

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
INSTITUTO DE ECONOMIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS, ESTRATÉGIAS E  
DESENVOLVIMENTO

**A ANÁLISE DA PERSPECTIVA PÚBLICA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL  
ATRAVÉS DAS DECISÕES DO CADE**

LUCAS BERNARDO ANTONIAZZI

Matrícula nº: 117068507

ORIENTADOR: Prof. Dr. Allan Rocha de Souza

RIO DE JANEIRO

2019

LUCAS BERNARDO ANTONIAZZI

**A ANÁLISE DA PERSPECTIVA PÚBLICA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL  
ATRAVÉS DAS DECISÕES DO CADE**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, do Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, na área de Inovação, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento.

ORIENTADOR: Prof. Dr. ALLAN ROCHA DE SOUZA

RIO DE JANEIRO

2019

## FICHA CATALOGRÁFICA

A635 Antoniazzi, Lucas Bernardo  
A análise da Perspectiva Pública da Concorrência desleal através das decisões do CADE / Lucas Bernardo Antoniazzi. – 2019.  
144 p. ; 31 cm.

Orientador: Allan Rocha de Souza  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, 2019.  
Bibliografia: f. 107 - 113.

1. Concorrência desleal. 2. Defesa da concorrência. 3. Antitruste. I. Souza, Allan Rocha de, orient. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Instituto de Economia. III. Título.

CDD 338.92

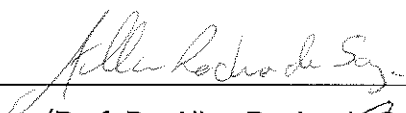
Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário: Lucas Augusto Alves Figueiredo  
CRB 7 – 6851 Biblioteca Eugênio Gudín/CCJE/UFRJ

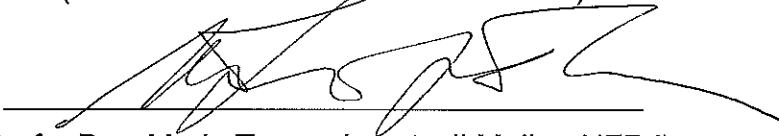
Lucas Bernardo Antoniazzi


**ANÁLISE DO INTERESSE PÚBLICO NA CONCORRÊNCIA DESLEAL À LUZ DA  
DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, na área de Inovação, Propriedade Intelectual e Desenvolvimento, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento.

Aprovada em

  
\_\_\_\_\_  
(Prof. Dr. Allan Rocha de Souza – UFRJ)

  
\_\_\_\_\_  
(Profa. Dra. Maria Tereza Leopardi Mello - UFRJ)

  
\_\_\_\_\_  
(Prof. Dr. Pedro Marcos Nunes Barbosa – PUC-RJ)

## **AGRADECIMENTOS**

À Ana, companheira de vida e de sonhos. Nenhum agradecimento ou dedicatória seria suficiente.

Ao Mario Henrique, fonte inesgotável de alegria, amor e aprendizado.

Ao meus pais, Iara e Idivar, por tudo.

Aos meus sogros, à família “Vaitsman Chorny-Antoniuzzi” e aos amigos, por entenderem as ausências e me apoiarem em todos os momentos.

Ao Allan, pela amizade, paciência e sensibilidade de entender as idiossincrasias e impontualidades de seu orientando.

Ao Pedro Marcos, cujos apoio, conselhos e amizade fizeram toda a diferença.

Ao Eduardo, meu mais novo “amigo de infância”, um presente que levo deste Mestrado.

Ao contribuinte, que custeou meus estudos. Espero que, de alguma forma, este humilde trabalho possa retribuir o investimento público.

Por fim, à música, fonte de inspiração, de alegria e de sanidade.

## RESUMO

Esta Dissertação de Mestrado investiga os interesses públicos no contexto da concorrência desleal, de perspectiva tradicionalmente privada, por meio da análise sobre a adequação de sua aplicação ao Direito Antitruste, indiretamente, à Constituição Federal. Considerando que tutela contra a concorrência desleal é aplicada pelo Poder Judiciário de forma casuística, difusa e com viés privatista, no qual parece remota a realização de qualquer integração entre o instituto e o interesse público, formulou-se a hipótese de que a regulação sobre a concorrência exercida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – como órgão de Defesa da Concorrência, que, em sua gênese, busca atender ao interesse público e é amparada pela política de defesa da concorrência – ao analisar casos que têm por objeto a concorrência desleal, faria a devida adequação da concorrência desleal ao interesse público. A partir desta hipótese foi realizada uma análise empírica de todas as decisões constantes no banco de dados do CADE que versaram sobre concorrência desleal. Os resultados apurados permitiram verificar parcialmente a hipótese, na medida em que, apesar de existir direta relação entre as duas perspectivas da concorrência, na prática, pouco se comunicam devido aos modelos jurídico e institucional atualmente adotados no país, fato revelado principalmente pelo baixo número de decisões proferidas pelo CADE sobre o tema. Como possíveis sugestões a este problema foram sugeridas estratégias de política pública alternativas, quais sejam, reformas legais em conjunto com reformas institucionais, ou a adoção, pelo Poder Judiciário, nos casos de repressão à concorrência desleal, do ferramental teórico e analítico do Direito Antitruste, com vistas a analisar os efeitos difusos decorrentes das decisões judiciais. Do mesmo modo, os resultados permitiram identificar elementos objetivos que podem contribuir para a análise dos efeitos difusos sobre atos de concorrência desleal, como o fato de um agente com poder de mercado, ao praticar um ato de concorrência desleal, também poder incorrer em infração à ordem econômica. Ademais, a constatação de que o abuso da repressão à concorrência desleal, por *sham litigation*, para proteger ativos intangíveis apresenta os mesmos impactos que o abuso de um direito de propriedade intelectual.

**Palavras-Chave:** Concorrência. Antitruste. Concorrência desleal.

## ABSTRACT

This Master's Dissertation investigates public interest affair in the context of unfair competition, usually studied from a traditionally private perspective, by analyzing the adequacy of its application to Antitrust Law and, indirectly, to the Federal Constitution. Considering that protection against unfair competition is applied by the judiciary in a case-by-case, diffuse and privatistic way, in which it seems remote to realize any integration between the institute and the public interest, it was hypothesized that the protection of competition exercised by the Brazilian Antitrust Authority (CADE) - as a competition defense body, which, in its genesis, seeks to serve the public interest and is supported by the antitrust policy - when analyzing cases that have as their object unfair competition, would do the appropriate adjustment of unfair competition to the public interest. From this hypothesis, it was made an empirical analysis of all decisions in the CADE database dealing with unfair competition. The results allowed to partially verify the hypothesis, since, although there is a direct relationship between the two perspectives of competition, in practice, they communicate little due to the legal and institutional models currently adopted in the country, a fact revealed mainly by the low number of decisions ruled by CADE on the subject. As possible suggestion to this problem, alternative public policy strategies were suggested, namely legal reforms in conjunction with institutional reforms, or the adoption by the Judiciary, in cases of repression of unfair competition, the theoretical and analytical tools of Antitrust Law, with the objective to analyze the diffuse effects of court decisions. Similarly, the results allowed to identify objective elements that may contribute to the analysis of the diffuse effects on acts of unfair competition, such as the fact that an agent with market power, when engaging in an act of unfair competition, may also infringe the economic order. Moreover, the finding that abuse of the refrain of unfair competition, by sham litigation, to protect intangible assets has the same impacts as abuse of an intellectual property right.

**Keywords:** Competition. Antitrust. Unfair competition.

## LISTA DE SIGLAS

ANFAPE	Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças
BA's	Boletins de Anormalidade
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CFC	Conselho Federal de Contabilidade
CUP	Convenção da União de Paris
DOJ	<i>Department of Justice</i>
FIAPs	Fabricantes Independentes de Autopeças
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
GVT	<i>Global Village Telecom</i>
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
INDECOPI	Instituto Nacional para a Defesa da Concorrência e a Proteção da Propriedade Intelectual -
ProCADE	Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SESVES	Sindicato das Empresas Segurança Privada, Segurança Eletrônica, Serviços de Escolta e Cursos de Formação do Estado de São Paulo
SG/CADE	Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica
SINDICOM	Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes
SDE	Secretaria de Direito Econômico
TCC	Termo de Compromisso de Cessação
UWG	<i>Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb</i>



## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 REVISÃO DE LITERATURA .....	16
2.1.1 A livre concorrência no capitalismo .....	16
2.1.2 A proteção jurídica à livre concorrência .....	17
2.2 Proteção da livre concorrência através do Direito Antitruste.....	20
2.2.1 Bases históricas da Política Brasileira de Defesa da Concorrência.....	20
2.2.1 Bases teóricas da Política Brasileira de Defesa da Concorrência .....	23
2.2.3 O poder de mercado e seu abuso como ilícito antitruste .....	28
2.2.4 Principais aspectos da Política Brasileira de Defesa da Concorrência.....	29
2.3 A proteção da livre concorrência através da repressão à concorrência desleal .....	33
2.3.1 O conceito de concorrência desleal.....	33
2.3.2 A concorrência desleal na legislação brasileira .....	36
2.3.3 A aproximação entre as funções da defesa da concorrência e da repressão à concorrência desleal sob uma perspectiva econômica .....	37
2.3.4 Diferenças entre a repressão à concorrência desleal e o Direito Antitruste .....	38
2.4 Concorrência Desleal e sua repressão como instrumento de restrição da Concorrência.....	40
2.5 Metodologia.....	45
2.5.1 Levantamento de literatura.....	46
2.5.2 Pergunta, objetivos e hipótese .....	46
2.5.3 Método e técnicas de pesquisa .....	47
2.5.4 Coleta de Dados .....	47
3 ANÁLISE EMPÍRICA DAS DECISÕES DO CADE .....	50
3.1 Decisões objeto de análise qualitativa .....	50
3.1.1 Decisões em que o CADE discutiu atos de concorrência desleal e possíveis efeitos difusos .....	55
3.1.2 Casos em que a repressão à concorrência desleal foi suscitada como argumento de defesa dos agentes econômicos acusados de praticar infração à ordem econômica .....	68
3.1.3 Decisões em que o CADE discutiu a prática de sham litigation associada à Propriedade Intelectual .....	70
4. RESULTADOS DA ANÁLISE.....	83
4.1 A baixa quantidade de decisões.....	86
4.2 Concorrência desleal e poder de mercado .....	88

4.3 Prática reiterada da conduta desleal .....	90
4.4 Concorrência desleal por ato de falsa alegação de exclusiva: o uso de ativos intangíveis sem proteção por tutela específica como forma de infração à ordem econômica .....	93
4.5 Potencialidade do dano.....	95
4.6 Insuficiente integração entre as dimensões público-privado da concorrência.....	98
4.7 Sugestões de alternativas de estratégias de políticas públicas .....	100
5 CONCLUSÃO.....	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	107
PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS.....	113
ANEXO I. CASOS ENCONTRADOS EM LEVANTAMENTO NO BANCO DE DADOS DO CADE .....	116
ANEXO II. TABELA COM RESUMO DOS CASOS ANALISADOS.....	117

## **LISTA DE GRÁFICOS**

Gráfico 1 Total de casos analizados .....	50
---	----

## 1 INTRODUÇÃO

A concorrência desleal é um instituto inserido no campo da Propriedade Intelectual, cuja função precípua consiste em reprimir atos de concorrência considerados desonestos ou que não sejam esperados dentro de um segmento mercadológico.<sup>1,2</sup>

Tradicionalmente, por tutelar um agente econômico contra o ato desleal praticado por concorrente, o instituto está inserido no âmbito privado do Direito e da concorrência. Em consequência, como ocorre com toda Propriedade Intelectual, verifica-se um viés altamente privatista no estudo da repressão à concorrência desleal.

Nesse sentido, Denis Borges Barbosa, citando outros doutrinadores tradicionais do Direito da Propriedade Industrial, como Cerqueira e José de Oliveira Ascensão, posiciona-se pela dicotomia entre o Direito público e privado da concorrência:

Assim, cumpre colocar bem claro: a Constituição tutela o consumidor, e assim o faz o sistema jurídico como um todo. No nosso sistema vigente, aliás, mantêm-se dois sistemas de direito privado coetâneos e pacificamente conviventes: o do Código de Defesa do Consumidor e o do Código Civil, em grande parte regulando relações jurídicas de mesma tessitura, mas de diferente contexto. Assim também a propriedade intelectual tem outros propósitos, outra ideologia, e propugnar que se destina, como corpo normativo e pragmática, a proteger o consumidor, é, por ser uma inverdade, uma lesão ao consumidor. (BARBOSA, Denis, 2010, p.485)

Ocorre que, apesar de se verificarem esforços especialmente nas áreas de patentes<sup>3,4,5</sup> e de direito autoral,<sup>6,7</sup> em busca da adequação ao movimento de constitucionalização do Direito privado, pelo qual o Brasil passou após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o mesmo não se verifica em relação à repressão à concorrência desleal, tanto no que diz respeito às discussões teóricas e doutrinárias, quanto na perspectiva da aplicação prática das regras.

Não obstante os prejuízos decorrentes do mero atraso no que concerne ao estudo da repressão à concorrência desleal em relação a outros ramos do Direito, este problema ganha destaque quando, em um mundo no qual a inovação se destaca cada vez mais como fonte principal de desenvolvimento econômico e social, a repressão à concorrência desleal assume

---

<sup>1</sup> “Assim, para os propósitos desta análise, a deslealdade concorrencial é o comportamento imprevisível do agente econômico, segundo o parâmetro das informações de acesso comum a todos agentes, excetuado o exercício normal da atrição concorrencial, e as mutações do contexto concorrencial resultantes da inovação” (BARBOSA, Denis, 2010, p. 477).

<sup>2</sup> CORIAT, 2011, p. 1-25.

<sup>3</sup> MELO & PAULO, 2012.

<sup>4</sup> BARBOSA, Denis, 2010.

<sup>5</sup> CARVALHO & THOMÉ, 2015.

<sup>6</sup> SOUZA, Allan, 2005.

<sup>7</sup> SOUZA, Carlos, 2013.

relevante papel de instrumento “coringa”, capaz de proteger ativos intangíveis e inovações que – seja por suas características intrínsecas, seja porque as fontes normativas sempre estão defasadas em relação às demandas sociais – não têm proteção específica por um Direito de exclusiva decorrente da Propriedade Intelectual.

