antecipação de tutela, com base no art. 300, do CPC/2015 (art. 273, I do CPC/1973), tem como requisitos a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

2. Ao indeferir a tutela pleiteada pelo Recorrente, o juízo primevo registrou que controvérsia análoga fora examinada no Mandado de Segurança, autuação nº 0406585-73.2015.8.19.0001 em que se decidiu pela denegação da segurança. Nessa toada, conforme ressaltou o julgador, admitir raciocínio contrário equivaleria a estabelecer verdadeiro "caos jurídico", ensejando que decisões frontalmente contrárias produzissem efeitos simultaneamente, no mesmo recorte territorial.

*3. A partir da leitura do ato hostilizado se depreende a similaridade entre o caso destes autos e a controvérsia trazida no bojo do mandado de segurança de nº 0406585-73.2015.8.19.0001, que já foi julgado por sentença, conforme registra a decisão hostilizada. Deste modo, vale aqui relembrar duas antigas regras de hermenêutica jurídica segundo as quais: *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir). Quanto ao mais, subscrevo as razões expostas no judicioso parecer ministerial de fls.396/411 e, considerando que a decisão hostilizada está em harmonia com o enunciado da súmula n.º 59 deste Tribunal. **MANUTENÇÃO DA DECISÃO NÃO TERATOLÓGICA. RECURSO NÃO PROVIDO.***

(TJ-RJ - AI: 00460511120168190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 37 VARA CÍVEL, Relator: CARLOS AZEREDO DE ARAÚJO, Data de Julgamento: 28/03/2017, NONA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/03/2017)

Percebe-se que no caso em apreço, foi indeferido o pleito emanado pelo agravante, haja vista que o Desembargador Relator remeteu ao depreendimento pregresso a despeito de temática congênere, porquanto, em outrora se arrematou que os prestadores de serviços concatenados aos taxis e o aplicativo Uber não promovem atuações na mesma esfera concorrencial, possuindo, portanto, o precípua mor em objetos divergentes.

Ainda aludindo à respectiva decisão do magistrado, ele pontua particularidades imanentes a cada uma das empresas

Ora, consoante se extrai do que já decidido nos autos do processo de nº 0406585-73.2015.8.19.0001, e do que consta destes autos, o réu opera serviço de transporte privado individual de passageiros (art. 4º, X, da Lei 12.587/12), com a utilização de veículos particulares, por meio de aplicativo (plataforma tecnológica) que conecta motoristas e pretensos passageiros.

Logo, o que se estabelece entre passageiro e motorista, independente da relação jurídica entre este e o ora réu, é contrato privado de transporte remunerado, regido pelas disposições do Código Civil.

Os taxistas, substituídos pelo autor, por outro lado, desempenham transporte público individual de pessoas (art. 4º, VIII, da Lei 12.587/12), transporte aberto ao público, realizado com a utilização de veículos de aluguel.

É dizer que, entre passageiro e o taxista, dá-se contrato de transporte submetido a regime jurídico híbrido, de direito privado (Código Civil) e de direito público (Direito Administrativo), aplicando-se a legislação específica e os regulamentos municipais específicos

Nota-se que permeia na correlação atinente aos motoristas particulares e os solicitantes de seus serviços, mediante a corroboração do aplicativo Uber, a prestação de serviços de transporte privado individual, valendo-se, para a consecução de tal fim, o uso de veículos privados, pertencentes aos próprios motoristas que se subscrevem na demanda atinente ao programa.

Nesta ocasião, os motoristas e passageiros ficam em conjuntura por meio da utilização do aplicativo Uber, o qual demonstra-se como sendo um pré-requisito, e tem por escopo conceder a devida consonância entre as partes supracitadas, influenciando na locomoção privada de transporte. Insta mencionar que esta relação jurídica é regida, exclusivamente, pelo Código Civil, haja vista que não subsiste qualquer intervenção ou interesse proveniente do Estado, são atividades de cunho privado.

Já os taxistas, em contrapartida, operam-se diante do serviço de transporte público individual, e, portanto, seus meios apropriados para a prestação, são veículos provenientes de alugueis, e não aqueles privados de sua autoria. É tido como aberto ao público, pois não há maiores exigências para avançar essa convenção negocial, podendo, em tese, qualquer sujeito se valer deste serviço.

