



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

DANILO DE LIMA EVANGELISTA

A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA

**Assis/SP
2021**



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

DANILO DE LIMA EVANGELISTA

A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA

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.

Orientando(a): Danilo de Lima Evangelista

Orientador(a): Leonardo de Genova

**Assis/SP
2021**

FICHA CATALOGRÁFICA

E92c EVANGELISTA, Danilo de Lima

A Evolução do Direito de Concorrência / Danilo de Lima Evangelista.

– Assis, 2021.

43p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do
Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. Leonardo de Gênova

1. Concorrência 2. Antitruste 3. Evolução

CDD 341.35272

A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA

DANILO DE LIMA EVANGELISTA

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:

Fernando Antônio Soares de Sá Júnior

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que desejam se realizar de forma empresarial, para que possam ter seus direitos assegurados de forma justa.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus pela vida e a oportunidade de poder realizar este trabalho.

À minha família, principalmente minha mãe, que sempre me apoiou, me ajudou e meu deu todo carinho necessário.

À minha namorada, Caroline, que está sempre me apoiando e sendo compreensível nos momentos difíceis.

À empresa na qual eu trabalho por me incentivar a realizar este curso, sempre me apoiando.

Ao meu grande orientador, Prof. Me. Leonardo de Gênova, que me ajudou na escolha do tema e pelos conhecimentos transmitidos.

“A igualdade pode ser um direito, mas não há poder sobre a Terra capaz de a tornar um fato”.

- Honoré de Balzac.

RESUMO

A pesquisa trata do direito de concorrência que está em constante desenvolvimento devido à constante expansão que todo o sistema econômico e empresarial vem sofrendo. O fato é que a lei antitruste brasileira passou por diversas mudanças e sempre se adaptando ao período na qual estava, mas, nesse momento vivemos a era da digitalização e a evolução nunca antes vista de empresas que atingem patamares inimagináveis. O objetivo deste trabalho é mostrar que é necessário a adaptação do legislativo para nossa atualidade, mesmo nosso regramento mais recente sendo de 2011, o mundo até o momento evoluiu de tal forma nunca vista. Para realizar este trabalho foi preciso voltar aos primórdios da forma de trabalho e explicar todo o processo e mutação na qual ele recebeu; como surgiram as diretrizes antitrustes e o porquê da sua existência. Utilizou-se uma revisão bibliográfica, com embasamento na doutrina e em material teórico sobre casos já utilizados no Poder Judiciário, outras informações foram obtidas por meio de pesquisas em sites específicos sobre o assunto.

Palavras-chave: Concorrencial; Antitruste; Legislação; Empresas; Internet; Evolução; Adaptar.

ABSTRACT

The research deals with competition law, which is in constant development due to the constant expansion that the entire economic and business system has been undergoing. The fact is that the Brazilian antitrust law has gone through several changes and always adapting to the period in which it was, but, at this moment, we live in the era of digitalization and the evolution never seen before of companies reaching unimaginable levels. The objective of this work is to show that it is necessary to adapt the legislation to our current times, even though our most recent regulation is from 2011, the world has evolved in such a way never seen before. To carry out this work it was necessary to go back to the beginnings of the way of working and explain the entire process and mutation in which he received it; how the antitrust guidelines came about and why they existed. A literature review was used, based on doctrine and theoretical material on cases already used in the Judiciary Branch, other information was obtained through research on specific websites on the subject.

Keywords: Competitive; Antitrust; Legislation; Companies; Internet; Evolution; Adapt.

LISTA DE TABELAS

<i>Tabela 1 Comparação entre a lei antiga e a atual</i>	24
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda
TADE	Tribunal Administrativo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 TRABALHO E CONCORRÊNCIA	14
1.1 ORIGEM TRABALHISTA E CONCORRENCIAL	14
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	16
1.3 ANTITRUSTE NO BRASIL	17
1.3.1 PANORAMA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO MUNDO.....	20
CAPITULO 2 LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE E ORGÃOS REGULADORES 22	
2.1 ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL	22
2.2 ÓRGÃOS REGULADORES DE CONCORRÊNCIA	25
2.3 CONCORRÊNCIA DESLEAL NA ATUALIDADE.....	27
CAPITULO 3 ABUSOS E CONDUTAS E SEUS RESULTADOS	31
3.1 POSIÇÃO DOMINANTE: ABUSO E CONDUTAS.....	31
3.1.1 CONFUSÃO ENTRE PRODUTOS OU ESTABELECIMENTO	33
3.1.2 DENIGRAÇÃO DO CONCORRENTE	33
3.1.3 CONCORRÊNCIA PARASITÁRIA.....	33
3.2 CONDUTAS VERTICAIS CLÁSSICAS.....	34
3.2.1 EXCLUSIVIDADE	34
3.2.2 VENDA CASADA	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

O Direito Concorrencial é um assunto relativamente novo em terras brasileiras, porém presente na sociedade há anos devido ao avanço das formas de trabalho.

Este trabalho tem como objetivo mostrar como a Lei antitruste é importante para o desenvolvimento da economia mundial, tendo em vista o avanço histórico como base principal.

Com o avanço dos anos as legislações tendem a ficar desatualizadas, causando brechas que podem ser utilizadas para obtenção de vantagens, estas que proporcionam uma desigualdade concorrencial às empresas de menor porte que estão tentando adentrar no mercado.

O primeiro capítulo apresentará o contexto histórico da forma de trabalho e criação das empresas até o modelo atual, mostrando a evolução das formas e dos regramentos existentes durante o passar dos anos, a intenção é mostrar que é preciso a adaptação da norma para que ela se enquadre no período vigente, para que haja uma qualidade concorrencial.

O segundo capítulo mostrará como se deu a criação dos órgãos regulamentadores de concorrência e suas inspirações, estes órgãos que, são uma vitória nas legislações e tiveram grandes avanços ao decorrer do tempo. Neste capítulo é mostrado como são feitos as repartições e o funcionamento de cada parte que formam o todo, e exemplos internacionais afim de curiosidade, também é mostrado exemplos de inflações atuais, na qual a legislação pertinente deve lidar, mesmo não sendo feita para tal e como ela deveria se adaptar para conseguir suprir as necessidades.

O terceiro capítulo discorrerá sobre as infrações mais comuns e seus desfechos citando alguns exemplos famosos para poder ter uma dimensão do quão preocupante é a não atualização das normas para o convívio atual. Algumas das infrações são consideradas “clássicas” devido a sua utilização para obtenção de vantagens desde muito tempo, tornando a questão de que as brechas sempre são passíveis de serem utilizadas.

Por fim, parte-se da hipótese que com novas diretrizes podemos amenizar a desigualdade causada pela ganância do poder, reduzindo a desigualdade e dando

oportunidade para todos que tiverem um sonho de adentrar no mercado empresarial e garantir uma boa oferta e qualidade ao consumidor que obtém o produto ou serviço.

CAPÍTULO 1 TRABALHO E CONCORRÊNCIA

1.1 ORIGEM TRABALHISTA E CONCORRENCIAL

Desde os primórdios da sociedade existe a concorrência. No princípio, era em razão de sobrevivência, reprodução e posições hierárquicas, hoje em dia o ser humano ainda compete seguindo essas ideias, porém, com o avanço da humanidade e sua busca incansável por consumo, deu-se origem as empresas, e com isso, a concorrência empresarial, em busca de domínio no seu seguimento, “nome” e grande notoriedade.

Conforme o pensador grego Hesíodo¹, o trabalho era visto como um agrado aos deuses, fazia homens independentes e afamados, “A alma, ao desejar riquezas, nos impulsiona ao trabalho”, daí o conceito moderno de trabalho: um processo que tem como objetivo lucrar produzindo algo ou vendendo-o, como define Sussekind (1978, p. 82).