Ocorre que o uso deste instituto como instrumento de garantia de uma posição de vantagem competitiva sob o viés privatista restrito à proteção de um agente econômico, pode levar a abusos que venham a interferir em interesses públicos, como a livre concorrência e a proteção ao consumidor<sup>8</sup>, dentre outros<sup>9</sup>.

De um lado, quando essa apropriação recai sobre bens comuns,<sup>10</sup> como ocorre nos casos de proteção de conjuntos de imagens sem distintividade ou de desenhos industriais que adentraram o domínio público ou que não foram objeto de análise de mérito,<sup>11</sup> a tutela judicial que afasta o uso desse ativo intangível por terceiro sob a alegação de que tal uso importaria em ato de confusão, pode levar a uma restrição à concorrência. Por exemplo: criação de barreiras à entrada (na medida em que o uso desses intangíveis é essencial para ou reduz o custo de entrada/atuação no mercado), elevação dos custos dos concorrentes ou trazer impactos na estrutura da concorrência daquele mercado (principalmente, nos casos em que uma das partes já detém poder de mercado, como ocorre no caso de alegação de aproveitamento parasitário).

De outro lado, é possível que uma conduta concorrencial caracterizada como desleal perante um concorrente específico – por ser imprevisível ou (alegadamente) induzir o consumidor à confusão – possa trazer maior dinâmica competitiva a determinado mercado, bem como redução de preços, incentivo à inovação (com o objetivo de diferenciação) ou outros benefícios ao consumidor.

No primeiro exemplo, quando a repressão a um ato de concorrência desleal gera danos difusos à concorrência, tais danos deixam de ser observados em razão desta perspectiva limitada à esfera privada.

Por sua vez, no segundo exemplo, em que um ato de concorrência desleal gera efeitos difusos positivos (em detrimento de um concorrente), tem-se a norma de repressão à concorrência como instrumento de políticas públicas de proteção da livre iniciativa, de fomento de inovações ou, até mesmo, favorável ao desenvolvimento de políticas industriais,

---

<sup>8</sup> CAIXETA, 2004, p.179.

<sup>9</sup> MAGGIOLINO, 2011, p. 184

<sup>10</sup> OSTROM, 1990.

<sup>11</sup> BARBOSA & CASTRO, 2015.

de comércio exterior<sup>12</sup> etc., que o Estado brasileiro não utiliza também em razão da limitação privada da aplicação do instituto.

Nota-se, ainda, que esta falta de diálogo da repressão à concorrência desleal com os interesses públicos se deve, ao menos em parte, ao fato de que a sua aplicação ocorre exclusivamente por parte do Poder Judiciário, de forma difusa e casuística, em litígios privados, no qual se busca a pacificação social através da solução pontual do conflito posto, com vistas a atender exclusivamente o interesse das partes que integram a lide.

Neste sentido, são trazidos como exemplos três julgados, um proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e outros dois pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, todos versando sobre a repressão a um ato de concorrência desleal que também, alegadamente, tratar-se-ia de infração à ordem econômica.

No primeiro exemplo, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a autora, que atuava como distribuidora de aparelhos celular da ré, alegou descumprimento de cláusula contratual em razão de a ré praticar preços distintos entre seus distribuidores e lojas próprias, o que entendia ser alegada concorrência desleal e infração à ordem econômica.

A acórdão, cuja ementa segue transcrita a seguir, afastou a análise da alegação de infração à ordem econômica em razão de entender que tal matéria é de competência do CADE, além de afirmar que a autora não teria especificado quais dos incisos do art. 21 da Lei nº 8.884/94 (vigente à época) teriam sido violados e por considerar que os efeitos da demanda cingiam-se às partes que compunham a relação contratual.

**APELAÇÃO CÍVEL - RELAÇÃO CONTRATUAL. TELEFONIA MÓVEL. DANO MATERIAL E DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL PRATICADA PELA RÉ AO ABRIR LOJA PRÓPRIA EM LOCAL PRÓXIMO DE ONDE FUNCIONAVA O DISTRIBUIDOR CONTRATADO E AO OFERECER CONDIÇÕES DIFERENCIADAS ENTRE ELES. INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA PREVISTA NA LEI 8.884/94 CUJA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO É DO CADE, NOS TERMOS DO ARTIGO 7º, INCISO II DA REFERIDA LEI. APRECIÇÃO DA OCORRÊNCIA OU NÃO DA ALEGADA INFRAÇÃO EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (ARTIGO 5º, XXXV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES PREVISTAS NOS INCISOS DO ARTIGO 20 DA LEI 8.884/94. ALEGAÇÃO DE SUSPENSÃO INDEVIDA DO CONTRATO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS ALEGADOS. PRELIMINARES CORRETAMENTE AFASTADAS PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE. CABE AO AUTOR PROVAR OS FATOS CONSTITUTIVOS DE SEU DIREITO, ÔNUS ESTE DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIU O APELANTE. NÃO ENTREGA PELO APELANTE DOS**

---

<sup>12</sup> BRANDÃO, 2016.

DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À PERÍCIA, PREJUDICANDO-A. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(TJRJ, AC nº 0070000-52.2002.8.19.0001, Des(a). RONALDO ALVARO LOPES MARTINS - Julgamento: 25/03/2009 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL) – grifo nosso

Já o segundo exemplo, também julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a alegação à infração à ordem econômica surgiu como um argumento utilizado em reconvenção oferecida pelo réu, que, por sua vez, era acusado de praticar violação marcária. O Tribunal, neste caso, afastou a apreciação em razão de o CADE não ter sido intimado para intervir o feito, conforme previsto no art. 89 da Lei nº 8.884/94, restando a ementado da seguinte forma:

**PROPRIEDADE INDUSTRIAL. DIREITO À MARCA. Alegação de que a conduta da ré, ao utilizar a marca da autora sem autorização, configuraria concorrência desleal e aproveitamento parasitário da fama alheia.** No caso em comento, contudo, a ré, revendedora de produtos da autora, apenas utiliza seu emblema para indicar aos consumidores que em seu estabelecimento são comercializados produtos daquela marca, o que é expressamente permitido pelo artigo 132, I, da Lei 9.279/96. Autora-reconvinda que teria praticado infrações da ordem econômica previstas nos artigos 20, I e IV e 21, V e XVI, ambos da Lei 8.884/94, sendo cabíveis, conseqüentemente, as sanções cominadas nos artigos 23, I e 24, I e IV, do mesmo diploma legal. **A apuração da ocorrência de infrações à ordem econômica e a aplicação das respectivas sanções constituem exercício do poder de polícia da União, delegado pela Lei 8.884/94 ao CADE. Dessa forma, não compete ao Judiciário aferir a ocorrência das infrações apontadas pela ré-reconvinte, sob pena de se imiscuir em prerrogativas atinentes à Administração Pública, violando, por conseguinte o princípio da separação de poderes, previsto no artigo 2º da CF, bem como o artigo 7º, II, da Lei 8.884/94.** Sentença que se mantém.

(TJRJ, AC nº 0071321-93.2000.8.19.0001, Des(a). MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO - Julgamento: 06/06/2006 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL)

O terceiro exemplo foi julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e teve como fundamento alegada prática de concorrência desleal e infração à ordem econômica decorrente do fato de a prefeitura de Jarinu ter licenciado a instalação de empresa concorrente da autora em local próximo ao de seu estabelecimento. No que diz respeito à alegada infração à ordem econômico, o Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a sua apreciação, por considerar que tal tema é de competência exclusiva do CADE, conforme restou ementado:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCORRÊNCIA.** Pretensão da autora de ver determinado a ré que se abstenha de conceder licença de construção e funcionamento a outra empresa, do mesmo ramo empresarial, ou, caso já tenha o feito, seja determinada sua cassação, bem como o pagamento de indenização por danos materiais. Sentença de improcedência na origem. Preliminares – Nulidade da decisão monocrática por ausência de fundamentação e cerceamento de defesa. Inocorrência. Matéria preliminar rejeitada. Mérito – Adstrição da Administração Pública à legalidade. Licença que é ato administrativo vinculado. **Pedido no sentido**

**de ver o Município obstado de conceder a licença de construção e funcionamento, sob o fundamento de concorrência desleal**, que não merece guarida, por ferir os princípios constitucionais da livre concorrência e da liberdade da iniciativa privada (art. 170, caput e inc. IV, da CF/88). Inteligência da Súmula 646 do STF. Pedido futuro e incerto que não encontra amparo no ordenamento jurídico. **A fiscalização das práticas de ato desleal do comércio, afetas às relações comerciais e à concorrência das empresas distribuidoras de combustíveis, deve ser feita pelo CADE**. Honorários advocatícios majorados, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015. Sentença mantida. Recurso não provido.

(TJSP; Apelação Cível 0002553-05.2014.8.26.0301; Relator (a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Jarinu - Vara Única; Data do Julgamento: 28/09/2016; Data de Registro: 29/09/2016) – grifo nosso

Nestes três casos, o Poder Judiciário foi categórico ao afirmar que a competência para apreciar eventual repercussão pública do ato desleal, ou seja, a infração à ordem econômica, seria exclusiva do CADE e, por esta razão, furtaram-se de apreciar tal questão.

Contudo, é necessário lembrar que a Constituição Federal, adotando um modelo socio-liberal,<sup>13</sup> em seu art. 170, prevê a ordem econômica constitucional, impõe a harmonização entre o princípio da livre concorrência – incluindo a perspectiva privada da repressão à concorrência desleal – com a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras, tendo sua sede e administração no País, que representam os diversos “núcleos de interesse” da sociedade.<sup>14,15</sup>

Neste cenário, a presente pesquisa tem por objetivo superar esta visão limitada da perspectiva privada da repressão à concorrência para investigar de que maneira a aplicação deste instituto pode se relacionar com o interesse público e com os fins previstos na Constituição Federal<sup>16</sup>.

Para tanto, considerando que a repressão à concorrência desleal consiste em uma forma de tutela do princípio da livre concorrência, será feita uma ligação entre este instituto e a defesa da concorrência (ou o Direito Antitruste), que, desde sua origem, tem como função principal atender direitos difusos e o interesse público através da manutenção da livre concorrência e da competição nos mercados.<sup>17</sup> No Brasil, sempre esteve relacionado à

---

<sup>13</sup> GRAU, Eros 2006.

<sup>14</sup> PERLINGIERI, 2007.

<sup>15</sup> Como a função social da propriedade, a Defesa do Consumidor, a Defesa do Meio Ambiente etc.

<sup>16</sup> BATALHA & RODRIGUES NETTO, 1996, p.11.

<sup>17</sup> Conforme será visto ao longo deste trabalho, a manutenção de mercados competitivos, apesar de ser a primeira, não é a única função e nem a única forma de promover o bem-estar social.



proteção dos consumidores,<sup>18</sup> do Estado e do interesse público;<sup>19</sup> ademais, conta com uma política estruturada e com instrumentos normativos que lhe permitem, ao menos em tese,<sup>20</sup> a compatibilização com os demais núcleos de interesse constitucional.

Para tanto, partindo de uma revisão de bibliografia sobre o princípio da livre iniciativa como orientador do modelo de produção capitalista, passando à análise de como é feita a tutela deste princípio pelo Direito Antitruste e pela repressão à concorrência desleal e sobre como eles se relacionam, a presente pesquisa se dedicou a investigar as decisões proferidas pelo plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que versaram sobre concorrência desleal ou Propriedade Intelectual nos casos de (abuso de direito de petição<sup>21</sup> (também denominado de *sham litigation*). Buscou-se assim identificar como a prática ou a repressão de um ato de concorrência desleal é enfrentada pela política de defesa da concorrência através da sua principal agência regulatória. Igualmente, investigou-se se tais decisões fazem ligações diretas ou indiretas entre a função da repressão à concorrência desleal com os demais núcleos de interesse constitucional.

Diante da possibilidade de que um ato concorrencial discutido sobre uma dimensão da concorrência venha a influenciar a livre concorrência e outros fins constitucionais, torna-se necessário superar essa distinção jurídico-normativa<sup>22</sup> para entender como essas duas dimensões interagem e, principalmente, como integram os interesses de âmbito público e privado sobre a concorrência.

Compreender quando o exercício de um agente econômico no sentido de reprimir um ato de seu concorrente, fundado na repressão à concorrência desleal, afeta a livre concorrência e demais interesses protegidos constitucionalmente, pode revelar não apenas aspectos das normas de repressão à concorrência desleal, que são desconhecidas do senso comum,<sup>23</sup> mas, principalmente, pode contribuir para entender se e como a tutela jurídica da repressão às

---

<sup>18</sup> O art. 47 da Lei Federal nº 12.529/11 é enfático nesse sentido: “Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

<sup>19</sup> Art. 1, parágrafo único, da Lei Federal nº 12.529/11.

<sup>20</sup> FRAZÃO, 2014.

<sup>21</sup> “O Código de Processo Civil de 1939 considerou abuso de direito a demanda por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro, em como a oposição maliciosa de resistência injustificada ao andamento do processo (art. 3º). O Código atual (1973) não repetiu as esmas expressões, porém ampliou o condeito de *má-fé* (art. 17). De qualquer forma, unem-se duas características básicas do abuso de direito” (ROSAS, 2011, p.21)

<sup>22</sup> Tanto doutrinadores da área de propriedade intelectual como de Direito Antitruste tendem a separar a esfera privada da concorrência, que protege o concorrente, da sua esfera pública, que tutela a concorrência. (Cf. BARBOSA, Denis, 2010, p.462; FORGIONI, 2015, p. 242; FRAZÃO, 2017, p. 255)

<sup>23</sup> GALLIGAN, 2011. p. 16.

normas de concorrência desleal se relaciona, na prática, com a política brasileira de defesa da concorrência.

Os dados obtidos permitem questionar se a atual forma como a repressão da concorrência desleal vem sendo aplicada no Brasil contribui ou prejudica a defesa da concorrência e a proteção dos núcleos de interesse tutelados constitucionalmente, ou, ainda, se são necessárias alterações no atual quadro normativo e institucional dessa política, além de poder fornecer elementos que contribuam para o julgamento de futuros casos por parte do CADE e do Poder Judiciário.