Rege-se, aos serviços de taxi, ante o direito privado, incumbindo-se pelo Código Civil, concomitante ao direito público no que concerne ao Direito Administrativo; ademais há de se erigir a incidência de Legislações Específicas, bem como Regulamentos Regionais, abarcando aqueles de índole municipal. Explana-se, este

regime híbrido, em defluência de que a prestação em pauta, também coaduna ao interesse público do Estado, notadamente pela sua natureza anteposta.

Destarte, estando às empresas inseridas em planos de atuação materiais esparsas, não há de se imputar regulamentação pariforme a elas, ora que, cada um se submete a determinado dispositivo legal vigente.

Perfaz-se aduzindo, o referido magistrado, a disparidade pertinente às litigantes, que não resguardam entre si, similitudes que possam culminar na prática de concorrência direta

Em breves linhas, traçados os lindes fundamentais do serviço prestado por cada agente, vê-se que o "modus operandi" de cada qual é sensivelmente próprio, não havendo que se dizer da existência de concorrência entre os prestadores de cada qual.

Pelas mesmas razões, dadas às várias diferenças entre os serviços, não há, tampouco, que se cogitar da aplicação, ao réu, do regime jurídico próprio dos taxistas, ora substituídos pelo autor.

A explanação argumentativa que verte determinada assertiva é inerente ao fato de que o Uber é, na realidade, um meio que enseja justapor motoristas, concatenados àqueles que requerem o serviço oferecido por estes particulares.

Em paradoxo, nos serviços prestados pelos taxis, pode-se concluir que eles próprios prestam os fins almejados, ora que seu arcabouço, em suma, é o de locomoção de pessoas, mediante veículos automotores.

Ademais, o regime que disciplina cada um deles é distinto, o primeiro tem atuação em âmbito estritamente particular, conquanto, o segundo atua majoritariamente em viés público.

Desta forma, ainda que não seja um posicionamento integralmente consolidado na órbita jurídica brasileira, paulatinamente esta adução vem se enrijecendo, com o prelúdio de reter uma tonalidade mais contundente.

Muito embora os taxistas arguam que a concorrência perpetrada pelo aplicativo Uber é tida por desleal, as perspectivas hodiernas propiciam que, na realidade, não de se mencionar a coexistência desta dita concorrência perante ambos.

Por fim, ao realizar uma análise sistemática desta ocorrência concreta, pode-se exauri-la, consagrando que a evolução da tecnologia, adstrita às formas de

empregar a promulgação da atividade laboral, culmina em um relevante grau de detrimento perante outras que se mantêm sobrestada à luz da gradativa progressão. Isto, por muitas vezes, se deve pela facilidade incrementada por essas novas modalidades, oriundas da tecnologia difundida.

Doravante, há uma transcendência na concorrência impregnada, não obstante apenas aquelas envoltas por funções e meios de lograr similares, adentrando também, nas que possuem desiderato e formalidades ambíguas, convalidando dúvidas, severos debates e posicionamentos com elevada disparidade acerca dos conflitos.

4.4. CONDENAÇÃO DO GOOGLE NA UNIÃO EUROPÉIA

Após ter sido analisado dois casos que consubstanciam a concorrência desleal no Brasil, há de se vislumbrar um acontecimento internacional, que envolve a empresa Google, acusada e, supervenientemente condenada pela prática de concorrência desleal em detrimento de seus concorrentes diretos.

A despeito da ocorrência, explana o portal de notícias G1, de forma pormenorizada o decurso e as conseqüências culminadas provenientes da conduta infratora (União Européia impõe multa ao Google de € 2,4 bilhões por abusos de poder econômico. G1 Globo. 27/06/2017)

*Para a Comissão Europeia, as ações do Google para minar os concorrentes começaram em 2008 e era sustentada em duas frentes:
Sistematicamente dar uma colocação proeminente [no resultado das buscas] para o seu próprio serviço de comparação de compras;
Rebaixar os serviços de comparação dos rivais em seus resultados de pesquisa.
A ação do Google só foi possível porque a empresa usou seu amplo poder nesse segmento, já que concentra 90% das buscas na internet na Europa.*