No período feudal o trabalho era pra servir ao clero ou ao senhor feudal submetidos a regimes escravocratas e além de trabalhar nas terras, o servo era obrigado a pagar uma série de tributos que se justificavam pelo uso das instalações e ferramentas do feudo.

Submetidos às exigências do senhor feudal, os servos ainda se conformavam com essas relações de trabalho, pois eram legitimadas pela Igreja. De acordo com o pensamento cristão, a harmonia entre nobres e servos – sob a tutela espiritual dos clérigos – representava um reflexo da Santíssima Trindade pregada pela doutrina católica (GONÇALVES, 2010).

Com o passar dos anos o trabalho foi sendo aprimorado e novas técnicas foram criadas, assim como seu conceito, agora, o trabalho é para suprir as necessidades básicas humanas e o trabalhador é mal ou até não remunerado, além de ser explorado com longas jornadas cansativas e até mortais.

A forma de trabalho da maneira que conhecemos hoje como empresarial trata-se de uma forma medieval e teve início no mundo muçulmano e era regrada pelas regras

¹ Hesíodo foi um poeta oral grego da Antiguidade, geralmente tido como tendo estado em atividade entre 750 e 650 a.C. ⁴ “Após a morte”.

*postmortem*² e posteriormente os cristãos imitaram o seguimento sem esse regramento (CAVALCANTI, 2007).

Mas foi o rei inglês Eduardo I (1272–1307), com o Estatuto da Mão Morta, que deu às corporações seu perfil definidor. Eduardo I percebeu que a imortalidade das corporações (e sua conseqüente inexistência do ato de herança) era um prejuízo para a cobrança das taxas da senhoria, das quais dependia o reino. A palavra corporações, — ressaltase — significa junção de corpos ou um só corpo "legal" composto de muitos corpos individuais. Não morrendo jamais, as corporações da época — religiosas, de confrades, profissionais e "empresariais" — estavam isentas de certas cobranças. Com a Mão Morta, Eduardo baniu das corporações o direito de aumento das suas posses territoriais, principal fonte de riqueza, poder e prestígio à época. Isso levou as corporações "empresariais" a terem como opção apenas as atividades consideradas menos nobres na Idade Média, como o comércio e as atividades financeiras. O mercado de ações, por exemplo, nasceu provavelmente nesse mesmo período nas feiras livres, com a venda de papéis para empreendimentos geralmente náuticos, comerciais e temporários (extintos logo após o retorno do navio). (CAVALCANTI, 2007)

Antes, como visto, a economia era gerada por meio de pequenos agricultores e artesãos em meio familiar que produziam e vendiam seus produtos gerando uma renda pra sua sobrevivência. Com o avanço da tecnologia, pequenos motores movidos a vapor foram criados e acoplados aos teares (equipamento usado pra produzir tecido manualmente), dando origem a indústria têxtil, transformando a “empresa familiar” em “empresa moderna” (SANTOS, 2011).

Com o grande acúmulo de riquezas fruto das explorações, e o desenvolvimento das colônias, a idade colonial se viu diante da oportunidade de crescer e obter lucros em cima de trabalhos que na sua grande parte eram mal remunerados e explorados; de acordo com estudos de Chandler (1988, p.17, apud DALLA COSTA, 2004, p. 3), no caso dos Estados Unidos, em 1790, o comerciante tradicional, que havia dominado a economia no período colonial, continuava sendo o distribuidor universal. Ele era ao mesmo tempo o exportador, o atacadista, o revendedor, o banqueiro e o responsável pelo seguro, comandadas por um ou vários funcionários, “a partir de 1840, pelo contrário, estas funções foram substituídas por empresas especializadas. Os bancos, as companhias de seguros, as transportadoras (...) fizeram sua aparição (CHANDLER 1988, p. 17 apud DALLA COSTA, 2004, p. 4)

² Após a morte.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A expansão ferroviária foi de grande importância para a evolução das “empresas familiares”, com o aumento da circulação de bens e pessoas, transporte rápido e comodidade, o leque de oportunidades foi significativamente maior. Porém, de acordo com Chandler:

Sua principal vantagem não estava na velocidade com que transportavam passageiros, mercadorias e as encomendas do correio, mas na possibilidade de oferecer durante todo o tempo um meio de transporte de mercadorias seguro e programado com precisão, durante todo o ano. (CHANDLER, 1988, p. 18 apud DALLA COSTA, 2004, p. 4)

Junto a essa evolução, começa-se a ter os primeiros sinais de concorrência empresarial, com disputas por clientes, produtos e transportes. A obtenção de lucro era a principal busca dos responsáveis pelas empresas, e com isso deu-se também o aumento de mão de obra e a criação do “nome” com características únicas de cada produtor.

Com a facilidade e mobilidade, levar sua marca a outros lugares foi se tornando mais fácil, e conseqüentemente mais disputado, dando surgimento ao que hoje chamamos de “filiais” tornando o mercado que antes era centralizado em um local, ser expandido a outro, e mesmo distante, mantendo a mesma marca e qualidade.

Com esse crescimento e a forte demanda que era exigida pelos consumidores, cada vez mais foi-se aumentando as distâncias que um produto poderia chegar, ultrapassando as barreiras nacionais e obtendo reconhecimento no exterior (SICSÚ, J., CASTELAR, A., 2009, p.17).

O livre funcionamento do mercado – elemento central do ideário que informava a atuação do Estado Liberal de então – restava comprometido ou mesmo ameaçado pela conduta de grandes empresas, sendo então necessário o estabelecimento de regras jurídicas específicas para lidar com o poder econômico. (POLANYI, 2001, p. 156)³

Toda essa evolução deu origem a uma intervenção do Estado sobre os vendedores nos Estados Unidos, 1890, o “Sherman Act, que, embora não seja propriamente a

³ “Nem mesmo os adeptos radicais do liberalismo econômico poderiam escapar da regra que torna o “laissez faire” inaplicável às condições industriais avançadas; pois, no caso crítico da lei sindical e das regulamentações antitruste, os próprios liberais extremos tiveram de exigir múltiplas intervenções do Estado, a fim de garantir contra os pactos monopolísticos as pré-condições para o funcionamento de um mercado autorregulado. Até mesmo o livre comércio e a concorrência exigiam intervenção para ser viável.”

primeira legislação antitruste do mundo, foi certamente a que se tornou a grande referência para os demais países.” (FRAZÃO, 2017, p. 31)

Como explica Baker, o Sherman Act foi inicialmente entendido sob diversas nuances: como instrumento de conciliação entre os valores da economia clássica e aqueles do liberalismo político; como meio de proteger os direitos naturais de liberdade econômica e de propriedade, o processo competitivo e o livre comércio; como instrumento para assegurar ao máximo a eficiência econômica e a prosperidade nacional em compatibilidade com a justiça, a harmonia social e a liberdade. (BAKER, 2002 apud FRAZÃO, 2017, p. 31)

Segundo Frazão (2017, p. 33), a criação do direito da concorrência ocorre em um período onde a proteção do livre mercado e da livre concorrência são vistas com uma defesa da livre iniciativa empresarial, dos consumidores e até da democracia. Concluindo que o principal objetivo era proteger os pequenos negócios que não tinham chances contra os monopólios já estruturados, afim de desestruturar a ideia de concorrência.

1.3 ANTITRUSTE NO BRASIL

A tardia industrialização brasileira fez com que na nossa primeira Constituição Social de 1934, não constasse um regramento ao Direito da Concorrência, porque:

As primeiras normas antitruste brasileiras emergem da discussão de “defesa da economia popular”, na busca de coibir atitudes que pudessem prejudicar consumidores e pequenos comerciantes. Assim, esse conjunto normativo nasce como um misto de regras de defesa do consumidor e de proteção do espaço competitivo nos mercados. (NETO, 2015, p. 21)

Alguns aspectos foram adicionados fazendo uma breve alusão ao Direito de Concorrência, estes muito significativos e necessários para atender a sociedade como explica Shieber (1966, p. 61 apud FRAZÃO, 2017, p. 34).