O presente trabalho é composto, além desta Introdução e da Conclusão, por um capítulo de revisão da literatura e de metodologia, nos quais serão discutidos os aspectos teóricos da proteção da livre concorrência como princípio de interesse público, além de enfocar, de forma breve, a política de defesa da concorrência brasileira e as normas de repressão à concorrência desleal; a seguir, há um capítulo de análise empírica das decisões do CADE que versam sobre concorrência desleal.

## 2 REVISÃO DE LITERATURA

Com o objetivo de traçar uma relação entre o Direito Antitruste e a repressão à concorrência desleal, será realizado um breve levantamento da doutrina, iniciando-se pela análise do princípio da livre concorrência, que fundamenta tanto a existência de uma legislação antitruste como a repressão a atos de concorrência desleal. Em sequência serão abordadas as literaturas referentes aos dois temas de estudo, antitruste e concorrência desleal, buscando identificar seus principais elementos caracterizadores e, principalmente, a sua correlação com outros interesses públicos. Ao final do capítulo, com base na teoria levantada, será desenvolvida a correlação entre os institutos e os interesses por eles tutelados.

### 2.1.1 *A livre concorrência no capitalismo*

A concorrência pode ser definida como a disputa entre agentes econômicos que atuam em mesmo espaço territorial e, ao mesmo tempo, que comercializam produtos ou serviços semelhantes ou substituíveis pela receita advinda da venda de seus produtos e serviços para o público consumidor.

Como decorrência, a livre concorrência pode ser entendida como a garantia de que os agentes econômicos tenham acesso ao mercado para disputar esta receita advinda da venda de seus produtos e serviços para o público consumidor, bem como os agentes se valham apenas de seus próprios méritos nesta disputa.

As justificativas para que a livre concorrência seja protegida são muitas: desde o apelo à ética, à moral, à honestidade e à religião<sup>24</sup> até a defesa de que a concorrência permite um “darwinismo” empresarial,<sup>25</sup> garantindo que somente os agentes econômicos mais eficientes mantenham-se ativos.

Sob as perspectivas da economia clássica e da neoclássica, que até hoje servem de fundamento teórico para a formulação de leis e de políticas públicas de proteção à livre concorrência, a concorrência teria a função precípua de maximizar o bem-estar social.

Com efeito, em que pese a concorrência (e os problemas a ela relacionados) ser fenômeno econômico anterior ao desenvolvimento do Capitalismo,<sup>26</sup> o seu estudo tende a

---

<sup>24</sup> JONES & POLLIT, 1995.

<sup>25</sup> MOTTA & SALGADO, 2015, p. 40-41.

<sup>26</sup> Paula Forgioni (2015) elucida que a concorrência como fenômeno que já detinha a intenção do interesse público é bem anterior ao desenvolvimento do modelo capitalista. Ao traçar um histórico desde a Grécia, Roma e, principalmente, Idade Média, a autora expõe que desde antes do capitalismo era comum que os agentes

focar o período a partir do liberalismo econômico,<sup>27</sup> pós-revolução industrial, quando as rígidas normas de atuação impostas pelas corporações de ofício passaram a ser substituídas pela regra de que os agentes econômicos deveriam ter liberdade para atuar e concorrer sem a “intervenção” do Estado<sup>28</sup>, quando o modelo de cooperação que norteou toda a história da humanidade até então foi substituído pela concorrência.<sup>29</sup>

O livre mercado (decorrente da livre iniciativa e da livre concorrência), nesse contexto histórico e de acordo com a visão liberal (clássica e neoclássica), torna-se o princípio basilar do modelo capitalista, que não apenas permite a conquista de novos consumidores e o desenvolvimento econômico, mas se torna

[...] solução para conciliar liberdade econômica individual e interesse público: preservando-se a competição entre os agentes econômicos, atende ao interesse público (preços inferiores de monopólio, melhora da qualidade dos produtos, maior nível de atividade econômica etc.), ao mesmo tempo em que se assegura ao industrial ou comerciante ampla liberdade de atuação, com a concorrência evitando qualquer comportamento danoso à sociedade.<sup>30</sup>

### 2.1.2 A proteção jurídica à livre concorrência

Neste contexto de liberdades, caberia ao Estado o papel de, através do Direito, tão apenas impor regras com vistas a garantir as liberdades individuais, traduzidas no campo econômico como a livre iniciativa e a livre concorrência.<sup>31</sup>

A história, contudo, mostrou que o “livre” mercado, na ausência de outras regras além das de proteção da livre iniciativa e livre concorrência, não era tão eficiente quanto pregava a visão liberal, na medida em que levava a distorções e à concentração dos mercados: a liberdade de iniciativa e de concorrência permitiu que agentes econômicos, por méritos

---

econômicos da época se unissem com vistas a proteger os interesses comuns e que havia regras legais visando regular os interesses públicos (dos consumidores) e privados (dos agentes econômicos), das quais muitas serviram de base para as atuais regras concorrenciais.

<sup>27</sup> Em um longo processo histórico, o modelo mercantilista passou a ser substituído pelo modelo capitalista, cujos contornos teóricos iniciais podem ser encontrados, entre outros, na famosa obra “A Riqueza das Nações”, de Adam Smith, em que o autor advoga que o livre mercado de concorrência perfeita permitiria a convergência dos interesses individuais e levaria a uma situação de equilíbrio – através da lei da oferta e demanda –, permitindo a fixação mais eficiente dos preços e otimizando a alocação dos recursos econômicos.

<sup>28</sup> Apesar de a ideia de o liberalismo econômico ser equivocadamente associada ao afastamento total de qualquer atuação do Estado nos mercados, Jacob Viner (1927) aponta que Adam Smith, ao traçar as linhas fundamentais do pensamento liberal, atribuía ao Governo funções fundamentais na garantia da ordem econômica, enquanto se insurgia contra formas específicas de atuação do Estado na economia.

<sup>29</sup> COMPARATO, 2014, p 68.

<sup>30</sup> FORGIONI, Paula A. 2015, p. 59.

<sup>31</sup> MOREIRA, 1973, p. 40.

próprios ou não, conquistassem parcela da clientela, o que lhe dava poder de mercado,<sup>32</sup> e passaram a usar esse poder para impedir a livre atuação dos seus concorrentes, levando à concentração dos mercados.

Ao serem verificadas graves crises com esse modelo de irrestrita liberdade de atuação dos agentes econômicos,<sup>33</sup> a visão liberal clássica foi superada pela necessidade de que o Estado atuasse nos mercados<sup>34</sup> quando – e somente – houvesse falha de mercado,<sup>35</sup> hipótese em que a regra geral do livre mercado não se mostraria capaz de alocar os recursos na economia de forma mais eficiente, o que justificaria a atuação do Poder Público para garantir que os mercados funcionassem como se estivessem em concorrência perfeita.<sup>36</sup>

Apesar de esta visão ainda ser defendida pela corrente neoliberal *mainstream* e, repise-se, servir de fundamento teórico para a elaboração de leis e políticas públicas, é possível asseverar que essa visão limitadora da atuação do Estado na economia não se coaduna com a verdadeira função que os Estados Contemporâneos exercem na realidade, que vai muito além da mera correção de distorções típicas e naturais do modelo de produção capitalista.

O Capitalismo é não apenas um modelo de produção, mas também uma forma de organização social, de forma que não há como desassociar o Estado da economia e da sociedade, como se fossem coisas distintas.<sup>37</sup>

É necessário observar, neste sentido, que a própria ideia de mercados livres e autorregulados só é possível devido à presença de um Estado que atribua e garanta direitos de propriedade e o cumprimento dos negócios jurídicos, assegurando que as trocas de bens e

---

<sup>32</sup> “A pretexto da defesa da concorrência haviam sido suprimidas as corporações de ofício, mas isso ensejou a hegemonia do capital, em substituição ao domínio pela tradição. A liberdade econômica, por abrir campo às manifestações do poder econômico, levou à supressão da concorrência. O proprietário de uma coisa, *res* – como observou Karl Renner –, impõe sua vontade; o poder sobre as coisas engendra um poder pessoal; a propriedade, assim, de mero título para dispor objetos materiais, se converte em exercício do poder no interesse privado, converte-se em um título de domínio. O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a idéia (sic) de poder econômico. Na práxis, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes da sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípio – o princípio do livre mercado –, passaram e desde então permaneceram a controlar os mercados” (GRAU, Eros, 2006).

<sup>33</sup> NUNES, 2012.

<sup>34</sup> DINIZ, 2010.

<sup>35</sup> COASE, 2008.

<sup>36</sup> “Economias de mercado caracterizam-se por um conflito entre legítima busca de lucro por parte dos agentes econômicos, visando posição de dominância ou monopólio, e concorrência, que sustenta e contradiz essa mesma dinâmica. A concorrência é um bem público e um “mal”, se vista da ótica privada, de onde a necessidade de tutela do estado em sua defesa, a menos em situações ideais em que os mercados funcionam perfeitamente e a compatibilidade entre interesses públicos e privados faz-se de forma natural, sem a interferência do poder público”. (SALGADO, 2009).

<sup>37</sup> POLANYI, 2000.

serviços ocorram de forma eficiente etc<sup>38</sup>., ou seja, o mercado é um *locus artificialis*, criado pelo Estado.<sup>39,40</sup>

E mais: tanto a constituição quanto a preservação do modelo capitalista, através da solução das falhas de mercado típicas do Capitalismo, são entendidas como apenas uma das quatro funções exercidas pelo Estado, cabendo ainda ao Poder Público: i) complementar o mercado, adaptando as normas jurídicas às inovações negociais e institucionais surgidas no mercado; ii) substituí-lo onde a regra do livre mercado não é suficiente para desenvolver produtos ou serviços necessários à sociedade; e iii) compensar as disfunções decorrentes do processo de acumulação de riqueza inerente ao Capitalismo.<sup>41</sup>

Portanto, sendo a função do Estado bem mais atuante e direcionista do que defende a visão liberal (em qualquer das suas correntes), é certo que o princípio da livre concorrência não se destina apenas à garantia de que os mercados funcionem de forma livre, em perfeita concorrência<sup>42</sup>.

É importante notar, assim, que existem outras razões para que o Estado intervenha na economia, as quais não estão associadas à existência de falhas de mercado. Com efeito, são diversos e comuns os exemplos em que o Estado, buscando atender os mais diversos interesses públicos (proteção do consumidor, proteção do meio ambiente, distribuição de riqueza, desenvolvimento social etc.), promove políticas públicas que implicam a intervenção dos mercados e a limitação da livre concorrência<sup>43,44</sup>.

Em verdade, a intervenção dos Estados Contemporâneos nos mercados, visando regular a concorrência, pode assumir diversas funções, tais como o incentivo de determinado mercado ou indústria (servindo como Política Industrial ou, até mesmo, de Comércio Exterior), a restrição de determinadas atividades que possam ser nocivas ao meio ambiente (Política Ambiental), a proteção ao consumidor (Política de Defesa do Consumidor), entre outros.

---

<sup>38</sup> IRTI, 1998, p. 5.

<sup>39</sup> GRAU, Eros, 2006, p. 30.

<sup>40</sup> “No entanto, o mercado, onde se exerce a liberdade, não é um espaço natural. Aqui, mais do que tudo, deve-se repelir a noção de que a intervenção do Estado, inatural, se exerce num espaço natural do mercado. É pressuposto de nosso estudo que esse espaço ‘livre’, amorfo e ilimitado, seja ele mesmo, condicionado pela ação do direito. O mercado, fora de toda ideologia, não é um mar, é uma piscina”. (BARBOSA, 2011, p. 6).

<sup>41</sup> GRAU, Eros, 2006, p. 20.

<sup>42</sup> GOMES & VARELA, 1977

<sup>43</sup> TAVARES, 2011, p. 45.

<sup>44</sup> MENDONÇA, 2014.

Portanto, nos Estados pós-modernos que adotam o modelo capitalista (principalmente, os que contam com um viés social liberal, como no caso brasileiro)<sup>45</sup> tem-se a livre concorrência como princípio programático de diversas normas infraconstitucionais, em especial, as regras antitruste e de repressão à concorrência desleal, cuja função principal é exatamente a de assegurar a livre iniciativa e a livre concorrência, ainda que de formas distintas e, às vezes, opostas.

## 2.2 *Proteção da livre concorrência através do Direito Antitruste*

Sem pretensões de realizar uma análise exaustiva do tema, se discutirá a proteção do livre concorrência através do Direito Antitruste analisando-se as principais bases históricas e teóricas da atual política brasileira de defesa da concorrência e sua contextualização com os demais interesses públicos tutelados pelo Direito brasileiro.

### 2.2.1 *Bases históricas da Política Brasileira de Defesa da Concorrência*

Tradicionalmente, o estudo do Direito Antitruste se inicia pela menção ao *Sherman Act*,<sup>46</sup> legislação norte-americana datada de 1890, cujo principal objetivo era o de combater os problemas do aumento de preços e da concentração de mercados decorrentes da atuação de grandes conglomerados econômicos, o que, no entendimento da época, resultava em prejuízo para consumidores e pequenos produtores.<sup>47</sup>

Os Estados Unidos da América, em especial, durante 1880 e 1890, se caracterizaram pelo surgimento de inovações legais e tecnológicas que reduziram principalmente os custos de transporte e de comunicação. Tais novidades permitiram a expansão da atuação geográfica das empresas, culminando na criação de um único e grande mercado, o que aumentou a competição entre as empresas. Como alternativa a este cenário, muitas empresas ampliaram os investimentos em produção – aumentando seus custos fixos – na tentativa de alcançar economias de escala e de escopo – o que exigiria operar em sua capacidade total –, causando o aumento de produção e a consequente redução dos preços, o que ensejou uma guerra de preços.

---

<sup>45</sup> Idem, *ibidem*, p. 353.

<sup>46</sup> Apesar de não ter sido a primeira norma que versou sobre o tema (a primeira norma jurídica no mundo sobre o tema foi adotada pelo Canadá em 1889), é possível considerar que a legislação da defesa da concorrência tem o *Sherman Act* como seu ponto de partida devido à sua importância e influência. Ademais, Gerber (1992, p. 420 apud FORGIONI, 2015, p. 65), elucida que, em 1890, a Áustria também já possuía uma legislação que vedava a formação de cartéis.