É plausível afirmar que as circunstâncias ensejadoras de enquadrar o Google nos termos da disputa mediante concorrência desleal são fidedignas, haja vista que em virtude de aferir maior retrospecto de acessos virtuais perante seus rivais, imbricou

serviços próprios imanentes à empresa em um primeiro plano, sem que subsista qualquer justificativa crível para cancelar a convalidação desta prática. Vale salientar que, consiste naquele serviço atinente a cotejar o valor pertinente a determinados produtos inseridos no mercado; portanto o pertencente ao Google irradiava-se em primazia no setor de resultados conferidos pelo buscador da empresa supracitada, e em outra percepção, os serviços congêneres concorrenciais eram conferidos por uma exposição mais exígua de resultados, prejudicando-os.

Por conseguinte, a incidência do resultado foi materialmente comprovada por uma ampliação efusiva nos acessos concernentes a esta empresa de tecnologia desleal.

Uma das fundamentações aplicáveis que tangencia a prática inidônea advinda do Google é reiterada pela comissária europeia para concorrência, Margrethe Vestager: "Ele negava a outras companhias a chance de competir no mérito e de inovar. E, mais importante, ele negava aos consumidores europeus a genuína escolha de serviços e todos os benefícios da inovação", completou". (União Europeia impõe multa ao Google de € 2,4 bilhões por abusos de poder econômico. G1 Globo. 27/06/2017)

Novamente, há de guarnecer o posicionamento legal, sob a égide das Normas Antitrustes, de que a empresa, ao praticar de forma pertinaz estas propagações, não só prejudicou seus concorrentes diretos, os quais não retinham alicerce para afrontar em igual posicionamento tal estabelecimento; ademais os próprios consumidores eram afetados indiretamente, ora que basicamente, vedava-se o acesso a portais dispare, conferindo-lhes uma constrição no livre poder de escolha.

Arremata-se no que concerne ao expansivo corolário, que emana das práticas pretéritas (União Europeia impõe multa ao Google de € 2,4 bilhões por abusos de poder econômico. G1 Globo. 27/06/2017)

*Além de ter de arcar com a multa bilionária, o Google terá de:
Aplicar aos concorrentes o mesmo posicionamento e forma de exibição que dá a seus serviços.
Explicar à UE como vai equiparar seus próprios serviços e o dos rivais, além de se submeter ao monitoramento do bloco europeu.*

Porquanto, foi inculcado ao Google uma multa em equidade ao valor de 2,4 bilhões de euros, numa transmudação para o valor monetário que vigora no Brasil, pode-se

auferir o prejuízo de, em média, 9 bilhões de reais. Outrossim, foi perpetrada condições pertinentes a um homogêneo posicionamento dentre todos que exerçam aquela dada atividade, a fim de equiparar-lhes em posicionamento neutro, sem a concessão de vantagens indevidas. Ficará, ainda, sujeito à fiscalização por parte da União Européia, que deterá o intento de inibir eventuais transgressões correlatas em período superveniente.

Cessada a análise, depreende-se que as praticas de concorrências desleal são fatores repercutidos em todo o mundo, e não exclusivamente perante duas empresas de viés físico, haja vista que, com a ascendência gradativa das tecnologias e meios virtuais, estas empresas passaram a se tornar suscetíveis do emprego destes meios inidôneos. Faz-se mister, para tanto, uma rígida submissão de monitoramento para todos esses estabelecimentos comerciais, tencionando dirimir com as transgressões ao meios legais e morais de concorrência.

4.5. JURISPRUDÊNCIAS

Após apreciar as ocorrências litigiosas concretas concernentes a concorrências desleais no âmbito da tecnologia que paira determinadas empresas, cinge-se perscrutar as decisões pertinentes ao proferido pelos Tribunais hierarquicamente superiores, tangenciando o mesmo aspecto anteposto. Todavia, como já reiterado, são questões tidas como recentes, resultando em exíguas propagações na orbita jurisprudencial, portanto, ensejando guarnecer a tese, há de vislumbrar aquelas que incutem o uso da tecnologia hodierna de maneira que irradia em inidoneidade no âmbito concorrencial. Em suma, há de ser propalar a forma que os avanços contemplados pela causalidade tecnológica estão sendo chancelados em viés maléfico ante os estabelecimentos empresarias, mais precisamente, no que alude à utilização de links patrocinadores, estando perpetrados em endereços virtuais.