Além dos objetivos diretamente concorrenciais, tais como a manutenção dos mercados e do livre sistema de preços, uma legislação em defesa da concorrência atenderia a razões sociopolíticas, impedindo que o poder econômico acabasse comprometendo os objetivos sociais e o próprio poder do Estado.

E assim como nos países industrializados, regras de defesa da concorrência passaram a ser discutidas e implantadas no Brasil de forma concomitante ao processo de industrialização do país, que se intensificou na década de 1930 segundo Frazão (2017, p.

33), seguindo sem regramento específico e sendo referência apenas em alguns pontos de forma indireta.

A Constituição de 1934 preocupou-se em posicionar o Estado como garantidor de uma ordem econômica pautada “pelos princípios da justiça e as necessidades da vida nacional”, de modo a possibilitar “a todos existências digna” (art.155, caput) (FRAZÃO, 2017, p. 34)

O Decreto-lei nº 869/38⁴ referenciou o Direito de Concorrência e também deu seguridade ao consumidor, porém, não foi tão eficaz visto que naquele momento o Estado sofria pela falta de um órgão fiscalizador conforme explica Guzzo (2013, p. 8). Uma nova jurisdição só veio a ser mencionada com o Decreto-lei nº 7.666, de 1945, base para Agamemnon Magalhães⁵ apresentar em 1962 a lei nº 4.137, a também conhecida como “Lei Malaia”⁶ representava um grande avanço do ordenamento vigente, sistematizando de forma coerente a repressão do abuso ao poder econômico, explica a mesma autora.

Mas somente a partir da Constituição de 1946, intensificou-se a luta, especialmente por parte de Agamemnon Magalhães.

O Estado de Direito só pode defender-se com a lei. Se não outorgarmos ao Estado poderes legais para defender as instituições e o povo contra a opressão econômica, seremos vencidos por aquele governo invisível definido por WILSON, como governo da corrupção econômica e política. O Estado será subjugado pelas concentrações capitalistas, que vão corromper o regime democrático desde as nascentes eleitorais até a cúpula que é o honesto exercício dos poderes públicos. Toda a ação do Estado ficará subordinada aos interesses dos mercados financeiros que controlam e dominam os mercados internos e externos. Até a opinião pública será mistificada pela imprensa e pelo rádio dirigidos por esses grupos. (MAGALHÃES, 1949, p. 604)

Deixando claro que com esse novo regramento protegeria o Estado de Direito e também a democracia.

Anos depois, a lei n. 4137/62 foi apresentada, iniciando efetivamente o Direito da Concorrência no Brasil, “pois embora não tido uma aplicação consistente, preparou o terreno para que o país tivesse um efetivo sólido sistema de defesa da concorrência a partir

⁴ Este decreto é considerado por muitos como a primeira lei antitruste do Brasil.

⁵ É um dos maiores expoentes do Direito Concorrencial Pátrio.

⁶ Esse decreto ficou conhecido como Lei Malaia, porque segundo Paulo Germano Magalhães explicou que Agamemnon Magalhães, devido aos seus traços fisionômicos e pelo seu tom de pele, possuía alguns traços orientais, assim acabaram por apelidá-lo de “malaio”, surgindo assim o nome de Lei Malaia.

da Lei nº 8.884/94, após o breve tempo de vigência da Leiº 8.158/91” (FRAZÃO, 2017, p. 36). Dando início ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão autônomo que visa intervir sobre as empresas que ferem a economia pública e garantir uma concorrência justa e igualitária viabilizando a fiscalização necessária.

O que seria um ganho obtido em 1962, foi facilmente destruído pela ditadura militar (1964-1985) que “pouco considerou desenvolver a economia e a indústria nacionais através do controle de preços e de incentivos ao setor privado.” (TODOROV, F. p. 221-222 apud FRAZÃO, 2017, p. 37).

Somente após seu fim em 1985, que finalmente o Direito da Concorrência pôde ser implantado seguindo a base de 1962, e com reforço de diversas medidas legislativas, em 27 de setembro de 1990 foi aprovada a Lei n. 8.137, a qual definiu sanções criminais para a prática de cartéis e outras condutas anticompetitivas⁷. Com o passar dos anos e a evolução, deu-se o surgimento da lei 8884/94⁸ que conforme seu artigo 1º expressa:

Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. (BRASIL, 1994)

Porém, com a nova legislação vigente que revogou quase que por completo a lei anterior citada; a nova legislação 12.529/11 regula e direciona as normativas antitruste no Brasil, como visto no seu artigo 1º.

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. (BRASIL, 2011)

Por fim, vemos que o Brasil veio de uma longa jornada sem regulamentação específica sobre o Direito da Concorrência, fazendo apenas pequenas referências, mas nunca especificando uma regulamentação concreta e graças a grande luta de Agamemnon

⁷ Parte da doutrina compreende que a Lei n. 8.137 de 1990 revogou tacitamente os dispositivos de repressão a condutas anticoncorrenciais da Lei n. 1.521 de 1951.

⁸ Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

Magalhães com seu Decreto 4.137/62, este serviu de base pra lei antitruste brasileira vigente.

Conclui-se que a normativa é mais que apenas uma diretriz para a concorrência empresarial, é um símbolo de justiça a economia brasileira, pois, defende os interesses da sociedade, o consumidor e a liberdade de iniciativa, estes que são polos importantes para o crescimento de um país.

1.3.1 PANORAMA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO MUNDO

O direito concorrência é extremamente importante para o desenvolvimento justo de um país, nele conseguimos garantir a igualdade para todos os envolvidos que querem empreender de alguma forma.

Segundo o autor Silveira (2020, p. 7), “atualmente, existem mais de 100 países no mundo com uma legislação antitruste. Mais precisamente, computam-se hoje 139 autoridades da concorrência no âmbito da Rede Internacional de Concorrência.”

Desse conjunto de jurisdições, existem duas modalidades principais de modo concorrencial: um de origem anglo-saxã denominado “prosecutorial” (ou inquisitorial), “no qual a autoridade da concorrência assume um papel acusatório, restando geralmente ao Poder Judiciário decidir sobre a existência de uma infração concorrencial” (SILVEIRA, op. cit, p. 6), sistema esse utilizado nos EUA e nos países da América do Norte.

No outro sistema chamado de administrativo, a “autoridade da concorrência exerce uma dupla função de investigação e de julgamento, normalmente com divisão funcional interna e possibilidade de revisão judicial das decisões administrativas”, este utilizado pela legislação antitruste brasileira monitorada pelo CADE, pela maior parte dos países da Europa continental e União Europeia, explica o mesmo autor.

Outro ponto interessante é que as instituições de autoridades concorrências podem tomar formas variadas de agir contra uma possível ilegalidade, um exemplo são os EUA que a “Divisão Antitruste” do seu Ministério da Justiça é vinculada diretamente ao Poder Executivo, e em outras jurisdições como o Brasil existe uma separação formal em relação ao governo central, no caso o CADE faz essa ligação.

Por um lado, há uma convergência nas regras e na prática do Direito da Concorrência no mundo, sobretudo no combate a cartéis e na análise de atos de concentração. Por outro lado, há variedade nos desenhos institucionais adotados

pelas diferentes autoridades da concorrência, que se distinguem, por exemplo, quanto ao grau de independência que têm em relação ao Poder Executivo. (SILVEIRA, op. cit, p. 8)

Todo esse controle é necessário à prevenção de efeitos anticompetitivos pelo exame de atos que geram uma concentração excessiva de poder. Isso não impede, entretanto, que uma empresa cresça de forma orgânica, ampliando sua parcela de mercado por méritos próprios de eficiência econômica, explica Silveira (2020, p. 8).