<sup>47</sup> MOTTA, 2009, p. 05.

Como medida para evitar a guerra de preços, por um lado, muitas sociedades empresárias passaram a se incorporar, no intuito de criar economias de escala e de escopo, formando trustes, ou celebrando acordos com seus concorrentes para fixar um preço que lhes permitiriam manter altos preços e altas margens de lucro, ou seja, cartéis.

O benefício que as empresas conseguiram com a estabilidade de preços decorrente destes trustes e cartéis, por outro lado, levou ao aumento de preços que prejudicou consumidores (os quais estavam pagando mais caro pelos produtos finais) e os produtores rurais e pequenas indústrias (que usavam os produtos cartelizados como insumo para a própria produção e não conseguiam competir com as eficiências decorrentes das economias de escala e de escopo das grandes empresas), os quais ficaram “esmagados” entre os baixos preços de venda e os altos custos de produção.<sup>48</sup>

Tentando solucionar esta questão, o *Sherman Act* foi criado tendo como principais objetivos a proibição de contratos, combinações e conspirações que diminuíssem o comércio (Seção 1) e a vedação aos monopólios, tentativas de monopólio e conspirações visando à formação de monopólios (Seção 2).<sup>49</sup>

Em complemento ao *Sherman Act*, que veda apenas as fixações de preço e atos em busca do monopólio, foi promulgado em 1914, no Estados Unidos, o chamado *Clayton Act*, que também tornou ilícitas as fusões,<sup>50</sup> a diferenciação de preço, os contratos de venda exclusiva e as vendas casadas, desde que tais condutas tivessem o condão de reduzir a concorrência.

Tem-se, assim, na legislação antitruste norte-americana, composta pelo *Sherman Act* e pelo *Clayton Act*,<sup>51</sup> vigentes até hoje, as bases do direito da concorrência em todo o mundo,<sup>52</sup> o qual, em regra, se dedica a reprimir atos de concentração (como fusões, entre outros) e

<sup>48</sup> GELLHORN, 1981, p. 16.

<sup>49</sup> *The Sherman Antitrust Act* (1890). Disponível em: <http://gwcllc.com/Library/America/USA/The%20Sherman%20Act%201890.pdf>.

<sup>50</sup> Em verdade, o *Sherman Act* impulsionou a formação de mais fusões, pois os agentes econômicos perceberam que, em lugar de criarem cartéis, poderiam se fundir e gozar dos mesmos benefícios do poder de mercado gerado pelos cartéis.

<sup>51</sup> Vale ainda notar que, no mesmo ano de promulgação do *Clayton Act*, também foi promulgada a *Federal Trade Commission Act*, que institui o *Federal Trade Commission* (FTC), responsável por regular práticas de comércio desleal e julgar em conjunto com o *Department of Justice* (DOJ), aplicando a legislação sobre o Direito antitruste nos Estados Unidos, no âmbito federal daquele país (MOTTA, 2004, p. 5).

<sup>52</sup> Pouco a pouco, todas as economias de mercado adotaram legislações a exemplo da original norte-americana, as quais conformam marcos regulatórios que têm a função de proteger seus fundamentos. Nesse processo, houve duas ondas de expansão mundial do antitruste: no imediato pós-guerra, durante a reconstrução europeia e a formação do mercado comum, e após a queda do muro de Berlim, que possibilitou a adesão dos países do leste europeu à economia de mercado e à democracia; paralelamente, houve as reformas liberais nos países da América Latina, das quais tomou parte a adoção de legislação antitruste (SALGADO, 2009, p. 7).



condutas coordenadas ou unilaterais que possam levar à restrição da concorrência e ao abuso de poder de mercado, gerando, em consequência, efeitos deletérios à sociedade, usualmente associados ao aumento arbitrário de preços (mas não os únicos)<sup>53</sup>.

As legislações brasileiras sobre a defesa da concorrência, desde sua origem, acabaram sendo influenciadas pela legislação norte-americana, o que pode ser facilmente inferido pelo fato de a atual lei brasileira antitruste (reproduzindo grande parcela da estrutura e dos instrumentos da legislação que a preteriu) contar com uma espécie de tribunal administrativo inspirado no *Federal Trade Commission (FTC)*, o qual, igualmente, tem sua atuação centralizada na fiscalização de atos de concentração e na repressão a condutas anticompetitivas.

Contudo, em que pese a influência do *Sherman* e do *Clayton Act* no Direito Antitruste brasileiro, cumpre notar que a história legislativa do antitruste no Brasil possui características peculiares desde sua origem,<sup>54</sup> especialmente no que diz respeito ao seu evidente viés de proteção direta ao consumidor.<sup>55</sup>

Em verdade, esse ponto é bastante determinante na história do sistema antitruste brasileiro<sup>56</sup> na medida em que, como menciona Forgioni:

[...] essa função constitucionalmente assegurada à nossa primeira Lei Antitruste constitui uma das principais diferenças que se fazem sentir entre o sistema norte-americano [que] vem calcada no princípio da proteção e manutenção da concorrência (como correlata um princípio liberal) e não na proteção direta do consumidor. (FORGIONI, 2015, p.)

E, mais: o antitruste no Brasil se distanciou ainda mais da legislação norte-americana com a promulgação do Decreto-lei 7.666, de 1945, conhecido como “Lei Malala” (por ser de autoria de Agamemnon Magalhães). Este se caracterizou por sistematizar a defesa da concorrência no país e por tornar ilícitos os atos contrários à “economia nacional”, revelando

---

<sup>53</sup> Tal como a Constituição Federal, em seu art. 173, § 4º.

<sup>54</sup> Apesar de a economia brasileira sempre ter sido objeto de intervenção estatal (FORGIONI, 2015, p. 96), pode-se traçar a origem da legislação brasileira sobre Direito antitruste com a promulgação do Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938, que regulava o artigo 141 da Constituição Federal de 1937, que, por sua vez, estipulava como princípio a “proteção à economia popular”.

<sup>55</sup> [...] “o primeiro diploma brasileiro surge com função constitucional bastante definida, buscando a tutela da economia popular e portanto, precipuamente, o consumidor. (...) o antitruste não nasce, no Brasil, como fator de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção) da liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor” (FORGIONI, 2015, p. 99)

<sup>56</sup> Para uma revisão mais completa do sumário histórico dos antecedentes legislativos do Direito Antitruste no Brasil ver FRANCESCHINI, 2004, p. 87-100.

o caráter nacionalista que permeava o momento do país<sup>57</sup>. Tal posição se confirmou com a Constituição Federal de 1946, que, em seu artigo 148, trouxe de forma expressa no texto constitucional a repressão ao abuso de poder econômico “que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente o lucro”.

Contudo, essa característica nacionalista, ao menos expressamente, não foi reproduzida pelas legislações seguintes. Em 1962 foi promulgada a Lei nº 4.137, que instituiu o CADE e que, apesar de também ser de autoria de Agamemnon Magalhães (já falecido à época), além de não trazer menção expressa à proteção nacional, foi objeto de diversas críticas em prol da segurança jurídica e da previsibilidade, tendo pouca eficácia durante a sua vigência.<sup>58</sup> O mesmo ocorreu com a Lei Federal nº 8.158, de 1991, que durante seu pouco tempo de vigência, pouco foi efetiva.<sup>59</sup>

Foi somente a partir da promulgação da Lei Federal nº 8.884, de 1994, que inaugurou uma segunda fase da defesa da concorrência no país, pode-se afirmar que houve efetiva aplicação da política de defesa da concorrência, posteriormente reformada pela Lei nº 11.529/11.<sup>60</sup>

### *2.2.1 Bases teóricas da Política Brasileira de Defesa da Concorrência*

Em que pesem as idiosincrasias da legislação brasileira, é importante notar que o desenvolvimento da proteção ao antitruste no Brasil acabou dialogando com o Direito Antitruste de outros países, principalmente com o Direito norte-americano, sobretudo em razão de adotar as mesmas *bases teóricas*.

Esclareça-se, neste sentido, que o Direito Antitruste no mundo inteiro, incluindo o Brasil, até hoje adota como principais referenciais teóricos para a formulação de uma política antitruste as visões trazidas pelas Escolas de Harvard e de Chicago.

Ambas as escolas se baseiam nas teorias clássica e neoclássica, as quais entendem que, em condições de concorrência perfeita, a livre organização do mercado permitiria um

---

<sup>57</sup> PRADO, 2014.

<sup>58</sup> Forgioni (2015, p.120) comenta: “A Lei Antitruste de 1962 não encontrou maior efetividade na realidade brasileira, sendo impossível identificar qualquer atuação linear e constante de diretriz econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência”.

<sup>59</sup> MOTTA & SALGADO, 2015, p. 14.

<sup>60</sup> ATHAYDE, 2017.

equilíbrio geral competitivo entre os agentes, gerando a alocação de recursos mais eficientes e o máximo de bem-estar social *paretiano*.<sup>61</sup>

Por esta razão, segundo essa corrente teórica, a atuação do Estado no livre mercado seria contraproducente e só se justificaria na hipótese de falhas de mercado, ou seja, quando alguma das premissas que norteiam o pensamento econômico liberal se encontra ausente, fazendo com que ocorra um afastamento do funcionamento regular do livre mercado, que se torna incapaz de produzir níveis ótimos de resultados e eficiência.

A função da regulação econômica, nesta visão, seria exatamente a de corrigir tais falhas (através da regulação de preços, da atuação direta na produção, da vedação a determinadas condutas dos agentes etc.) de forma a garantir que o mercado volte a atuar produzindo níveis ótimos de eficiência.

A política de defesa da concorrência seria exatamente uma hipótese de atuação do Estado em busca de solucionar uma falha de mercado, sendo sua função principal a de garantir a manutenção da livre concorrência com o objetivo de promoção da eficiência econômica<sup>62</sup> através da repressão à formação de poder de mercado (segundo a óptica da Escola de Harvard) ou evitando perdas de eficiência (conforme a visão teórica da escola de Chicago).

Esclareça-se, neste sentido, que a Escola de Harvard é uma abordagem teórica sobre a concorrência que se desenvolveu entre os anos de 1930 a 1950, fortemente influenciada pelo cenário de formação de trustes e concentração do mercado, que levou à criação do *Sherman Act* e do *Clayton Act*. Para a Escola de Harvard, todo agente que detém poder de mercado – entendido como a capacidade de praticar preços acima do preço de equilíbrio entre oferta e demanda – sempre irá utilizá-lo de forma anticompetitiva e levar ao aumento abusivo dos preços.<sup>63</sup>

Portanto, essa visão teórica é focada na *quantidade* de agentes econômicos atuantes no mercado, na facilidade de entrada e saída e demais características que impeçam a formação de poder econômico, tendo o *preço* como principal indicador de bem-estar.

---

<sup>61</sup> “Como se sabe, a noção de eficiência alocativa ou de Pareto propõe que uma alocação social – por exemplo, uma certa distribuição de bens e serviços, promovida pelo sistema de preços (ou algum outro sistema alocativo) – é ‘superior de Pareto’ a outra – e, portanto, socialmente mais eficiente – se for ‘fracamente’ preferível (sua utilidade não for inferior) a esta outra para todo indivíduo – consumidor, no caso –, e estritamente preferível (utilidade maior) para, pelo menos, um. O ‘ótimo de Pareto’, ou uma alocação ‘eficiente de Pareto’, é tal que não há outra alocação que lhe seja superior. Ou, em termos mais simples, sempre que só for possível melhorar a posição de alguém, piorando a posição de outrem”. (POSSAS, 2002, cap. 18, p. 249).

<sup>62</sup> SILVA, Miguel, 2008, p. 15.

<sup>63</sup> FORGIONI, 2015, p. 170.

Essa a razão pela qual a Escola de Harvard é chamada de estruturalista, uma vez que ela entende que é a estrutura do mercado que irá definir o comportamento dos agentes econômicos e os respectivos resultados deste comportamento (ideia sintetizada no trinômio Estrutura-Condução-Comportamento).<sup>64</sup>

Nesta visão, portanto, caberia ao órgão de defesa da concorrência garantir que o mercado funcione com o maior número de empresas possível, que tenham o menor tamanho possível, assegurando que o mercado funcione o mais próximo de um mercado em concorrência perfeita.

Por sua vez, a Escola de Chicago surgiu no início dos anos de 1960 criticando a atuação de intervenção dos órgãos de proteção da concorrência nas relações econômicas e defendendo que as forças dos mercados deveriam ser livres para escolherem os agentes mais eficientes.<sup>65</sup> Adotando uma visão utilitarista sobre atos anticompetitivos, descarta-se qualquer análise prévia sobre o poder de mercado, pautando a aceitação ou a repressão de um ato de concentração ou determinada conduta nas eficiências por ela criadas<sup>66</sup>.

Necessário esclarecer, neste tocante, que a doutrina identifica dois tipos de eficiência: i) a produtiva, que pode ser entendida como a proporção entre receitas e despesas de uma empresa na produção de um bem, ou seja, é mais eficiente o agente que consegue produzir o mesmo bem que os seus concorrentes de forma parada; e ii) eficiência alocativa, quando há maximização do excedente do consumidor.<sup>67</sup>

No estudo da microeconomia, entende-se como regra que monopólios (ou mercados concentrados) levam à perda de eficiência produtiva (uma vez que, na ausência de concorrência, o monopolista não tem incentivos para ser mais produtivo) e de eficiência alocativa (na medida em que o monopolista pode cobrar preços mais altos do que seria o preço de equilíbrio da lei da oferta e da demanda, capturando parte do excedente do consumidor).<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> FERRAZ, André, 2014, pp. 180-206.

<sup>65</sup> MOTTA, 2009, p. 8.

<sup>66</sup> POSNER, 2001.

<sup>67</sup> O excedente é a diferença entre o quanto um agente econômico valoriza um bem e o quanto ele efetivamente paga ou recebe pelo mesmo bem. Para o consumidor, o excedente é a diferença entre o preço que ele estava disposto a pagar por um serviço ou um produto e o preço que ele efetivamente paga por ele. Já o excedente do produtor é o seu lucro com a venda de seu produto ou serviço. A soma do excedente de todos os consumidores com o excedente de todos os produtores é o excedente total, que é considerado um indicativo de bem-estar.

<sup>68</sup> MOTTA & SALGADO, 2015, p. 33.