A primeira jurisprudência a ser analisada

obrigação de fazer. LINKS PATROCINADOS. PERMISSÃO DE UTILIZAÇÃO POR TERCEIROS DE MARCA REGISTRADA COMO PALAVRA-CHAVE. CONCORRÊNCIA DESLEAL. Insurgência da autora em face de sentença de improcedência. Pretensão de exclusão dos resultados de links patrocinados quando utilizado como palavra-chave marca de sua titularidade. Insulfilm. Pretensão relacionada à ferramenta Google Search (resultado de pesquisa de links não patrocinados) não reiterada em apelação. Alegação de que disponibilização do espaço publicitário acarretaria violação a direito de marca e concorrência desleal. Reparação de danos materiais e morais. Acolhimento parcial. Serviço oferecido pela Google que permite associação de termos de pesquisa a anúncios patrocinados. Palavras-chaves escolhidas pelos anunciantes. Vinculação indevida de marca registrada a anúncios publicitários de terceiros. Possibilidade de cessação mediante simples impedimento de utilização da palavra-chave em questão. Indevida abertura de espaço para que outras marcas se beneficiem do prestígio da autora. Reparação de danos. Inviabilidade. Conteúdo gerado por terceiros. Art. 19, Lei 12.965/14. Reforma parcial. Ré impedida de associar marca registrada da autora a anúncios patrocinados de terceiros. Impossibilidade de utilização da marca registrada como palavra-chave para associação com anúncios pagos terceiros. Sucumbência recíproca. Recurso provido em parte.

(TJ-SP - APL: 10547740320138260100 SP 1054774-03.2013.8.26.0100, Relator: Carlos Alberto de Salles, Data de Julgamento: 17/01/2017, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/01/2017)

No relato, é expresso que a marca Insulfilm pleiteia a retirada, por parte do Google, da associação de marca imanente a si, que tem como corolário a expansão coaduna a outras similares. Isto se opera em decorrência de que o resultado de pesquisas emanado pelo agravado, no caso em tela, utiliza palavras chaves, redirecionando, por assim, a marcas dispares daquela que é consignada no endereço de buscas. Destarte culmina-se em vantagens indevidas, pertinentes a outrem, que paga pelo serviço dos denominados, links patrocinados, malgrado, exsurge prejuízos ao estabelecimento que tem a sua marca lesada e dissociada ao plano ensejado.

Dessume, pelo relatório promulgado no referido recurso, de que esta pratica conteria potencial de irradiar numa concorrência desleal, porquanto emana aptidão de ludibriar os consumidores daquele referido produto, angariando-os de maneira inconsciente. Outrossim, o desfecho prolatado tange ao julgamento parcial do pedido, haja vista que, no tocante a retirada da imputação de similitude nos links das empresas, este deverá ser obliterado, conquanto, não foi factível a concessão da pretensão reparatória aos danos ocasionados em outrora.

A sistematização desta situação em apreço demonstra que a tecnologia foi usualmente caracterizada por uma espécie de concorrência desleal, ora que mediante artifício, ocasionava certo grau de conturbação perante marcas que atuam

no mesmo segmento, o que, por conseguinte, captava os clientes alheios. Há de se delinear que seu emprego foi revés, viabilizando o prejuízo de um estabelecimento em prol do assenhoreamento de frutos benignos de seus concorrentes diretos.

A segunda jurisprudência submetida a uma pormenorização foi

INTERNET. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER AJUIZADA EM FACE DO GOOGLE. EXCLUSÃO DO NOME DA AUTORA COMO PALAVRA-CHAVE DE VÍDEOS PUBLICADOS POR EMPRESA CONCORRENTE NO YOUTUBE. DESVIO DE CLIENTELA. CONDUTA QUE PODE CARACTERIZAR CONCORRÊNCIA DESLEAL. HIPÓTESE DE ACOLHIMENTO DO PEDIDO. FORNECIMENTO DE IP DO RESPONSÁVEL PELA CRIAÇÃO DA CONTA E PUBLICAÇÃO DOS VÍDEOS, ALÉM DA DATA E HORÁRIO DOS ATOS. APELO DÁ AUTORA PROVIDO.