CAPITULO 2 LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE E ORGÃOS REGULADORES

2.1 ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL

Com a crescente evolução industrial mundial, o Brasil viu-se necessitado de um regramento jurídico atualizado para a “nova era” e usando bases norte americanas criou em 2011 a lei número 12.529, esta que reformulou a antiga lei 8.884/94 e com isso, os operadores da área do direito da concorrência passaram amplamente a utilizar o termo SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) em referência aos três órgãos SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda), SDE (Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça) e o CADE, estes que desempenham papéis relevantes na legislação da defesa de concorrência.

Porém, mesmo com a nova legislação regulamentando as diretrizes da livre concorrência, é de entendimento que a mesma não pode ser aplicada de maneira isolada, “mas sim articula-lo com os demais princípios indicados nesse próprio dispositivo e, em última análise, no título da ordem econômica da Constituição Federal” como descreve Bagnoli (2012, p. 4).

Isto significa que mesmo a aplicação da lei 12.529/2011, a livre concorrência não é absoluta, mas relativa devendo ser articulada com os demais princípios previstos nesta própria Lei e no título da ordem econômica, explica o mesmo autor.

A nova legislação poderia acompanhar a evolução regrado aspectos antes inexistentes ou pouco citados, e com um novo caráter administrativo, tendo aplicabilidade em três sistemas jurídicos: administrativo, penal e civil, sendo subdivido em público e privado, como explica Gouvêa (2017, p. 6):

Entre estes atos, estão incluídas condutas individuais e concertadas, horizontais e verticais, tentadas e consumadas, de monopólio e cartel, práticas predatórias, venda casada, recusa de contratar, exclusividade, fixação de preço de revenda, discriminação e diferenciação de preços, entre outras.

A aplicabilidade da nova legislação engloba a regularização das empresas em todo território nacional, regrado, também, as empresas estrangeiras que operem ou tenham no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante, dando

diretrizes legais para sua operação, com a aplicabilidade Penal tendo sujeito ativo o Ministério Público.

Neste sentido ao interpretar os artigos 69 a 83, Bagnoli (2012, p. 7) entende que:

Ao interpretar esse dispositivo da Lei 12.529/2011, o CADE entendeu que a regra lhe dá competência para investigar atos praticados no exterior por pessoas físicas e jurídicas estrangeiras e impor multas e outras penalidades a estas pessoas, desde que fique comprovado que tais atos produziram ou possam ter produzido efeitos no Brasil.

No Brasil, costuma-se dizer que a lei antitruste protege a concorrência, e não o concorrente. Isso significa que é a coletividade, e não um indivíduo ou determinado(s) grupo(s) de indivíduos, o verdadeiro titular dos direitos protegidos (BAGNOLI, 2012, p. 6).

E realmente esse é o objetivo, afinal o protegido aqui é o consumidor, o titular do direito de qualquer dano à livre concorrência, como mostra a classificação abaixo.

No plano da teoria do direito e dos direitos fundamentais, ao se analisar a estrutura das normas jurídicas, identifica-se a existência de diversas espécies de direitos e interesses, que de uma maneira muito simplificada, podem ser divididas em: (i) direitos tipicamente individuais, (ii) direitos sociais e econômicos, e, ainda, (iii) direitos de solidariedade. Sob o ponto de vista dos interesses protegidos, pode-se ainda segmentá-los em: (i) interesses individuais; e (ii) interesses coletivos. (ALMEIDA, 2009, p. 49-57 apud BAGNOLI, 2012, p. 6)

A intenção do legislador foi elencar as condutas que podem ser consideradas como contrárias à ordem econômica, explica Bagnoli (2012, p. 119). E isso fica bem visível no art. 36 da mesma.

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.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

A legislação prevê a garantia da livre concorrência, punindo atitudes como “dominação de mercados, eliminação da concorrência, aumento arbitrário dos lucros” esses que são puníveis também pela legislação §4º do art. 173 da CF de 1988.⁹

É visto que o §1º é claro ao explicar que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado em eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza ilícito, explica Bagnoli (2012, p. 120).

Portanto, a evolução natural garantida através da dominação de mercado não caracteriza ilícito, “Aliás, a busca incessante por conquistar maior parcela de mercado é o próprio motor do processo competitivo, devendo ser valorizada e não coibida pela autoridade concorrencial”, expõe Neto (2015, p. 137).

No art. 2º da mesma, vemos que a posição dominante é caracterizada pelo controle de 20% (vinte por cento) ou mais do mercado, sendo assim:

Abuso de posição dominante na Lei 8884/1994, no § 3o, art. 203, ainda, adicionasse à redação a presunção de posição dominante a capacidade de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado, o que não existia no artigo anterior, seguindo critérios que variam em legislações de outros países. (BAGNOLI, op. cit, p.120-125).

Tabela 1 Comparação entre a lei antiga e a atual

Art. 20 da Lei 8.884/1994	Art. 36 da Lei 12.529/2011
<p>§ 2o Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.</p> <p>§ 3o A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. (Redação dada pela Lei 9.069, de 29.6.95)</p>	<p>§ 2o Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.</p>

Fonte: BAGNOLI, 2012, p. 125.

⁹ Art.173 [...] § 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”

2.2 ÓRGÃOS REGULADORES DE CONCORRÊNCIA

Com a fusão dos órgãos e a criação do SBDC, o CADE recebeu muitas funções e poderes, sendo alvo de duras críticas, principalmente por amalgamar¹⁰, pois dentro do mesmo órgão há funções inquisitórias e judicantes.

Mas mesmo com as críticas o CADE, criado pela lei nº 4.137/1962 e transformado em uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça com sede no Distrito Federal pela lei 8.884/1994 com natureza meramente administrativa, foi reformulado e possui como objetivo: orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos do poder econômico, atuando na prevenção e na repressão do mesmo.

Os principais órgãos do CADE são o Tribunal Administrativo (TADE), este sendo composto por um presidente e seis conselheiros, todos com mandatos de quatro anos, vedada a recondução. Entre as principais atribuições do Tribunal Administrativo, destacam-se:

- a) Zelar pela observância da Lei nº 12.529, de 2011, de seu regulamento e do Regimento Interno;
- b) Decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;
- c) Decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;
- d) Ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;
- e) Aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento;
- f) Apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo conselheiro-relator ou pela Superintendência-Geral; g) Intimar os interessados de suas decisões;
- h) Requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento da Lei nº 12.529, de 2011;
- i) Apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma da Lei nº 12.529, de 2011, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração;
- j) Determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões;
- k) Requerer à Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE a adoção de providências administrativas e judiciais;
- l) Instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica
- m) Elaborar e aprovar o regimento interno do CADE, dispendo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos;

¹⁰ Fazer ou sofrer mistura, combinação, fusão; misturar(-se), reunir(-se), juntar(-se).

- n) Exercer outras atribuições previstas na Lei nº 12.529 de 2011 e no Regimento Interno.¹¹

Sendo assim, o TADE tem como objetivo julgar as acusações de infração a economia nacional, devendo seu responsável ter grande saber jurídico ou econômico, por ser o órgão aplicador das penalidades e fiscalizador dos demais órgãos. Também é peça principal na realização de acordos e cumprimento dos mesmos, que garantem o total cumprimento da legislação atual.

Outro componente do CADE é a superintendência-geral, esta que foi criada com a nova organização do SBDC sendo uma autarquia responsável por “concentrar todo o trabalho de investigação de condutas anticompetitivas, bem como de instrução de atos de concentração econômica, atribuições anteriormente executadas pela SDE e pela SEAE” conforme Bagnoli (2012, p. 18), sendo também responsável pela instauração e acompanhamento dos processos que posteriormente irão ser julgados pelo TADE e nela estão atribuídos os deveres de: zelar pelo cumprimento da Lei nº 12.529, de 2011, monitorando e acompanhando as práticas de mercado; acompanhar as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica; promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, entre outras.