Contudo, a Escola de Chicago se contrapõe à premissa de que o monopólio ou a concentração horizontal leva sempre à perda de bem-estar; pelo contrário, a eficiência deve ser analisada caso a caso<sup>69</sup>.

Assim, trazendo para o Direito Antitruste o instrumento da análise econômica<sup>70</sup>, que permite identificar efeitos econômicos das condutas e atos de concentração, admite que determinadas condutas ou atos possam trazer eficiências produtivas e alocativas, como economias de escala, economias de escopo, entre outras.

Valendo-se do conceito de “melhoria de Pareto”, o qual defende que uma alocação de recursos é eficiente ao melhorar a situação de um agente econômico sem piorar a situação de outro agente, entende que atos de concentração, ao ampliar o excedente ao produtor, desde que também aumentem o excedente do consumidor, serão aceitáveis, pois irão gerar bem-estar ao consumidor.

Nesta abordagem teórica, a preocupação, portanto, do ente de defesa da concorrência é o de garantir que as eficiências geradas por atos de concentração e por outras condutas de concorrência sejam repassadas ao consumidor.

Importante destacar que a Escola de Harvard tem como principal crítica que o seu objetivo de garantir o excedente do consumidor, impondo que o mercado funcione equivalente a um mercado em “concorrência perfeita”<sup>71</sup>, impor também que os produtos ou serviços fossem vendidos a preço de custo, o que certamente traria prejuízos para a sociedade, principalmente decorrentes da impossibilidade de as empresas investirem na melhoria de sua atividade, de seus produtos, de seus serviços etc.

---

<sup>69</sup> Importante elucidar, sobre esta questão, que, em razão da Escola de Chicago, no Direito Antitruste, há uma dicotomia entre condutas que são consideradas ilícitas e condutas que deverão ter seus efeitos econômicos analisados para que se comprove a sua ilegalidade. No primeiro caso, aplica-se a norma *per se*, ou seja, que a ilicitude é presumida, como ocorre no cartel. No segundo caso, utiliza-se a regra da razão, em que é necessário avaliar os efeitos líquidos, ou seja, não há uma presunção de ilicitude.

<sup>70</sup> Mister destacar que a chamada Análise Econômica do Direito, apesar de popularizada pela Escola de Chicago (principalmente por POSNER) não se limita à esta visão, havendo outras áreas de interdisciplinaridade entre o Direito e Economia, baseada nas escolas Institucionais e Neoinstitucionais (ESTEVEZ; MELLO, 2011, p.9 *apud* ARAÚJO, 2016, p. 289).

<sup>71</sup> O conceito de concorrência perfeita é adotado apenas para o desenvolvimento de modelos matemáticos abstratos e não é verificado na realidade, na medida em que ele parte de premissas impossíveis de serem verificadas na prática, tais como: i) racionalidade plena dos agentes econômicos, ii) ausência de assimetria de informações; iii) os produtores são apenas tomadores de preço; iv) os produtores concorrem apenas pelo preço; ente outros

Por sua vez, critica-se a Escola de Chicago em razão de atentar apenas à promoção do bem-estar agregado, não se preocupando com os efeitos distributivos.<sup>72</sup> Ou seja, desde que ocorra aumento de bem-estar agregado, entende-se que houve melhoria no bem-estar da sociedade, ainda que esse aumento agregado tenha ocorrido por conta do acréscimo de preços e aumento do bem-estar dos produtores.

Em contraposição às Escolas de Harvard e de Chicago, destaca-se uma das visões heterodoxas da concorrência<sup>73</sup> chamada de concorrência schumpeteriana, na medida em que baseada na obra de Joseph Alois Schumpeter,<sup>74</sup> a qual não é calcada nos conceitos clássicos e neoclássicos de concorrência, que discutem as eficiências estáticas, focadas principalmente em concorrência por preços.<sup>75</sup>

Para a corrente schumpeteriana, os agentes econômicos concorrem principalmente pela busca permanente de *diferenciação* por meio de estratégias – em especial, de inovação – visando à obtenção de vantagens competitivas que permitam alcançar lucros de monopólio, ainda que temporariamente.<sup>76</sup>

A visão schumpeteriana não busca que os agentes atuem em equilíbrio, nem se opõe aos monopólios; pelo contrário, entende que o processo competitivo através da adoção de inovações, das quais decorrem vantagens competitivas, tende a permitir que o agente pratique preços de monopólio.<sup>77</sup> Em verdade, é a possibilidade de praticar lucros exorbitantes que leva à busca por diferenciação e pelo desenvolvimento de inovações, que trazem um bem-estar muito maior para a sociedade do que a garantia de preços baixos ou de eficiências produtivas.<sup>78</sup> Tem-se, nesta perspectiva, uma visão dinâmica da concorrência que se aproxima muito com a visão utilitarista da proteção à propriedade intelectual como instrumento de fomento à inovação.<sup>79</sup>

De toda forma, é necessário verificar que estas visões teóricas servem como ferramentas analíticas para as entidades antitrustes em todo o mundo; não seguem necessariamente uma corrente específica, mas adotam seus fundamentos conforme cada caso.

---

<sup>72</sup> Como exemplo, Cooter & Ulen (2010, p. 30) defendem a primazia da eficiência sobre a distribuição na análise do direito privado, afirmando que caberia ao judiciário alocar adequadamente os recursos através de suas decisões, sem se preocupar com questões distributivas ou sociais.

<sup>73</sup> MAGGIOLINO in ANDERMAN & EZRACHI, 2011

<sup>74</sup> SCHUMPETER, 1961.

<sup>75</sup> SIDAK & TEECE, 2009, p. 603.

<sup>76</sup> SCHUARTZ, 2009, p 49.

<sup>77</sup> HOVENKAMP, 2008.

<sup>78</sup> POSSAS, 2002.

<sup>79</sup> LEMLEY, 2015, p. 1.330.

No tocante ao CADE, tendo em vista que a sua atuação se tornou mais efetiva a partir da promulgação da Lei 8.884/1994, quando a discussão entre as correntes teóricas já se encontrava mais amadurecida,<sup>80</sup> é possível identificar o acolhimento das três perspectivas da concorrência de forma objetiva na própria metodologia de análise dos atos de concentração e de condutas anticompetitivas, em que sempre se inicia com a verificação de poder de mercado dos agentes envolvidos<sup>81</sup> (prática associada à visão de Harvard), mas tem como viés identificar possíveis efeitos líquidos positivos decorrentes do ato de concentração ou da conduta (visão de Chicago), no qual se inclui o fomento ou a geração de inovação (visão schumpeteriana).<sup>82</sup>

Cumpra ainda notar que estes referenciais teóricos, em especial, as Escolas de Harvard e de Chicago, também servem como base para a doutrina identificar objetivos da política da concorrência (não limitados à política brasileira), sendo possível afirmar, em linhas gerais, que a política de defesa da concorrência busca limitar o *exercício abusivo* do poder de mercado que pode prejudicar o processo competitivo e gerar efeitos anticompetitivos líquidos,<sup>83</sup> tendo ainda diversas funções, como a proteção de pequenas empresas, a promoção da integração entre mercados e, principalmente, a proteção ao consumidor, entre outras.<sup>84</sup>

### 2.2.3 O poder de mercado e seu abuso como ilícito antitruste

Dentro deste contexto, tem-se o abuso de poder de mercado como o tema principal para o Direito Antitruste. O conceito de poder de mercado está relacionado com a capacidade de um concorrente conseguir atuar em determinado mercado relevante, de maneira próxima, senão idêntica, a de uma monopolista, em que o agente reduz a produção para igualar o próprio lucro marginal ao seu custo marginal e, assim, maximizar seus lucros através da captura de parcela do excedente do consumidor.

Para que se verifique a ocorrência de abuso de poder dominante, a presença de dois elementos típicos é necessária: i) existência de poder de mercado; e ii) que esse poder de mercado seja exercido de forma abusiva, gerando efeitos anticoncorrenciais.

---

<sup>80</sup> FERRAZ, André, 2014.

<sup>81</sup> Segundo o art. 36, §2º da Lei Federal n 12.529/11, considera-se que detém posição dominante o agente que for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante.

<sup>82</sup> CADE. *Guia Para Análise De Atos De Concentração Horizontal*. Julho de 2016. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf). Último acesso em: 04.05.2019.

<sup>83</sup> MELLO, 2002.

<sup>84</sup> MOTTA, 2009, p. 16-18.

A fim de se identificar a existência de poder de mercado, é preciso que se delimite, dentro do mercado relevante, a sua concentração, o *market share* de cada concorrente, a existência ou não de entrada de barreiras, a elasticidade dos consumidores, além de outras condições de mercado que podem levar ao exercício desse poder de mercado.

No que diz respeito ao exercício da posição dominante de forma abusiva, é possível afirmar que tal conduta ocorre quando há *desvio de finalidade* do direito de concorrer, ou seja, quando ele se afasta de seu fim econômico e social, rompendo os interesses em jogo e o equilíbrio concorrencial,<sup>85</sup> através da possibilidade de reduzir a produção ou aumentar os preços acima do nível concorrencial ou ainda a possibilidade de excluir concorrentes,<sup>86</sup> hipóteses que trazem efeitos líquidos anticoncorrenciais.

Cumprido destacar que a repressão ao abuso de poder dominante pode se dar de duas formas: i) Controle estrutural: análise de atos de concentração (fusões, aquisições, *joint-ventures*, acordos de exclusividade etc.) que poderiam levar o agente resultante desta concentração a exercer abusivamente o poder de mercado; e ii) Controle de Condutas: repressão a condutas unilaterais e coordenadas que geram efeitos anticompetitivos.

Por esta razão, a política de defesa da concorrência pode ser entendida como “o conjunto de políticas e lei que asseguram que a competição dos mercados não seja restrita de forma prejudicial à sociedade”,<sup>87</sup> que “tem por finalidade garantir a existência de condições de competição, preservando ou estimulando a formação de ambientes competitivos com vista a induzir, se possível, maior eficiência econômica como resultado do funcionamento dos mercados”.<sup>88</sup>

#### 2.2.4 Principais aspectos da Política Brasileira de Defesa da Concorrência

Em vista disso, a Lei Federal nº 12.529/11, atual Lei Antitruste brasileira, impõe ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a função de reprimir infrações contra a ordem econômica (art. 1º), entendidos como os atos que tenham por objeto ou tenham a potencialidade de: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) dominar o mercado relevante de bens ou serviços; c) aumentar arbitrariamente os lucros; e d) exercer de forma abusiva a posição dominante (art. 36). Essa

---

<sup>85</sup> FERRAZ Jr., 1995.

<sup>86</sup> PAIS, 2011, p. 458 - 468.

<sup>87</sup> No original “the set of policies and laws which ensure that competition in the market place is not restricted in a way is detrimental to society” (MOTTA, 2009, p. 28).

<sup>88</sup> MELLO, 2002.



função é realizada: a) preventivamente, através do controle das estruturas do mercado por meio da análise das operações de fusão, aquisição, *joint ventures* ou qualquer outra que possa culminar em concentração de mercado (art. 88 e seguintes); e b) repressivamente, através da condenação de condutas coordenadas ou unilaterais que gerem efeitos anticompetitivos.<sup>89</sup>

A função preventiva impõe a necessidade da submissão de fusões, aquisições ou acordos entre concorrentes por discricionariedade à análise do CADE, dependendo do faturamento dos agentes envolvidos, uma vez que concentrações podem levar à formação de poder de mercado, o que tem a possibilidade de ser utilizado de forma abusiva.

Para tanto, o CADE se vale de uma metodologia que busca identificar se o ato levará à concentração relevante do mercado – conferindo poder de mercado ao agente, resultante do ato de concentração – e se esse eventual poder de mercado poderá ser exercido abusivamente. Atos que possam levar ao exercício abusivo do poder dominante são vetados pela autoridade antitruste ou aprovados com necessidade de alterações na operação de concentração.

No tocante à função repressiva, ela é realizada pelo Plenário do CADE, ao julgar inquéritos administrativos que versam sobre condutas unilaterais (como condutas predatórias) ou condutas coordenadas (como cartéis), as quais geram efeitos anticompetitivos. Nestes casos, a autoridade antitruste verifica: i) a existência de racionalidade na conduta denunciada ou cujos indícios são identificados; ii) os efeitos sobre o mercado consumidor; e iii) a geração de eficiências, compartilháveis com os consumidores, a partir da adoção da conduta em questão.<sup>90</sup>

Apesar de a Lei Federal nº 12.529/13 não estabelecer uma política explícita, é possível inferir que as funções de controle das estruturas de condutas têm como bens imediatamente tutelados a livre concorrência e a livre iniciativa, com vistas a garantir que os mercados continuem funcionando sob um regime de livre concorrência.<sup>91</sup>

Contudo, é preciso notar que não apenas a política antitruste tutela outros bens de forma mediata (como, por exemplo, o consumidor), como a própria política não é implementada exclusivamente pela Lei Federal nº 12.529/11, que traz as normas específicas de Direito Antitruste.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> OCDE, 2019.

<sup>90</sup> SALGADO, 2009, p. 13.

<sup>91</sup> FORGIONI, 2015, p. 246.

<sup>92</sup> Neste sentido, Mello (2002, p. 285) comenta: “[a] ‘livre concorrência’ também é princípio constitucional da Ordem Econômica (cf. art. 170, IV), o que significa uma diretriz geral que deve orientar todas as ações dos poderes públicos (tanto a produção legislativa quanto as ações de governo e as decisões judiciais). Portanto, defesa da concorrência não se resume apenas à lei antitruste e ao arcabouço institucional voltado para sua

Com efeito, a proteção à livre concorrência é verificada em diversos outros diplomas legais brasileiros, desde o Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, VI, da Lei Federal nº 8.079/90), às leis que instituem agências reguladoras (art. 1º, IX, da Lei Federal nº 9.478/97; art. 5º da Lei Federal nº 9.472/97, entre outras), na Lei de Propriedade Industrial (art. 2º, V, e art. 195 da Lei Federal nº 9.279/96) e, até mesmo, na Lei de Direitos Autorais (arts. 99-B e 100-B da Lei Federal nº 9.610/98).