- 1. Ação de obrigação de fazer ajuizada em face do Google, enquanto responsável pelo youtube, para que fosse excluído o nome da autora (elemento fantasia) como palavra-chave de vídeos publicados por empresa concorrente, e fornecimento de IP, data e horário das publicações. Sentença de improcedência. Reforma.*
- 2. Utilização indevida da denominação da autora como palavra-chave dos vídeos da concorrente. Desvio de clientela. Conduta que pode caracterizar concorrência desleal, a ser analisada nas vias adequadas.*
- 3. Pedido de exclusão da palavra-chave em relação às URLs especificadas pela autora que deve ser acolhido, evitando-se a propagação do ilícito.*
- 4. Condenação do réu, também, ao fornecimento do IP do responsável pela criação da conta e publicação dos vídeos, além da data e horário dos atos, para que a autora possa valer-se das medidas adequadas.*
- 5. Apelação da autora provida.*

(TJ-SP - APL: 01373500720128260100 SP 0137350-07.2012.8.26.0100, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 04/08/2015, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/08/2015)

Situação similar foi averiguada neste julgamento do recurso interposto, no qual a recorrente alega que uma empresa que permeia a concorrência direta em face daquela, utilizou palavras chaves coadunas a denominação empresarial da prejudicada, redirecionando, por assim, a vídeos de autoria daquela inidônea, cujo, os quais se encontravam incutidos na plataforma Youtube, pertencente à empresa Google.

O depreendimento emanado pelos magistrados do Tribunal que apreciou o caso é correlato ao de que, embora não seja factível a realização de controle integral dos vídeos que são perpetrados no sistema, pela responsável por hospedar o armazenamento destes, deverá elidir as nomenclaturas que remetem à empresa

alheia recorrente. Funda-se na argüição de que estes fatores poder-se-iam ter o corolário de desvios de clientela, pratica usual no que concerne a concorrência desleal.

Ademais, há de serem concebidos os IPs daqueles responsáveis por orquestrar esta pratica imoral, com o perceptível dolo de imputar em lesões a sua concorrente direta, em contrapartida, beneficiar-se-ia da pratica acometida. Porquanto, deteria a hipótese crível de ajuizar ação em face destes, alegando, em momento preciso, pela pratica da concorrência desleal, requerendo tudo que lhes façam jus.

Neste fato em pauta, pode-se averiguar que o uso dos portais virtuais, com o advento da expansão tecnologia, incidiu em uma circunstancia repressiva, ora que propiciou a contextualização da imoralidade concorrencial, ensejando se prevalecer da notoriedade advinda de sua concorrente, para que, com isto, pudesse aferir expansiva aglomeração de sujeitos a vislumbrar seus produtos, perante os meios digitais, os quais se encontravam inseridos.

A terceira jurisprudência que será objeto de perscrutação minuciosa será

Agravo de instrumento. Direito Comercial/Empresarial. Concorrência desleal. Ação de obrigação de não fazer (abstenção do uso) cumulada com pedido de indenização. Serviço, conhecido como "Google Adwords", contratado para divulgar negócio. Utilização de marca alheia em pesquisa. Possibilidade de desvio de clientela. Cabimento de tutela antecipada. Agravo a que se nega provimento.

(TJ-SP - AI: 21118198320158260000 SP 2111819-83.2015.8.26.0000, Relator: Pereira Calças, Data de Julgamento: 12/08/2015, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 15/08/2015)

Na ocorrência em concreto, a recorrente aduz que a pratica de inserção do nome de empresas adversas consoantes ao seu domínio, no tocante às buscas provenientes do Google, caracterizam uma contundente legalidade, ora que se dá de maneira pertinaz dentre inúmeros estabelecimentos. Dita, ainda, que tal conduta verte tão somente a despeito de marketing empresarial, não incidindo no campo da ilicitude concorrencial. Reinvidica, portanto, que se subverta o teor expedido pela decisão do juiz monocrático de direito, o qual pugnou tutela antecipada, mediante uma severa

sanção pecuniária na hipótese de não se abster da utilização indevida do nome empresarial de outrem.