E por último, tem-se o Departamento de Estudos Econômicos, este que tem como objetivo a prevenção (análise dos atos de concentração, fusão, incorporação, cisão e associação entre agentes econômicos, ou seja, impor obrigações de fazer ou não, determinar alienações e alteração nos contratos dos agentes), a repressão (análise de condutas da concorrência, gestão anticoncorrenciais, ou seja, reprimir práticas infrativas à ordem econômica, tais como cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, dentre outras) e educativo (papel pedagógico, com palestras, cursos, seminários),²⁹ das estruturas empresarias a fim de regulamentar as normas propostas pela legislação vigente. O departamento é formado por um plenário composto por um presidente e seis conselheiros seguindo o mesmo padrão do TADE, indicado pelo presidente.

¹¹ BRASIL, 2021. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/ptbr/aceso-a-informacao/institucional/competencias/tribunal-administrativo-de-defesa-economica>.

O CADE na sua totalidade como autarquia federal tem como objetivo a fiscalização, repressão, prevenção e educação como visto acima, a fim de garantir a livre concorrência comercial e econômica nacional a fim de garantir que condutas anticompetitivas não venham a ser realizadas causando um desbalanceamento competitivo seguindo os regramentos de “infrações a livre concorrência” expostos no artigo 36 da lei de Defesa da Concorrência, e suas penas na lei 37 e seguintes do mesmo código.

Deste modo o CADE funciona de maneira independente e descentralizada, tendo agora, a estrutura de um Tribunal Administrativo “tendo pleno controle de seus atos e maior autonomia nas suas decisões” comenta Bagnoli (2012, p. 16-17).

2.3 CONCORRÊNCIA DESLEAL NA ATUALIDADE

Seguir as regras traz um bom relacionamento a todos, porém, o ser humano tem tendência natural a quebrar regras para alcançar seus objetivos, sejam de origem política, financeira e até emocional.

Conforme a doutrina, a concorrência desleal tem critérios para ser sua definição:

Cinco são os requisitos ou pressupostos para a identificação da existência da concorrência desleal: 1) desnecessidade de dolo ou fraude, bastando a culpa do agente; 2) desnecessidade de verificação de dano em concreto; 3) necessidade de existência de colisão de interesses, consubstanciada na identidade de negócio e no posicionamento em um mesmo âmbito territorial; 4) necessidade de existência de clientela, mesmo em potencial, que se quer, indevidamente, captar, e 5) ato ou procedimento suscetível de repressão. (SILVA, 2013, p. 54)

É de tamanha importância a inibição da concorrência desleal no mundo empresarial que o legislador adotou como regra a proibição d’aquela que alienou seu estabelecimento de construir negócio semelhante pelo período de cinco anos, a chamada “quarentena”, prevista no art. 1.147 do Código Civil, explica o mesmo autor.

E com toda essa regulamentação o bem protegido é o direito de poder crescer obtendo toda a garantia de que todos são iguais, mas, como nem tudo são flores, as vezes a “paridade de armas” fica desproporcional e a desigualdade se dá início.

Pinto Antunes adota a técnica jurídica de Savatier¹², definindo como concorrência ilícita a ocorrência de violação, pelo concorrente, de um dever legal determinado – contratual ou legal. Ao passo que a concorrência desleal seria uma infração a um dever moral – abstenção de atos contra as práticas honestas na indústria e no

¹² É um liberal acadêmico católico francês que marcou a lei do século XX.

comércio – não observado pelo concorrente. (PINTO, A. apud SILVA, 2013, p. 48).

Já Duval (1976, p. 224) afirma que foi escolha do legislador definir como crime somente alguns atos de concorrência desleal, fazendo um rol taxativamente, deixando os demais “atos de concorrência desleal” sem cominação de pena; logo, limitados somente como ilícito civil.

Para Noronha (1977, p. 216), o empresário, na concorrência desleal, está autorizado pela lei a exercer sua atividade empresarial, porém o faz lesando o direito de terceiros, logo abusando de um direito. E Silva (2013, p. 49) sintetiza da seguinte forma “concorrência ilícita e a concorrência desleal referem-se a atos que prejudicam o competidor em suas relações com o mercado.”

Um aspecto importante é a questão histórica e monetária, esses são elementos fundamentais que quebram uma concorrência legal, como também o grande acesso de informações obtidas por uma empresa para assim definir quais produtos, serviços, formas, etc., os clientes mais procuram, oferecendo sempre o mais vantajoso pra si e expondo sua marca e com o aceso fácil de informações e o grande crescimento negócios digitais, o chamado “marketing”; o controle de concorrência tem sido aprimorado e direcionado a solo antes inexistente.

A internet como grande revolução do século passado trouxe grandes oportunidades de empreender e com isso atingir níveis empresariais gigantescos, e seu caráter “sem lei” e “sem limites” pode apresentar um risco jurídico devido à falta de legislação penitente, afinal, um produto que é fabricado em Assis/SP pode ter destinos bem distantes e afetar a produção/venda de empresas na região destinatária do produto, porém, é importante ressaltar que concorrência ilegal é diferente de uma concorrência incomoda, que “observa que o homem tem a tendência inata para considerar como concorrência desleal aquilo que muitas vezes não passa de uma concorrência incomoda” (SILVA, 2013, p. 47), fazendo parecer que aquela atitude é ilícita quando está tudo dentro das diretrizes estabelecidas.

Um exemplo de concorrência desleal é o chamado “Brushing” que funciona da seguinte maneira: um vendedor toma posse, indevidamente, de dados pessoais na internet e os utiliza para criar uma conta falsa em algum site de e-commerce, em nome da vítima. Em seguida, efetua a compra de um determinado produto de sua loja virtual e despacha a “encomenda”. Quando a “mercadoria” chega na residência do “cliente”, o vendedor deixa um comentário positivo no site. E quanto mais avaliações positivas, melhor o ranking dessa loja virtual no site de e-commerce. Esse golpe configura concorrência desleal, pois há

utilização de método desonesto para desvio de clientela alheia (art.195, III, lei 9.279/96). Como ocorre nos ilícitos dessa natureza, o ato fraudulento não se revela facilmente, o que dificulta a sua comprovação. (MIGALHAS, 2021)

Outro exemplo é a utilização do nome de empresa concorrente como palavra-chave em ferramenta de busca na internet, com o objetivo de desviar-lhe a clientela, caracteriza concorrência desleal e enseja a responsabilização do autor da conduta pelos danos dela decorrentes. Um hospital especializado em oftalmologia interpôs apelação contra sentença que julgou improcedente o pedido de condenação de clínica concorrente e de provedor de buscas na internet por concorrência desleal. Sustentou que a primeira ré utilizava o nome do hospital como parâmetro de pesquisa, por meio do serviço de anúncios publicitários prestados pela segunda ré, empresa reconhecida por sua plataforma de buscas online com palavras-chaves. Ao analisar o recurso, os Desembargadores esclareceram que os usuários que procuravam por atendimento oftalmológico em Brasília, com os parâmetros que deveriam conduzir o resultado das pesquisas para o hospital apelante, recebiam informações direcionadas ao endereço eletrônico e ao telefone da primeira ré, que se valeu da notoriedade do hospital apelante para se colocar em posição de destaque nas pesquisas realizadas no buscador. Acrescentaram que tal mecanismo propiciou o posicionamento estratégico da propaganda no topo da página de pesquisa, promovendo grande visibilidade e aumento de receita para a primeira ré.