É necessário notar que todos estes diplomas legais têm como base epistemológica o art. 170 da Constituição Federal, que, por sua vez, estabelece o princípio da livre concorrência como apenas um dos diversos princípios que norteiam a Ordem Econômica Constitucional, figurando ao seu lado os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Verifica-se, assim, que a proteção à livre concorrência é apenas um dos diversos núcleos de interesse por meio dos quais a Constituição Federal procura alcançar seus objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, por intermédio de garantir o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, estabelecidos em seu artigo 3º.

O Direito Antitruste, neste contexto, é, acima de tudo, um *instrumento*<sup>93</sup> de que o Estado pode lançar mão para desenvolver políticas públicas diversas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre-concorrência, que variam conforme o momento histórico de cada país.<sup>94</sup>

Com efeito, verifica-se que a atual Lei Antitruste brasileira (Lei Federal nº 12.529/11) estabelece expressamente em seu artigo 1º que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é orientado pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre

---

aplicação, mas também a todas as ações do Estado relacionadas a ela; todos os agentes do poder público que tomam decisões que possam afetar as condições de concorrência nos mercados devem levar em conta o princípio”.

<sup>93</sup> BERCIVICI, 2016, p. 407.

<sup>94</sup> FORGIONI, 2015, p. 188-189.

concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Logo, no Brasil, o Direito Antitruste assume função bem mais expressiva do que o mero controle das estruturas de mercado ou de promoção de eficiências alocativas.<sup>95</sup> A função geral de vedação a condutas de abuso de poder econômico, a essência do Direito Antitruste, vai muito além da simples ferramenta de garantia da livre concorrência como princípio basilar do modelo capitalista,<sup>96</sup> a qual evita a prática de preços abusivos por parte dos agentes econômicos.

Em verdade, há várias formas pelas quais o Estado pode promover o bem-estar social,<sup>97</sup> que não estão diretamente associadas às funções principais da defesa da concorrência. Outros interesses estão em jogo, além da mera manutenção da dinâmica competitiva.

Com efeito, a política de defesa da concorrência pode se relacionar não apenas com outros núcleos de interesse previstos no art. 170 da CFB e no art. 1º da Lei 12.529/13, mas também com outras políticas públicas implementadas pelo Estado.

Exemplificando, uma política industrial pode impor restrições à concorrência em determinado mercado com vistas a proteger as indústrias nacionais, assim como, em atenção a uma política ambiental<sup>98</sup>, o Estado limita a livre concorrência (e a livre iniciativa) dos agentes econômicos, admitindo até mesmo a formação de cartéis.<sup>99</sup> Com efeito, são diversos os exemplos de restrição da atuação dos agentes econômicos com vistas a atender os interesses públicos além da manutenção da concorrência.<sup>100</sup>

---

<sup>95</sup> Como visto, são as funções tradicionalmente associadas ao Direito Antitruste, como o controle de estruturas e a maximização de eficiências, que decorrem de visões da concorrência desenvolvidas pelas chamadas escolas de Harvard e de Chicago, respectivamente.

<sup>96</sup> “É bastante comum, entretanto, que quando nos referimos à “livre iniciativa”, venha à mente o conceito tradicional de liberdade (sensibilidade e acessibilidade a alternativas de condutas e de resultado) o agente econômico atuando no mercado com o mínimo de ‘repressão’ estatal. Mas - insistimos - essa visão da livre iniciativa (ou da livre concorrência e mesmo da autonomia privada) não exclui outra que lhe é complementar, de que essa mesma livre iniciativa, para que continue existindo, deve ser não apenas regulamentada, mas também conduzida pela autoridade governamental.” (FORGIONI, 2015, p. 136).

<sup>97</sup> “De fato, restringir as análises antitruste aos critérios de eficiência pode não somente, do ponto de vista pragmático, obscurecer o debate sobre os riscos de barreiras à entrada que surgem nas transações, como também, do ponto de vista finalístico, não atentar para o fato de que a política antitruste é apenas um dos elementos que permite o alcance do bem-estar social” (BRANCHER, 2010).

<sup>98</sup> Como a importação de pneus usados.

<sup>99</sup> DOMINGUES, 2010.

<sup>100</sup> “Fixa-se a noção de concorrência-instrumento, pela qual esta não é um valor em si, ‘não é um valor absoluto, mas um meio normal, eventualmente privilegiado, de obter o equilíbrio econômico. Daí derivam consequências importantes: se a concorrência não é um valor em si mesmo, pode ser sacrificada em homenagem a outros valores” (ALVES, 1992, p. 16 apud FRAZÃO, 2015, p. 81).

Por esta razão, a atual política antitruste brasileira conta com “válvulas de escape”, que vão desde a concessão de isenções, à expressa escolha por prestigiar outros interesses também tutelados por esta norma em detrimento da proteção da livre concorrência,<sup>101</sup> conferindo-lhe, assim, a flexibilidade necessária a adequar a sua aplicação conforme ao bem que se busca tutelar em cada caso específico.

### *2.3 A proteção da livre concorrência através da repressão à concorrência desleal*

Como já mencionado, o Estado moderno intervém no domínio econômico no intuito de resguardar a liberdade econômica e a livre concorrência. Além do Direito Antitruste, o Estado também resguarda tais princípios através da verdação à concorrência desleal, outra forma de intervenção no domínio econômico, destinada, majoritariamente, a tutelar determinadas condutas praticadas entre agentes econômicos. Novamente sem pretensões de se exaurir o tema, abordar-se-á brevemente a conceituação da concorrência desleal e o seu tratamento no ordenamento jurídico brasileiro.

#### *2.3.1 O conceito de concorrência desleal*

Como já aduzido, o mercado é uma instituição jurídica com regras que, ao mesmo tempo, permitem aos agentes econômicos atuarem de forma livre – garantindo o seu acesso e manutenção no mercado – e impedem a adoção de determinadas condutas que podem, de alguma forma, limitar a própria concorrência ou a liberdade dos demais concorrentes.

A repressão à concorrência desleal, outro corolário do princípio da livre concorrência,<sup>102</sup> se destina exatamente a delimitar a liberdade de um concorrente perante os demais, na medida em que estipula quais condutas que determinado agente econômico pode ou não adotar ao longo de sua estratégia competitiva com o objetivo de ingressar, disputar ou dominar o mercado em que atua, de forma a não prejudicar a livre iniciativa e a livre concorrência dos demais agentes (e, por isso, é denominada dimensão privada da concorrência).<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> FORGIONI, 2015, p. 193.

<sup>102</sup> Cf. VALENTE, 2015; JABUR & DOS SANTOS, 2007, p. 347.

<sup>103</sup> Cabe a menção de que, apesar de a concorrência desleal tutelar o concorrente, a legislação pátria (Decreto nº 24.507 de 1934) tinha no concorrente e no consumidor os sujeitos ativos dos atos de concorrência desleal. Esta legislação ficou vigente até a promulgação do Código Penal de 1940. (GRAU-KUNZ, 2016).

Essa tensão entre liberdade e restrição de concorrência presente no instituto da repressão à concorrência desleal se manifesta como a vedação ao comportamento imprevisível que possa afetar a expectativa razoável da receita futura dos seus concorrentes.<sup>104</sup>

Dentro do modelo capitalista, o objetivo de todo agente econômico é o de obter lucro através da venda de seus produtos ou serviços para os consumidores, ou seja, conquistar e manter uma clientela para seu produto ou serviço. Para tanto, ele adota diversas estratégias competitivas, buscando se destacar de seus concorrentes, seja através do investimento em inovação, melhorando a qualidade de seu produto/serviço, ou reduzindo seus custos de produção, seja investindo em publicidade de sua marca, praticando preços mais competitivos etc.

A adoção dessas medidas competitivas importa em custos que o agente econômico pondera na hora de definir sua estratégia concorrencial e, por tal razão, precisam ser previstas. A microeconomia se dedica a estudar a relação entre custos, preços e estratégias competitivas.<sup>105</sup>

Ocorre que a definição da estratégia adotada por um agente econômico não depende exclusivamente de questões endógenas, mas também – e em grande parte – de como seus concorrentes irão reagir ou, no mínimo, o que eles não farão para revidar o seu avanço, pois esta reação dos demais concorrentes pode impor ao agente econômico custos ou perdas de receita que irão afetar a sua estratégia.

Logo, a previsibilidade de comportamento dos concorrentes é essencial para a definição das estratégias competitivas e, conseqüentemente, para o funcionamento e a manutenção do livre mercado.<sup>106</sup>

Portanto, é exatamente a previsibilidade de um comportamento dentro de determinado mercado que define sua lealdade ou deslealdade. Todavia, é necessário destacar que, segundo esta corrente, não é toda imprevisibilidade de comportamento que deve ser reprimida como desleal. Somente aquela que extrapola o risco natural do negócio ou que não é a resultante de mutações do paradigma concorrencial por meio de inovação.<sup>107</sup>

Apesar de essa definição de deslealdade baseada na imprevisibilidade da conduta concorrencial ser a que mais se aproxima de uma objetividade e a que melhor dialoga com os

---

<sup>104</sup> BARBOSA, Denis, 2010, p. 450.

<sup>105</sup> BESANKO, 2012.

<sup>106</sup> GRAU, Eros, 2006, p.37.

<sup>107</sup> “A deslealdade, em sua seca e técnica definição, é a irregularidade de comportamento, no sentido estritamente funcional de previsibilidade.” (BARBOSA, Denis, 2010, p. 476).

conceitos econômicos de concorrência, cabe a crítica ao fato de que, dentro do jogo competitivo, é esperado que os concorrentes façam qualquer coisa para se destacarem dos seus concorrentes, o que poderia levar ao entendimento de que qualquer conduta, por mais vil que se revele, seja considerada como previsível.<sup>108</sup> Ademais, o conceito de deslealdade, baseando o comportamento padrão em cada mercado, torna extremamente casuística a definição.

Além da tipificação fundada na previsibilidade da conduta do agente, ainda é possível conceituar um ato de concorrência desleal como contrário às práticas honestas<sup>109</sup> ou às boas normas da concorrência comercial.<sup>110</sup> Esta forma de definição da deslealdade apresenta alto grau de imprecisão, na medida em que se vale de conceitos subjetivos como “ética”, “correto” e “moral” e, em termos práticos, não contribui tanto para a constatação de eventual infração.<sup>111</sup> Ademais, admite alto grau de subjetividade do aplicador da norma, o que pode trazer inconsistências e contradições que prejudicam a eficácia da fonte normativa.<sup>112</sup>

Há ainda uma terceira corrente, originária na doutrina alemã, que fundamenta a análise da deslealdade de um ato de concorrência no *Princípio da Própria Prestação*, segundo o qual os agentes econômicos devem buscar a conquista ou manutenção de clientela por esforços próprios.<sup>113</sup> Ou seja, só é leal quando o agente concorre pelos seus próprios méritos. Como consequência, se determinada concorrência é eivada de qualquer mérito do próprio agente, ela é considerada desleal. Nota-se o que esta percepção de lealdade ou deslealdade do ato de concorrência guarda com a visão schumpeteriana de concorrência, na medida em que, ao privilegiar a concorrência por esforços próprios, acaba incentivando a concorrência por meio de inovações.

---

<sup>108</sup> Neste sentido, imperioso lembrar o exemplo usualmente citado por Denis Borges Barbosa em suas lições, de que quando um bicheiro tenta matar o outro, apesar de tal conduta ser ilícita, ela não é desleal, na medida em que esta prática é comum neste ramo.

<sup>109</sup> Artigo 10, bis 2, da Convenção da União de Paris (CUP), Decreto no. 75.572, de 8 de abril de 1975.

<sup>110</sup> CERQUEIRA, 2010. v. II.

<sup>111</sup> “Todo o discurso moral ou subjetivo que possa vestir a retórica de infração ética, ou de boa fé, não é mais do que isso: discurso para convencer um magistrado de comarca remota de que a causa da ação é algo mais nobre. De que a ação está sendo proposta só porque o cálculo de risco empresarial que fez um agente econômico acabou não correspondendo à realidade da atuação no mercado de outro agente econômico” (BARBOSA, Denis, 2016, p. 476).

<sup>112</sup> Um excelente exemplo sobre a subjetividade das normas de repressão à concorrência desleal é o caso do TJRJ, Emb. Infrin. nº 2001.005.00243, Des. Mario dos Santos Paulo, Quarta Câmara Cível, data de julgamento, 06 de novembro de 2001, em que o magistrado, ao analisar a eventual colidência entre o *trade dress* de embalagens de colírio, pingou um produto em cada olho e cotejou as duas embalagens para verificar se haveria semelhança entre elas.

<sup>113</sup> ASCENSÃO, 2002, p. 98.

Tem-se como crítica que a adoção do conceito de “próprios méritos” pelo Princípio da Própria Prestação também acaba admitindo interpretações subjetivas.

Como se infere, a definição de ato de concorrência desleal não é unânime<sup>114</sup>, tampouco fácil, como sintetiza Celso Delmanto: “De modo simples, poderíamos, de pronto, dizer que a concorrência desleal é a competição que não deve ser feita, num conceito que é certo, mas que deixa de dar à pergunta o devido esclarecimento”.<sup>115</sup>

### 2.3.2 A concorrência desleal na legislação brasileira

Adotando uma definição um pouco mais precisa, a Lei de Propriedade Industrial traz nos incisos de seu artigo 195 um rol exemplificativo para o parâmetro cível (não para o penal) com uma série de condutas consideradas atos de concorrência desleal,<sup>116</sup> caracterizando ainda como desleal o “*desvio de clientela por meio fraudulento*”<sup>117</sup> ou outros atos “*tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.*”<sup>118</sup>

Apesar do rol exemplificativo, percebe-se, assim, que a Lei de Propriedade Industrial, ao utilizar o conceito como “meio fraudulento também adota um entendimento por vezes subjetivo em relação à caracterização da concorrência desleal, mas que, ao menos, fornece parâmetros mínimos indicativos que permitem identificar os principais tipos de condutas desleais, classificados em atos confusórios, atos denigratórios, atos contra o direito ao sigilo, atos contra as relações de trabalho, falsa afirmação de exclusivas”.<sup>119</sup>

Merece destaque o fato de que, de acordo com a legislação pátria, a conduta desleal deve sempre ser culposa, ou seja, o agente deve ter a intenção de lesar o seu concorrente,

<sup>114</sup> CARVALHO, 2011, p. 67.