Os magistrados consentâneos ao Tribunal competente proliferam que, apesar de não conter expressões correlatas na denominação das partes adjuntas ao recurso, elas atuam em segmento congênere, porquanto, tal constatação seria crível de manipular os consumidores para uma eventual parceria firmada dentre elas, o que, de fato, não é fidedigno. Destarte, o recurso teve seu provimento negado, consubstanciado pela modalidade de concorrência desleal no que concerne ao desvio de clientela.

Insta cingir-se que versa acerca de uma situação que resguarda paridades com as demais supracitadas. Isto, pois, o uso maléfico da tecnologia culmina em circunstâncias ensejadoras de ilicitude na esfera concorrencial, devendo, por conseguinte, serem passíveis de repressão razoável em consonâncias aos atos exercidos pregressamente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizada uma apreciação longínqua a despeito da Concorrência Desleal concomitantemente às diretrizes atinentes aos meios tecnológicos que se propagam veementemente neste período hodierno ao qual estamos insertos, foi suscetível constatar a problemática envolta deste referido tema.

Apesar de verter ocorrências recentes, e, por conseguinte, com exíguas resoluções e acepções doutrinarias acerca do referido assunto, é factível que este vem se proliferado gradativamente na seara do direito, com o precípua de respaldos jurídicos consentâneos aos Tribunais em orbita nacional.

Essa repercussão tecnológica se promove não exaustivamente apenas em nosso país, mas transcendendo todo o mundo. Os países, em geral, enfrentam quesitos litigiosos que advém da tecnologia impregnada nos meios de serviço e produtos ofertados. Cada qual destes países consigna supedâneos específicos, com o fito de lidar da maneira mais razoável possível, defeso aos atos ilícitos com potencial lesivo a terceiros.

Indubitavelmente, o avanço tecnológico pode ter corolário positivo, bem como negativo, a depender das circunstancias concretas que lhe sejam incutidas. Salienta-se, portanto, que é tido por salutífero no tocante a ser imanente a facilitação de uso dos serviços ou a expressiva eficácia concernente aos produtos desenvolvidos, irradiando em benefícios perceptíveis aos consumidores. Malgrado, seu uso pode ser reprovável, quando este vem a ser empregado com o desiderato de culminar em prejuízos alheios, cuja incidência poder-se-á abranger seus concorrentes de mercado, os consumidores daquele determinado produto.

Em âmbito nacional, diversas empresas tradicionalistas não reagiram de modo aceitável ao embarque de certas companhias adjuntas do escopo inerente a tecnologia. A realização de protestos é corriqueira, a fim de serem igualadas no comercio, concebendo-lhes direitos e deveres correlatos. Todavia, a regulamentação, por diversas vezes, não demonstra a efetividade ensejadas, ou em outros prismas, ela é demasiadamente rígida. Há de se delinear, que em quaisquer

das hipóteses antepostas, culmina em uma discrepância dentre elas, não as inserindo em paridade de armas para o exercício lícito de suas atividades.

Denota-se, para tal fim, que no fato correlacionado ao Uber e aos Taxistas, subsiste uma lide extensa, na qual permeia justificativas variáveis. Nota-se, até então, que apesar de, em um primeiro plano, resguardarem similitude, na realidade as empresas tencionam objetivos dispares, porquanto, o fim almejado é paradoxo dentre elas, ora, destarte, não há de incrementar uma concorrência, ao perscrutar tais aspectos. Conquanto, objeções em sentido adverso são interpostas, com o desígnio de subverter o cerne deste depreendimento parcial. O fato é de que essa não é uma questão de cunho resolúvel no presente momento, devendo, a fim de satisfazer os anseios alusivos às partes supracitadas e a população em geral, corroborar em um maior alicerce basilar nas Legislações que versam sobre a concorrência desleal, mormente perpetrar amparos de meios tecnológicos, doravante, será possível efetivar uma regulamentação embasada por meios legais.

Dessume que a princípio, interesses personalíssimos de um grupo determinado, não podem ser aptos a ocasionarem prejuízos para toda a população, haja vista que a dinamicidade tecnológica é imprescindível, estando em constante evolução, portanto, as empresas necessitariam adaptarem-se as condições que lhe são impostas pela força do mercado, inclusive ante a efusiva aderência pela clientela destas novidades que incidiram no Brasil recentemente.