Contudo, existem empresas que são associadas com alguma palavra, na qual se tem a ideia de uma ilegalidade, porém o nome da marca é maior que o sentido da palavra; é o caso do Google, que é facilmente associado a “pesquisa” e termos como “Dá um google” são compreendidos como tal. Isso gera um problema grande a outras ferramentas de pesquisas e mesmo que não se caracterize como concorrência ilegal é de difícil resolução por parte do poder executivo gerando a maior operação litigiosa antitruste, pelo fato do buscado vir como padrão em todos os dispositivos móveis causando uma “venda casada” entre as fabricantes e o Google, incluindo até as empresas que são concorrentes do Android. “Isso se dá ao fato de que a gigante possui 86% do mercado de publicidade mundial, impossibilitando uma paridade de armas com as concorrentes” explica Tomé (2019).

O Google tem essa “fatia” do mercado de visto a sua competência também, que “nada mais é que a maior ou menor penetração de mercado e a longevidade do negócio” (SILVA,

2013, p. 46), ou seja, o quanto seu nome será reconhecido dentro da sociedade atendendo a necessidade dos consumidores, e é claro que todo esse processo deve ser fiscalizado.

CAPITULO 3 ABUSOS E CONDUTAS E SEUS RESULTADOS

3.1 POSIÇÃO DOMINANTE: ABUSO E CONDUTAS

Muitas empresas por serem superiores economicamente, usam da sua influência e poder econômico para afetar o equilíbrio concorrencial, segundo Neto (2015, p. 135).

Em mercados com elevada concentração, um agente econômico, isoladamente, ou um pequeno conjunto de agentes econômicos, consegue influenciar os preços e quantidades de equilíbrio. Esse agente (ou grupo de agentes) possui “poder de mercado” (Market Power) e consegue agir com certa indiferença a seus concorrentes, cobrando preços acima dos níveis que seriam praticados num mercado competitivo.

Para conseguir distorcer unilateralmente a concorrência, uma empresa precisa ter um recurso monetário e uma parcela do mercado relativamente alta, porém, a presunção *iuris tantum*, que pode ser afastada pelo próprio CADE, caso entenda que, apesar da participação de mercado elevada, a empresa não tem capacidade de alterar unilateralmente as condições de competição (NETO, 2015, p. 78), reconhecendo que a participação de mercado é alta, mas não o suficiente para poder desequilibrar ou definir posição dominante.

Outro aspecto que deve ser levado em conta é o tipo de serviço ou produto prestado ao consumidor, se este for de pequena concorrência o impacto sobre as diretrizes será menor, é fundamental analisar a estrutura do mercado que a prestadora de serviço está atuando. Por exemplo, mercados com baixas barreiras à entrada, elevado poder de compra dos clientes e/ou elevada rivalidade entre poucos agentes econômicos tende a dificultar a criação e o exercício de posição dominante, sendo assim, mesmo empresas que possuem mais de 20% de participação do mercado dificilmente conseguiriam afetar unilateralmente a competição explica Neto (2015, p. 79). Porém, algumas firmas dominantes são capazes de implementar condutas que não dizem respeito diretamente a preços, mas que podem restringir a capacidade competitiva de rivais e/ou impedir a entrada de novos competidores, é o caso de “acordos de exclusividade” explica o mesmo autor (NETO, op. cit, p. 138)

Um caso interessante é o Processo Administrativo 08012.008024/1998-49 envolvendo a TBA Informática Ltda. e Microsoft Informática Ltda, julgado em 25 de agosto de 2004, em que se investigou supostos acordos de exclusividade firmados entre as empresas. De acordo com a investigação, esses acordos garantiriam à TBA Informática

Ltda, o monopólio na venda de produtos da plataforma Microsoft ao governo federal, prática que foi caracterizada como infração à ordem econômica¹³.

Fez-se uma análise estrutural do mercado, entendendo haver alta concentração e elevadas barreiras à entrada, com abuso de posição dominante e restrição vertical de caráter anticoncorrencial, infringindo os incisos I (“limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”) e IV (“exercer de forma abusiva posição dominante”) do art. 20, presentes nos incisos I e IV do atual art. 36.¹⁴ Assim, as empresas foram condenadas por maioria por infração à ordem econômica e punidas com multa¹⁵.

De acordo com o CADE, a concessão de exclusividade à TBA não era justificada pelo argumento de concorrência por inovação. O serviço prestado pela TBA era de distribuição e assistência técnica, que poderia ser igualmente prestado por várias empresas no Brasil. Assim, de acordo com a decisão do CADE, a maior concorrência entre distribuidoras poderia permitir redução de margens e melhoria de serviço de distribuição. (BAGNOLI, 2012, p. 121)¹⁶

O CADE tem cumprido seu papel de fiscalização e baseando nas decisões de outros países, ele vem investigando a gigante Google por práticas anticompetitivas, como mostra as informações abaixo:

O inquérito mais antigo em andamento foi aberto em 2016, quando o site de avaliações Yelp encaminhou uma denúncia sobre a gigante das buscas. O concorrente afirma que ao exibir resenhas, endereços e números de telefone de estabelecimentos no topo da página de resultados, o Google prejudica outros sites que apresentam esse tipo de informação. Já em 2019, o órgão passou a investigar também a atuação do Google no mercado de notícias. O objetivo do processo é apurar a legalidade da prática de copiar parte do conteúdo de sites jornalísticos e exibi-lo como resposta às buscas de usuários. O argumento do conselho é que isso poderia desencorajar o acesso ao texto completo e, por consequência, afetar o faturamento dos sites. O terceiro processo, aberto também em 2019, foi inspirado pela decisão da União Europeia de multar a Big Tech por forçar fabricantes de aparelhos Android a instalarem aplicativos da empresa em seus dispositivos. Desde então, o CADE examina se o Google comete crime por adotar a mesma prática no Brasil.

¹³ Nota técnica da SDE/MJ referente ao Processo Administrativo 08012.008024/1998-49, item I, p. 01, assinada em 19 de julho de 2002. (CONJUR, 2002).

¹⁴ A decisão da Microsoft de credenciar apenas uma empresa nesse mercado também foi tipificada no art. 21, inciso IV, da Lei 8.884/1994.

¹⁵ Nos termos do voto do Conselheiro-Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, em sessão de 25 de agosto de 2004. A Microsoft foi multada em 10% de seu faturamento proveniente do licenciamento de produtos da Microsoft ao governo federal brasileiro, enquanto a TBA foi multada em 7% de seu faturamento em relação a produtos e serviços informáticos associados da Microsoft.

¹⁶ Nos termos do voto do Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, em 25 de agosto de 2004.

Engana-se quem imagina que apenas há prática ilegal nas grandes empresas, as vezes pequenas atitudes já são atos ilegais e se vê isso no nosso cotidiano, sem perceber, como por exemplo:

3.1.1 CONFUSÃO ENTRE PRODUTOS OU ESTABELECIMENTO

Essa é a forma mais comum de concorrência desleal. Nesta prática há, muitas vezes, uma espécie de plágio, no qual a empresa desleal utiliza um nome ou uma marca parecida. A imitação pode conter uma semelhança ortográfica e/ou fonética e/ou visual.

O foco nesse caso é confundir intencionalmente o cliente. Este, que embora pense em determinado produto ou estabelecimento já conhecido e identificado por uma marca, acaba por comprar outro produto ou ir a outro lugar semelhante. A ideia é induzir o consumidor ao erro.

3.1.2 DENIGRAÇÃO DO CONCORRENTE

Denegrir a marca do concorrente é outro exemplo de concorrência desleal. A depreciação dos produtos, bens ou serviços do empresário rival tem por objetivo prejudicar o negócio dele. Na era digital fica ainda mais fácil para os empresários desonestos praticarem esse tipo de concorrência. A internet facilita a divulgação de informações que possam denegrir um concorrente, principalmente se forem usadas as redes sociais. Nelas facilmente as informações são vistas, compartilhadas e até viralizadas. Desta forma, a imagem de uma empresa pode sofrer danos graves e até mesmo irreparáveis.