<sup>115</sup> DELMANTO, 1975, p. 10.

<sup>116</sup> Cumpre menção à distinção entre concorrência desleal e concorrência ilícita e interdita, cuja definição não é pacífica na doutrina brasileira, mas que poderia ser caracterizada como a distinção entre um ato que é tipificado por lei como ilícito (concorrência ilícita) e um ato cuja ilicitude decorre de sua contrariedade aos usos e costumes de determinado segmento mercadológico (concorrência desleal) e o ato vedado contratualmente (concorrência interdita). Neste contexto, o rol de condutas previstas no art. 195 da Lei de Propriedade Industrial seriam considerados atos de concorrência ilícita e não desleal. Esta discussão, no entanto, não é relevante para a presente discussão. Silva, Alberto (2013, p. 48 a 53) faz uma compilação extensiva do posicionamento adotado pelos principais autores brasileiros sobre o tema de concorrência ilícita, concluindo que, em seu posicionamento, de que concorrência ilícita seria aquela que viola a lei ou contrato (ex. violação de patente ou de compromisso de não concorrência), ao passo que concorrência desleal seria aquela contrária aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

<sup>117</sup> Inciso III, do art. 195, da Lei de Propriedade Industrial.

<sup>118</sup> Art. 209 da Lei de Propriedade Industrial.

<sup>119</sup> BARBOSA, Denis, 2011, p. 18.

diferentemente do que ocorre com as infrações à ordem econômica, que pode se caracterizar independente do intuito do agente.<sup>120</sup>

Por se tratar de uma tutela jurídica voltada a proteger os agentes econômicos contra eventuais condutas praticadas por seus concorrentes, além das sanções penais previstas na Lei de Propriedade Intelectual, este diploma também prevê a possibilidade de que aquele que sofreu danos decorrentes de um ato de deslealdade busque o devido ressarcimento na área cível (art. 210).

Ademais, não se pode olvidar que, além do tratamento específico do tema da Lei de Propriedade Industrial, a repressão à concorrência desleal se dá sob a orientação da Constituição Federal – assim como ocorre com o Direito Antitruste, também fundamentado nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência – e, conseqüentemente, tem por escopo principal promover a atenção à cláusula finalística<sup>121</sup> de promoção do desenvolvimento social e construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, objetivos maiores da Constituição Federal, previstos em seu artigo 3º, bem como se adaptar aos outros núcleos de interesse previstos nos arts. 5º e 170 da Carta Maior.

Neste sentido, verifica-se, sob a perspectiva finalística constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, um alinhamento de funções entre a repressão à concorrência desleal e a defesa da concorrência. Ao vedar a concorrência desleal e permitir que os agentes econômicos superem ou alijem um agente econômico menos eficiente através de mudanças no paradigma concorrencial - por meio da inovação, dinâmica, organização, mudanças de objetivo etc. – a repressão à concorrência desleal é compatível com o Direito e com os interesses constitucionalmente tutelados.

### *2.3.3 A aproximação entre as funções da defesa da concorrência e da repressão à concorrência desleal sob uma perspectiva econômica*

Além desta função semelhante como um instrumento jurídica de proteção da livre concorrência e da livre iniciativa, sob a perspectiva econômica, o Direito Antitruste e da repressão à concorrência desleal também se aproximam.

---

<sup>120</sup> SOUSA, 2016.

<sup>121</sup> JABUR & SANTOS, 2007, p. 57.



Com efeito, apesar de os estudos jurídicos dos atos de concorrência desleal tradicionalmente não fazerem ligação entre este instituto e as principais correntes econômicas de análise de infração à ordem econômica (nem mesmo estudos que discutem concorrência<sup>122</sup>), é possível identificar que, sob a perspectiva da economia clássica e neoclássica, que fundamentam as escolas de Harvard e de Chicago (em especial, a primeira), a vedação à concorrência desleal teria função exatamente idêntica à do Direito Antitruste, ou seja, a de preservar o ambiente competitivo e evitar a eliminação indevida da concorrência, o que pode levar à perda do bem-estar social. Sob a visão de Chicago, por exemplo, a vedação a atos confusórios exercida pela repressão à concorrência desleal reduz os custos de procura do consumidor (pelo produto com determinadas características que ele quer comprar), gerando, assim, um bem-estar ao consumidor.<sup>123</sup>

Por sua vez, sob a perspectiva schumpeteriana, também há alinhamento entre a repressão à concorrência desleal e o Direito Antitruste. Isso se dá, em especial, sob a teoria que define a deslealdade com base no Princípio da Própria Prestação, na medida em que a vedação legal à locupletação do esforço alheio cria incentivos à diferenciação e à inovação, os quais geram bem-estar social, na medida em que o agente econômico se vê protegido da apropriação indevida de seus esforços por terceiros.

Neste tocante, a repressão à concorrência também pode exercer a importante função de garantir que os agentes econômicos possam se valer do *leading time* decorrente de seus esforços de inovação<sup>124</sup>, permitindo que aquele que desenvolveu uma criação não tutelada por um direito de exclusiva tenha, temporariamente e de forma fugaz, lucros fartos e imediatos e, em seguida, desenvolva nova empreitada, buscando a geração de novas criações.<sup>125</sup> Ou seja, a repressão à concorrência desleal pode afastar temporariamente *free-riders*, o que também contribui para o fomento de inovação.

#### 2.3.4 Diferenças entre a repressão à concorrência desleal e o Direito Antitruste

Contudo, em que pese essa evidente proximidade entre estas duas tutelas do princípio da livre concorrência, a repressão à concorrência desleal distancia-se do Direito Antitruste na

---

<sup>122</sup> ZEGER, 2010 e SOUSA, 2016.

<sup>123</sup> LANDES & POSNER, 2003, p. 167.

<sup>124</sup> SWANN, 2010, p. 106 apresenta interessante dado no sentido de que as empresas consideram o *leading time* como método mais importante para a proteção de seus direitos de propriedade industrial e que os métodos institucionais de proteção (direitos de exclusiva (como patente, marcas etc.) são menos importantes do que outros métodos estratégicos (segredo de negócio, contratos de exclusividade etc.).

<sup>125</sup> BARBOSA, Pedro, 2018, p. 305 e ss.

medida em que uma eventual análise dos efeitos econômicos da conduta desleal é feita exclusivamente sob a perspectiva do concorrente lesado por tal ato.

Potenciais efeitos difusos da conduta, positivos ou negativos, deixam de ser observados pela tutela jurídica da repressão à concorrência desleal.

Neste sentido, é relevante notar que, em que pese a Lei de Propriedade Industrial poder servir como instrumento tanto de política industrial<sup>126</sup> como política de comércio exterior,<sup>127</sup> as normas de repressão à concorrência desleal não são aplicadas sob nenhuma perspectiva de nenhuma política pública, restando também fora da competência do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Como consequência, diferentemente do que ocorre com o Direito Antitruste, a aplicação das normas de concorrência desleal se dá de forma dispersa e casuisticamente pelos tribunais estaduais de justiça,<sup>128</sup> que têm por função a pacificação da lide posta à sua apreciação (e não a de desenvolver ou aplicar políticas públicas), atuando sob um *tunnel vision* que se dedica a atender o interesse privado das partes litigantes, sem preocupação com interesses difusos ou sem servir a uma política pública específica.<sup>129</sup>

Tem-se, assim, a repressão da concorrência desleal como ferramenta relevante de promoção do bem-estar e de eficiências (dinâmicas ou estáticas), que não é aproveitada pelo Poder Público brasileiro para promover políticas públicas.

Ademais, verifica-se que, pela ausência de embasamento em alguma política pública<sup>130</sup> e pela forma como é aplicada, focada no interesse privado das partes litigantes, a repressão à concorrência desleal tende a não dialogar com os demais núcleos de interesse previstos na Ordem Econômica Constitucional e com políticas públicas que buscam atender aos interesses de desenvolvimento nacional.

---

<sup>126</sup> CHANG, 2004; MASKUS, 2000, p. 145.

<sup>127</sup> ARDISSONE, 2014.

<sup>128</sup> Apesar de ser matéria de competência das justiças ordinárias, é possível que a concorrência desleal seja discutida de forma indireta em ações de nulidade de registros de marca, de nulidade patente ou qualquer outro direito de exclusiva que, por ter o INPI no polo passivo, atrai a competência da discussão sobre a concorrência desleal para que seja apreciada pelo Justiça Federal.

<sup>129</sup> Cumpre menção à posição de Hovenkamp, baseada na análise da jurisprudência norte americana, no sentido de que as próprias normas de concorrência desleal garantem equilíbrio entre a manutenção da competitividade e o fomento de inovação, tendo pouco a fazer para isso os juízes que examinam matéria de Propriedade Intelectual, o que seria equivalente a encontrar um equilíbrio entre o interesse público e privado dos direitos de exclusiva (HOVENKAMP, 2005).

<sup>130</sup> “Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)” (SOUZA, 2006).

Lembre-se, neste tocante, que o Direito Antitruste, com mecanismos legais para se harmonizar com outros núcleos de interesse constitucional, os quais vão desde a previsão expressa dos princípios orientadores da sua aplicação (art. 1º da Lei Federal nº 12.529/11) às “válvulas de escape”, admitem até mesmo a isenção das fontes normativas antitruste em prol de outros objetivos do Poder Público.

O mesmo não ocorre com a repressão à concorrência desleal. A Lei de Propriedade Industrial, que normatiza tal instituto na legislação brasileira, não conta com qualquer mecanismo legal prevendo uma integração da repressão à concorrência desleal com o interesse público e com a Constituição Federal. Contribuindo para este quadro de isolamento da repressão da concorrência desleal em relação ao interesse público, nota-se ainda que este instituto não é aplicado sob nenhuma política pública específica, que teria o condão de realizar esta integração necessária.

É certo que se pode arguir que, sendo o Direito sistêmico, o Poder Judiciário, ao aplicar as normas de repressão à concorrência desleal, é obrigado a observar os outros ditames constitucionais, havendo, assim, harmonia do instituto com os demais interesses constitucionais.

Contudo, ao utilizar um instrumento legal dentro de uma política pública, há um objetivo, um interesse específico que o Poder Público procura alcançar (promoção de determinado setor de infraestrutura, política de exportação, da exportação nacional etc.), ao passo que a aplicação das normas pelo Poder Judiciário se dá fora do contexto de um objetivo expresso do Poder Público.

Conclui-se, assim, que, se o princípio constitucional da livre concorrência, em sua dimensão pública, se harmoniza e, muitas vezes, se submete a outros interesses públicos, os quais também buscam promover o desenvolvimento nacional, como visto, parece equivocada que o mesmo não ocorra com a repressão da concorrência desleal. Ou seja, que a sua aplicação se dê de forma isolada, sem discutir o equilíbrio da tutela da liberdade de iniciativa e de concorrência exercida pela concorrência desleal, atende sua função social e se compatibiliza com a tensão pré-constitucional oferecida pelos demais interesses constitucionais.

#### *2.4 Concorrência Desleal e sua repressão como instrumento de restrição da Concorrência*

Esta ausência de uma política pública que norteie a aplicação das normas de concorrência desleal e que permita a sua harmonização com os demais núcleos de interesses tutelados pela Constituição ou por políticas públicas, não afasta o fato de que tal regra legal

afete estes outros interesses e políticas públicas, sendo o mais evidente a interação entre a repressão à concorrência desleal e a política de defesa da concorrência, que é exatamente o objeto do presente estudo.

Inicialmente, considerando que a repressão à concorrência desleal está inserida no ramo da Propriedade Intelectual (apesar de não versar sobre um Direito de exclusiva), cabe menção à discussão sobre a interface entre a Propriedade Intelectual e a defesa da concorrência, que pode levar, superficialmente, à equivocada ideia de que haveria conflito entre estes institutos, na medida em que a Propriedade Intelectual conferiria ao seu titular o monopólio na exploração econômica de um bem imaterial, o que se contraporiria às normas antitruste.

Afinal, os direitos de Propriedade Intelectual – assim como qualquer outro direito de propriedade –, asseguram ao seu titular um poder de disposição e controle sobre oportunidades econômicas reconhecidas socialmente, o que lhe permite excluir terceiros do uso e da fruição do objeto do direito.<sup>131</sup> Como decorrência, ao tornar exclusiva uma oportunidade de explorar a atividade empresarial, o direito de Propriedade Intelectual, a princípio, acaba se aproximando do monopólio<sup>132</sup> e, assim, em certa medida, restringe a concorrência.

Ocorre que, ao se atribuir um direito de Propriedade Intelectual a um titular, não lhe é garantido qualquer monopólio econômico ou vantagem competitiva, uma vez que “*a exclusividade recai sobre um meio de se explorar o mercado, sem evitar que, por outras soluções técnicas diversas, terceiros explorem a mesma oportunidade de mercado*”.<sup>133</sup>

A exclusividade decorrente de uma Propriedade Intelectual não confere ao seu titular o monopólio e tampouco lhe garante qualquer poder de mercado. Tal exclusividade, em verdade, apenas assegura uma possibilidade – que, portanto, é incerta – ao seu titular de reter vantagens competitivas em relação aos seus concorrentes, o que, eventualmente, pode vir a lhe garantir a dominação de parcela de mercado.<sup>134</sup>

Com efeito, a titularidade de uma Propriedade Intelectual (e o direito de excluir terceiros, que lhe é inerente), *per se*, não garantem a ninguém o monopólio econômico ou sequer qualquer garantia de parcela do mercado.

---

<sup>131</sup> MELLO, 2009, p. 445-482.

<sup>132</sup> BARBOSA, Denis, 2010, p. 30.

<sup>133</sup> BARBOSA, *idem*, p. 31.

<sup>134</sup> MELLO, *op. cit.*

Ademais, é importante notar que o direito de Propriedade Intelectual possui outro efeito, além de criar uma restrição à concorrência, que é o de incentivar e fomentar a introdução e a divulgação de inovações e de conhecimento, o que gera bem-estar à sociedade.

Essa ambiguidade de efeitos do direito de Propriedade Intelectual se compatibiliza plenamente com a defesa da concorrência, que afasta a ilicitude de condutas, a qual, mesmo gerando efeitos restritivos de concorrência, é compensada pelos efeitos positivos decorrentes desta mesma conduta.