Ademais, foi passível de averiguar a reiterada ocorrência de usos maléficis emanados por tais tecnologias, imbricando detrimientos em seus concorrentes diretos, em prol de angariar clientela alheia ou auferir valores monetários que lhe são indevidos, diante da prática inidônea. Faz-se mister uma maior rigidez nestas ocasiões, com punições congêneres ao que é prolatado no âmbito concreto, tencionando coibir estes intentos infortúnios. Em coaduna ao prospectado, cinge-se o perspicaz julgamento consentâneo ao Baidu e PSafe, sendo um marco emblemático no Brasil, haja vista ter sido a primeira decisão proferida no tocante assunto; salienta-se para a consecução de outras similares a esta, contemplando a segurança jurídica e a justiça propriamente dita.

Neste diapasão, fomenta-se o desfecho, no qual é plenamente perceptível a dicotomia de resultados oriundos do advento tecnológico, podendo influir em uma

constância de aprimoramentos e meios hábeis dirigidos aos consumidores, além de incitar na prática desleal, comumente vista na seara concorrencial holística.

Destarte, insta erigir que, ainda contemporânea esta situação, a qual resulta em conflitos diretos, deve ser mantido como o escopo mor, o interesse da sociedade.

Porquanto, é factível a insurgência superveniente de dispositivos jurídicos passíveis de monitorar com maior apreço as controvérsias, numa espécie de Marco Regulatório para a Concorrência no viés da Tecnologia, em conformidade ao Marco Civil da Internet, promulgado em outrora e que tangencia questões pertinentes à internet.

Ademais, a pacificação no ordenamento jurídico é elemento substancial para que seja concebida maior eficácia nas decisões promulgadas, obliterando entendimentos dispersos. Justaposto ao expressado, é imprescindível que o CADE reitere acompanhamentos nesta órbita virtual, em conformidade ao serviço que já realiza concretamente, haja vista que, nas hipóteses de cabimento de sua atuação, poderá auxiliar na prevenção e porventura, em decisões fomentadoras de elidir a consecução dos ilícitos almejados, outrossim, a incidência estaria voltada para a mitigação destes atos pertinazes.

6. REFERÊNCIAS

- CARVALHOSA, Modesto – **Poder Econômico: a fenomenologia seu disciplinamento jurídico** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967
- CERQUEIRA, João da Gama – **Tratado da Propriedade Industrial** – volume 2, tomo 2 - Rio de Janeiro: Editora Forense, 1956
- CERQUEIRA, João da Gama – **1946. Tratado da Propriedade Industrial** – 2 ed. Ver. E atual. Por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982
- COELHO, Fábio Ulhoa – **Curso de Direito Comercial, volume 1** – 6. Ed. Ver. E atual. De acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002) – São Paulo: Editora Saraiva, 2002
- DELMANTO, Celso – **Crimes de Concorrência Desleal** – São Paulo: USP, 1975
- DINIZ, Maria Helena - **Dicionário Jurídico** – 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2008
- FORGIONI, Paula A. – **Os Fundamentos do antitruste** – 8 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015
- FERREIRA ALVES, Jorge de Jesus – **Direito da concorrência nas comunidades européias** – Coimbra: Coimbra Ed., 1989
- GRAU, Eros Roberto – **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)** – 14 ed. São Paulo:Malheiros, 2008
- IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual – **Comentários à lei de Propriedade Intelectual** – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005
- KOTSIRIS, Lambros E. – **An antitrust case in ancient greek Law.** The International Lawyer, v.22, n.2, p.451-457, Summer 1988
- <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional> (Acesso em 14/07/2017)

http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna (Acesso em 14/07/2014)

<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade> (Acesso em 13/02/2017)

<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica> (Acesso em 20/02/2017)

<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/uniao-europeia-impoe-multa-de-24-milhoes-por-abuso-de-dominio.ghtml> (Acesso em 08/07/2017)

<http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,baidu-e-condenada-por-concorrenca-desleal,70001644601> (Acesso em 06/07/2017)