3.1.3 CONCORRÊNCIA PARASITÁRIA

A concorrência parasitária é uma modalidade de concorrência desleal menos agressiva, porém muito perigosa porque se instala de forma quase despercebida. Nessa prática, o concorrente desleal, o parasita, obtém a clientela sem nenhum esforço, apenas se aproveita do sucesso de alguém.

A conduta do parasita consiste em esperar que outro empresário lance seu produto para posteriormente copiar, sem ter que gastar com pesquisas, testes e publicidade, já que todo este trabalho foi feito por quem está sendo parasitado.

Em seguida, o parasita lança um produto similar com preço mais baixo no mercado. E, apesar do produto ser de qualidade inferior, passa a captar passivamente a clientela da empresa parasitada.

3.2 CONDUtas VERTICAIS CLÁSSICAS

As práticas anticoncorrenciais mais comuns, são classificadas como “condutas verticais clássicas”, essas que apresentam um potencial efeito negativo já consolidado. Dentre essas condutas, vale destacar as seguintes, por sua recorrência: exclusividade; venda casada e manutenção de preço de revenda. Além dessas, existem diversas outras variações de condutas verticais, mas todas elas seguem razoavelmente as mesmas etapas de análise, explica o Neto (2015, p. 143).

3.2.1 EXCLUSIVIDADE

O mercado digital trouxe a exclusividade como um grande problema para a concorrência, e a pandemia gerada pelo coronavírus elevou o uso de aplicativos digitais, como nunca antes visto, mas é simples o motivo é a facilidade, a rapidez e o distanciamento gerado pelo uso do mesmo, gerando segurança e comodidade ao usuários que antes tinham que ir até o local para comprar seus produtos, mas como fica o regramento criado em 2011, quando a utilização de celulares e computadores era limitada a pequenos grupos e sites? Bom, cabe ao CADE ir se adequando aos desenvolvimentos digitais e ir tentando barrar formas de atingir a boa concorrência, podemos conferir um exemplo abaixo:

No dia 10 de março, a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) impôs medida preventiva contra o aplicativo de delivery iFood: a empresa não poderá celebrar novos contratos que contenham cláusula de exclusividade, nem alterar contratos já celebrados nessa esfera até a decisão final do caso. A decisão do órgão demonstra que, de fato, existem particularidades nos mercados de plataformas digitais que precisam ser analisadas de forma cautelosa e, sobretudo, que condutas unilaterais estão recebendo maior atenção por parte da autoridade concorrencial brasileira. A investigação se iniciou após representação da Rappi, uma das concorrentes do iFood, a qual alegou que a concorrente é a maior *foodtech* da América Latina e se valeu de sua “incontestável posição dominante no Brasil” para praticar, de forma reiterada, condutas anticompetitivas que incluíram a discriminação dos restaurantes parceiros por meio da celebração de acordos de exclusividade e imposição de condições comerciais diferenciadas (*i.e.* mecanismos para excluir ou dificultar o desenvolvimento de potenciais *players* ou de *players* já estabelecidos, que é o caso da Rappi).

A Rappi também elencou como principais estratégias supostamente anticompetitivas do iFood a imposição de acordos de exclusividade a restaurantes-chave; e uma série de aquisições de concorrentes menores pelo iFood. A respeito do segundo ponto, a Rappi destacou que o CADE já havia reconhecido

durante a análise de outros atos de concentração envolvendo o iFood que o mercado de pedido online se tratava de um mercado concentrado e que havia preocupações concorrenciais a serem observadas, que seriam justamente as aquisições de concorrentes menores pelo iFood e os contratos de exclusividade impostos aos parceiros.

Por fim, a Rappi solicitou a concessão de medida preventiva a fim de determinar a suspensão imediata das obrigações de exclusividade entre iFood e restaurantes parceiros e que o iFood se abstenha de adotar qualquer tratamento discriminatório com restaurantes parceiros.

Porém, acordos de exclusividade são bastante comuns em alguns mercados e fazem parte de uma estratégia saudável explica Neto (2015, p. 144), mesmo que parecendo contraditório, o fato é que a análise dos efeitos líquidos da prática sobre a dinâmica competitiva e sobre o bem-estar do consumidor. Essa abordagem de comparação dos efeitos negativos e positivos da conduta de exclusividade para verificar os seus efeitos líquidos vem sendo adotada expressamente pelo CADE.

O problema da exclusividade é gerado pelos fatores descritos acima nesse trabalho, a influência e a quantidade monetária ditam as regras delimitando o espaço aos concorrentes menos “famosos”, o fato é que a legislação atual está preparada em partes pra evitar esse problema, a “digitalização” avança mais rápido que a adequação, causando uma quebra de equilíbrio entre os dois. O CADE tem sido uma ótima ferramenta para fiscalizar, porém é preciso que seja criado novas regras para lidar com problemas da atualidade como é feito em países mais desenvolvidos, por exemplo. Tudo depende de qual nível está a exclusividade explica o mesmo autor, definindo as seguintes regras:

Se a análise determinar que o nível de fechamento de mercado é suficientemente baixo para não gerar distorções à competição, ou que as características da relação de exclusividade (e.g., prazo curto, inexistência de obrigação de renovação) levam a razoável flexibilidade de acesso dos rivais ao segmento de mercado vinculado à exclusividade, a investigação pode ser encerrada sem condenação. Se o nível de fechamento for considerado relevante, passa-se então a avaliar potenciais eficiências compensatórias associadas à prática investigada. no passado, o CADE reconheceu diversas eficiências, tais como a proteção contra o efeito carona (free riding), a viabilização de novos investimentos e a potencial redução de custos decorrente do arranjo de exclusividade. (NETO, op cit., p. 145-146)

O CADE só poderá ponderar melhor essa situação de acordo com as frequências de casos julgados, criando assim uma jurisprudência mais clara, com desenvolvimento nos moldes atuais afim de reduzir a variabilidade do conflito por falta de atualização legislativa.

3.2.2 VENDA CASADA

Outro exemplo clássico de inflação a concorrência saudável é a conduta de venda casada definida na Lei n. 12.529/2011 como o ato de “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem” (art. 36, § 3o, XVIII), explica Neto (2015, p. 146). Trata-se, portanto, da prática que atrela a venda de bens e serviços distintos, que forçam o consumidor a ter sua compra atrelada a outro item.

A estrutura da análise da venda casada segue a mesma de outras inflações verticais, buscando a ponderação entre os efeitos positivos e negativos.

[...] a venda casada demanda a análise de alguns requisitos para a devida caracterização: a existência de dois produtos e/ou serviços separados; existência de algum elemento de coerção; existência de posição dominante no mercado principal ou condicionante; caracterização dos efeitos anticompetitivos, seja no mercado secundário/condicionado ou no mercado principal.¹⁷

A venda casada é de difícil análise, pois, as vezes, os produtos possuem múltiplas partes, tornando complicado averiguar se estamos diante de um único produto ou partes de dois ou mais produtos distintos. Geralmente, as autoridades respondem a essa pergunta com dados sobre a demanda por cada um dos produtos sob análise explica Neto (2015, p. 147). Porém, como dito acima a análise é complicada e demorada, mas, quando se percebe a existência de demanda direta e específica para cada um dos produtos, considera-se haver produtos distintos. Ao contrário, quando há a demanda apenas para o produto integrado, assume-se que não existem produtos separados, explica o mesmo.

Ao provar que existem dois produtos distintos e que o consumidor é obrigado a adquirir o segundo conjuntamente, é avaliado se o primeiro produto possui posição dominante, caso o segundo seja o dominante, haverá efeitos negativos sobre a concorrência, caso haja posição dominante do primeiro e principal, o consumidor terá alternativas de adquirir os produtos separadamente, diz o autor citado acima.

Finalmente, se demonstrada a posição dominante no produto principal, serão avaliados os efeitos no mercado secundário (produto condicionado) ou no próprio mercado primário (produto condicionante). No mercado secundário, uma questão

¹⁷ Averiguação Preliminar n. 08700.005025/2007-07, Representante: Tribunal de Contas da União – TCU, Representada: Aceco TI Ltda. (Aceco Produtos para Escritório e Informática Ltda.), Cons. Relator: Ricardo Machado Ruiz, 24-6-2010, Voto do Conselheiro Relator, p. 12.

central é entender até que ponto a venda casada está prejudicando a competição pelo mérito do produto secundário. na medida em que o consumidor seja privado de escolher o melhor produto em virtude da coerção para aquisição do “pacote”, haverá um prejuízo à competição. Já no mercado primário, a venda casada pode causar uma elevação de barreira à entrada (i.e., um entrante teria que produzir os dois produtos para competir com a firma dominante), contribuindo para a manutenção da posição dominante da empresa investigada. (NETO, 2015, p. 148).

Diante de todo o exposto, fica claro que a legislação precisa se adaptar ainda mais aos dias atuais e as crescentes formas que as empresas realizam seus seguimentos, para que assim, possam fiscalizar em todas as plataformas disponíveis e garantir a livre concorrência de forma justa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto neste trabalho, chega-se à conclusão de que a evolução é parte fundamental para o desenvolvimento de um país, e não é viável limitar esse crescimento, mas sim produzir regras para garantir que todos os que desejam ter uma empresa ou negócio, possam concorrer com as empresas já consolidadas de forma justa.

Discorreu-se sobre a história da forma de trabalho e como chegou-se ao modelo atual, apresentando os problemas antitrustes atuais e fazendo uma projeção sobre problemas do futuro.

A fiscalização feita pelo CADE vem apresentando bons frutos, porém, ainda pode melhorar seguindo o exemplo de fiscalizadores internacionais devido ao maior número de jurisprudências internacionais.

A intenção deste trabalho não é questionar ou desaprovar a legislação atual, mas sim demonstrar que com o avanço tecnológico, principalmente por conta da pandemia global vivida neste momento, é preciso que a legislação se adapte e tenha novas visões e novas formas de fiscalização, para não deixar que a frase “terra sem lei” não venha a ser dita ao utilizar as facilidades da internet.

Portanto, a definição deste trabalho resume-se em uma palavra “EVOLUÇÃO”, pois este é o principal aspecto apresentado, sendo a evolução constante e necessária no mundo atual e não se pode limitá-la, afinal quanto mais adaptação e evolução, mais igualdade para todos.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Marcos. **É possível ser feliz no trabalho. 2013.** Disponível em: <https://www.trabalhismoemdebate.com.br/2013/07/16/e-possivel-ser-feliz-no-trabalho/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

ANTUNES, J. P. **Da concorrência desleal na legislação brasileira**, p. 65.

BAGNOLI, Vicente. **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência.** São Paulo: Grupo GEN, 2012.

BRASIL, 1988. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL, 2011. **LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm.

BRASIL, 2021. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-ainformacao/institucional/competencias/superintendencia-geral>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-ainformacao/institucional/competencias/tribunaladministrativo-de-defesa-economica>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 02 jul. 2021.

CAVALCANTI, C. A. **Como surgiram as empresas?** Rede Gestão, 2007. Disponível em: <http://www1.redegestao.com.br/cms/opencms/desafio21/artigos/gestao/planejamento/0022.html#:~:text=Para%20muita%20gente%2C%20as%20empresas%20teriam%20surgido%20com%20o%20Capitalismo%20Moderno.&text=Para%20muita%20gente%20%E2%80%94%20com%20bom,chamada%20acumula%C3%A7%C3%A3o%20inicial%20de%20capital>. Acesso em: 27 mar. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2021. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Conselho_Administrativo_de_Defesa_Econ%C3%B4mica&oldid=61370894. Acesso em: 02 jul. 2021.

Consultor Jurídico, 22 de julho de 2002. **Microsoft e TBA podem ser condenadas por infração à ordem econômica.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2002-jul22/sde_condenacao_infracao_ordem_economica. Acesso em: 02 jul. 2021.

DALLA COSTA, Armando. **História e historiografia empresarial: acesso e utilização de arquivos e fontes.** Disponível em: <http://www.empresas.ufpr.br/historia.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

DUVAL, Hermano. **Concorrência desleal.** São Paulo: Saraiva, 1976, p. 1.

FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do Antitruste.** 2. Ed. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 119.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência.** 1º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado da propriedade industrial.** v. II, t. II, parte III, p. 374.

GONÇALVES, R. **Feudalismo.** Mundo Educação, 2007. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/feudalismo.html>. Acesso em: 27 mar. 2021.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil.** Revista Defesa da Concorrência. Vol. 05. Brasília: CADE. Maio 2017. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/294>. Acesso em: 27 mar. 2021.

GUZZO, F. C. R. **O paradoxo da defesa do consumidor como finalidade das políticas de concorrência no Brasil II – égide dos decretos- LEI N. 869/1938 E 7.666/1945.** Disponível em: https://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano2_vol2_2013_artigo5.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

HESÍODO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2021. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Hes%C3%ADodo&oldid=60921647>. Acesso em: 15 abr. 2021.

International Competition Network. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

LISBOA, Camila. **Plataformas de entrega e cláusula de exclusividade: como deve ser a atuação do CADE?** Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/institucional/clausula-deexclusividade-cade/>. Acesso em: 27 jul. 2021.

MAGALHÃES, Agamemnon. **Abuso de poder econômico**, Revista Forense, n. 124, p. 604.

MEDEIROS, Davi. **Assim como os EUA, Brasil investiga Google por concorrência desleal**. Olhar Digital, 2020. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2020/10/22/pro/assim-comoos-eua-brasil-investiga-google-por-concorrenca-desleal/>. Acesso em: 02 jul. 2021.

Neto, C.M.D.S. P. **Col. Direito Econômico - Direito Concorrencial**. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

NORONHA, E. M. Verbete **Concorrência Desleal**, Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 17, 1977, p. 216.

POLANYI, Karl. **The great transformation: the political and economic origins of our time**. 2nd Beacon Paperback Edition. New York: Beacon Press, 2001. p. 156

Post-mortem. *In*: Priberam. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/post%20mortem>. Acesso em: 27 mar 2021

SANTOS, J. C. S. **Como e Quando Surgiram as Empresas? Quais Eram os Seus Principais Problemas Quem Foi o Primeiro Estudioso da Administração?** Brasil Escola, 2011. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/administracao/administracao-cientifica-um-brevehistorico.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021

SATO, P. K. **Concorrência desleal no ambiente digital – atualidades sobre provas**. Migalhas: 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/questao->

dedireito/338958/concorrenca-desleal-no-ambiente-digital---atualidades-sobre-provas
acesso 17 jul 2021. Acesso em: 02 jul. 2021.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile em droit français**, t. I, Paris: Librairie Générale, 1938.

SICSU, João; CASTELAR, Armando (organizadores). **Sociedade e economia: estratégias de crescimento e desenvolvimento**. Brasília: Ipea, 2009. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3225/1/Livro_SociedadeeEconomia.pdf. Acesso em: 27 mar. 2021

SILVA, A.L.C. D. **Concorrência desleal: atos de confusão**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Grupo GEN, 2020.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do trabalho**. (S.l.: s.n) pp v.1. p. 82.

TJ DF. **Concorrência desleal – uso do nome de empresa concorrente em ferramenta de busca na internet – danos material e moral**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2019/informativo-dejurisprudencia-n-393/concorrenca-desleal-2013-uso-do-nome-de-empresa-concorrenteem-ferramenta-de-busca-na-internet-2013-danos-material-e-moral-1>. Acesso em: 17 jul. de 2021.

TOME, João. **Google e facebook comem 86% do bolo da publicidade mundial. Qual impacto?** Disponível em: <https://insider.dn.pt/featured/google-e-facebook-bolopublicidade/16468/>. Acesso em: 02 jul. 2021.