Neste tocante, destaque-se que a concorrência, sob a perspectiva dinâmica da visão schumpeteriana, admite eventuais restrições concorrenciais, na medida em que se caracteriza exatamente como processo ininterrupto em que os agentes buscam a obtenção de vantagens competitivas capazes de proporcionar lucros de monopólio – ainda que temporários – e, para tanto, utilizam estratégias a fim de se diferenciar de seus concorrentes. Uma destas estratégias (provavelmente a principal) é a utilização da inovação.

Assim, pode-se entender o papel da Propriedade Intelectual como complementar à defesa da concorrência, na medida em que os direitos de Propriedade Intelectual têm a função de “[...] evitar que esses ganhos monopolísticos sejam rapidamente exauridos por imitação fácil e difusão precoce”, sendo “condição indispensável para assegurar retorno econômico aos investimentos (de P&D, principalmente) voltados às inovações bem-sucedidas, viabilizando um fluxo razoável destas e os efeitos dinâmicos de bem-estar decorrentes”.<sup>135-136</sup>

Denota-se, portanto, que “o objetivo de ambos é promover a inovação e, conseqüentemente, a concorrência e o desenvolvimento econômico”.<sup>137</sup>

Enquanto o direito de Propriedade Intelectual incentiva a inovação através da garantia da exploração exclusiva de um bem imaterial, o Direito Antitruste garante que tal exploração possa ser realizada em ambiente competitivo.

Por estas razões, a doutrina é pacífica em não verificar qualquer incongruência entre os direitos de propriedade industrial e a defesa da concorrência, salvo hipótese em que há abuso no exercício de alguma Propriedade Intelectual, quando a exploração de um bem intelectual se desvia de sua finalidade de promover o fomento da produção de conhecimento, tecnologia e desenvolvimento<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> POSSAS, 2002, p. 250.

<sup>136</sup> Ainda que a inovação não necessariamente irá importar em melhorias para o consumidor e para a sociedade (SWANN, 2009, p. 249/250).

<sup>137</sup> CARVALHO, 2011, p. 40.

<sup>138</sup> LILLA, 2014, p. 261; GOYDER, 2003, p. 219; ROSENBERG, 2008

A mesma lógica pode se verificar em relação à repressão à concorrência desleal; apesar de tal instituto não ter por escopo a concessão de exclusividades ou de monopólios na exploração de um bem imaterial, ele também tem o condão de restringir a concorrência de forma difusa, quando exercido de forma abusiva. Contudo, esta não é a única hipótese em que a concorrência desleal, ou a sua repressão, podem levar à restrição indevida da concorrência.

Em primeiro lugar, cabe notar que, como visto em relação ao próprio Direito Antitruste, o princípio da livre concorrência é contraditório e autofágico<sup>139</sup>: a livre e leal concorrência leva invariavelmente à concentração do mercado, na medida em que o agente econômico mais eficiente, por seus próprios méritos, se destacará de seus concorrentes, eliminando-os. A repressão à concorrência desleal, ao contribuir para o livre funcionamento do mercado, também colabora para esse processo natural de concentração.

Ademais, tem-se a possibilidade de que um ato de concorrência desleal praticado contra um concorrente surta efeitos difusos sobre a concorrência, o que atrai a incidência tanto das normas de repressão à concorrência desleal, como das normas antitruste. Esta hipótese pode ocorrer especialmente em mercados concentrados,<sup>140</sup> quando a tentativa de eliminação de um concorrente por meio desleal pode trazer efeitos deletérios.<sup>141</sup>

Por sua vez, o uso das normas de repressão à concorrência desleal também pode levar à indevida restrição quando há exercício abusivo deste direito, sempre que é utilizado como instrumento para proteção de bens intangíveis.

Esclareça-se, neste sentido, que um bem imaterial, por si mesmo, nunca é protegido pelos mecanismos da concorrência desleal. O que se tutela, como se verá, é a posição concorrencial de quem se utiliza, com exclusividade de fato, ou sem nenhuma exclusividade, mesmo de fato, de bens incorpóreos, informações, ou quaisquer outros bens de interesse concorrencial.<sup>142</sup>

Contudo, o uso deste bem pode conferir ao agente econômico uma expectativa razoável de receita, que é tutelado pela repressão à concorrência desleal, ou o seu uso de terceiro pode induzir o consumidor à confusão, o que também é vedado pela mesma norma.

Portanto, bens intangíveis, que não são objeto de um direito de exclusiva, muitas vezes, acabam tendo seu uso a “título exclusivo” garantido pela fonte normatiza geral de vedação à concorrência desleal, sob a garantia de proteção à expectativa de receita e,

---

<sup>139</sup> BECK, 2010.

<sup>140</sup> SALOMÃO Filho, 2003, p.103.

<sup>141</sup> FORGIONI, 2015, p. 244.

<sup>142</sup> BARBOSA, 2010, p. 466.

principalmente, à vedação da concorrência desleal. Por esta razão, determinados modelos de negócio, a proteção de signos distintivos não registráveis (como *trade dress* ou expressões de propaganda) e determinadas posições mercadológicas são protegidas, de forma repressiva, por meio da concorrência desleal.

Assim, apesar de a exclusividade ser exceção na regra geral da cópia livre,<sup>143</sup> a vedação à concorrência desleal admite determinadas limitações a esta regra, em especial nos casos de proteção do *leading time*, como já visto.

Ocorre que, muitas vezes, o agente econômico utiliza o instrumento da repressão à concorrência desleal para proteger bens amplamente comuns ou para prorrogar de maneira indevida o seu *leading time*. Nestas hipóteses, há desvio da finalidade e, conseqüentemente, abuso da norma de repressão à concorrência desleal, que gera tanto a restrição indevida da concorrência, pois impede o uso de bens livres pelos demais agentes econômicos, como também serve para manter o agente econômico em posição de segurança, o que o torna menos atraído a desenvolver inovações.

Vale notar ainda que este expediente de extensão indevida do *leading time* ou de manutenção indevida de uma posição concorrencial é muitas vezes feito também através da falsa alegação de um direito de exclusiva<sup>144</sup>, o que, além de ser conduta de concorrência desleal (art. 195, I, da LPI), também pode caracterizar *sham litigation*,<sup>145</sup> que consiste em abuso do direito de petição através da utilização de medidas judiciais e extrajudiciais baseadas em argumentos evidentemente improcedentes ou fraudulentos, com o intuito de criar barreiras de entrada (em especial, nos casos que envolvem direitos de exclusiva), aumentar os custos dos rivais e eliminá-los. Ou seja, é o uso da ação para o fim único e exclusivo de restringir a concorrência.

Tem-se, assim, nesta hipótese ou na proteção abusiva da repressão à concorrência desleal, a realização de verdadeiras condutas desleais, que imputam danos ao agente econômico ao qual é atribuída a falsa ou abusiva alegação de prática de deslealdade<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> Extrapolando os aspectos morais que justificam a concorrência desleal, Denis Barbosa verifica a livre concorrência fundada em uma visão de eficiência como regra crucial de comportamento, destacando que o uso livre é a regra, excetuada a confusão. (BARBOSA, Denis 2011, p. 18).

<sup>144</sup> SCASSA, 2009.

<sup>145</sup> “Um empresário, com o objetivo de causar prejuízo financeiro, bem como desviar a atenção dos negócios de seu concorrente, começa a propor uma série de ações judiciais, sem real fundamento, contra o mesmo. O objetivo claro de tal atitude é de prejudicar o negócio alheio de seu concorrente, aumentando suas despesas decorrentes dos processos judiciais, bem como prejudicar a sua reputação” (ALMEIDA, 2004, p. 197-198).

<sup>146</sup> “O exercício da demanda não constitui somente motivo de sérias apreensões para quem pretende, na qualidade de autor, exigir o cumprimento de uma obrigação ou pedir a solução a uma controvérsia, tão grave ao

Este mesmo problema se verifica nos casos de aproveitamento parasitário, em que um agente econômico busca que um terceiro, que com ele não concorre, seja impedido de utilizar determinados signos ou bens intangíveis não protegidos por tutela específica de direito de exclusiva, sob a alegação de haver apropriação ou enriquecimento ilícito.

Em que pese não haver unanimidade na doutrina sobre a legalidade da alegação de aproveitamento parasitário fora da sua especialidade,<sup>147</sup> verifica-se que tal instituto, corolário da vedação à concorrência desleal, tem o condão de impor severas restrições à livre iniciativa, que extrapolam os mercados nos quais atuam os agentes econômicos supostamente lesados. Novamente, tem-se o uso da repressão à concorrência desleal como instrumento de limitação da concorrência difusa, em que um único agente se beneficia em detrimento de toda a sociedade, que poderia se beneficiar da atuação do agente ao qual está sendo imputada a prática de aproveitamento parasitário.

Verifica-se, portanto, que a aplicação das fontes normativas de repressão à concorrência desleal, como atualmente é feita, carente da orientação de uma política pública, dá azo a diversos conflitos da proteção da livre concorrência exercida pela repressão à concorrência desleal com os outros princípios constitucionais, mas também abriga contradições entre a dimensão pública e privada da proteção à livre concorrência.

## 2.5 Metodologia

Esta seção apresenta a metodologia, dividida em quatro subseções. A primeira, consiste no levantamento da literatura que serviu de fundamento para a seção que a precede, sobre a pergunta de pesquisa, dos objetivos e da hipótese e que é seguida pela subseção de método e técnicas de pesquisa e pela subseção da coleta de dados.

---

interesse que defende, que dá razão ao brocardo: *mais vale uma má acomodação que uma não demanda*. Dizer, portanto, que quem demanda usa do seu direito e, assim, não causa *damno* a ninguém, é esquecer que o litigante tem um adversário e que este, quando assistido por um direito, deve estar a coberto de quaisquer ataques injustos (AMERICANO, 1932, p.50)

<sup>147</sup> Apesar de ser algo comumente aduzido nas lides judiciais, Pedro Barbosa (2011, p. 32) manifesta-se de forma contrária à licitude do argumento do aproveitamento parasitário: “Entretanto, vedar o uso extra-concorrencial de um signo distintivo – na maioria das vezes evocativo – importaria em contrariar o sistema constitucional que pugna pela livre concorrência, em detrimento de uma eventual expansão mercantil pelo titular da marca famosa, mas restrita a um determinado ramo. Mas exatamente uma postura que o Direito tem denegado, através da proibição de marcas defensivas, da previsão de caducidade e licenças compulsórias, do uso de esgotamento de direitos, etc. Há um interesse básico na economia de favorecer o investimento real e agora, e não de criar feudos em favor de *absent land lords*. A tese, neste caso não é mais comunista, mas feudal. Nada mais antípoda à economia de mercado. Portanto, a previsão normativa que constitui a causa à proteção dos direitos de propriedade industrial é vinculada a lealdade, aos atos de boa-fé, à proteção aos investimentos, e ao incentivo ao desenvolvimento.”



### 2.5.1 Levantamento de literatura

No que diz respeito à pesquisa de literatura sobre a repressão à concorrência desleal no intuito de destacar seus efeitos sobre a livre concorrência e as externalidades dela decorrente para outros agentes econômicos e seus respectivos núcleos de interesse, além das indicações bibliográficas do orientador deste trabalho, do aproveitamento da bibliografia sugerida pelos professores das matérias cursadas (seja na ementa de cada matéria ou ao longo das aulas), foram realizadas pesquisas por dissertações e teses nas principais universidades do país a respeito dos temas ora sob estudo, além de buscas de artigos e periódicos no Portal Periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e em bases internacionais, como: *Web of Science*, *Google Scholar*, *Oxford Journals (Oxford University Press)*, *Harvard Law Review*, *Stanford Law Review*, *Columbia Law Review*, *European Competition Law Review*, *European Intellectual Property Review*.

As palavras-chave utilizadas nessas pesquisas foram “concorrência desleal”, “defesa da concorrência”, “antitruste”, “concorrência desleal e antitruste”, “concorrência desleal e a defesa da concorrência”, “análise econômica da concorrência desleal”, “análise empírica da concorrência desleal” e suas traduções em inglês.

### 2.5.2 Pergunta, objetivos e hipótese

Tendo como referência a visão privatista da concorrência desleal destacada pela literatura levantada e a sua limitação quanto a discutir a sua correlação com o interesse público, formulou-se a seguinte *pergunta geral de pesquisa*: como se relacionam a concorrência privada, tutelada pelo instituto da repressão à concorrência desleal, e a política brasileira de defesa da concorrência?

Buscando responder a essa pergunta, a presente pesquisa tem como *objetivo central* realizar uma análise empírica das decisões proferidas pela CADE que versaram sobre repressão à concorrência desleal com o intuito de verificar se existem casos julgados por esse Conselho em que se reconheceu que um ato de concorrência desleal praticado contra um agente econômico específico, pode também apresentar efeitos difusos e prejudicar a concorrência e toda a coletividade.

Como objetivos secundários almeja-se verificar (i) se é possível inferir destas decisões elementos ou características objetivas que permitam ajudar a identificação da infração à ordem econômica em futuros casos; (ii) se as decisões utilizam o mesmo instrumento analítico típico da defesa da concorrência para avaliar os efeitos econômicos dos atos de repressão à concorrência desleal; e (iii) se as decisões proferidas pelo CADE versando sobre repressão à

concorrência desleal estabelecem *links* diretos ou indiretos com os resultados almejados pela política de defesa da concorrência e pela Constituição Federal.

Partindo do entendimento de que a política antitruste tem o condão de realizar a harmonização da perspectiva pública da concorrência tanto com a perspectiva privada como com os demais interesses da constituição, formula-se a *hipótese* de que o CADE, ao analisar casos versando sobre concorrência desleal, integra este instituto com os objetivos da defesa da concorrência e, ainda que de forma reflexa, com o atendimento aos fins constitucionais.

### 2.5.3 Método e técnicas de pesquisa

A classificação metodológica desta Dissertação é um estudo de casos descritivo-exploratório baseado em métodos mistos sequenciais.<sup>148</sup> A presente pesquisa ainda se caracteriza por adotar uma *alegação de entendimento pragmática*, em que suposições sobre *como* aprender e *o que* aprender durante a investigação não são comprometidas com um único sistema de filosofia e realidade, um único paradigma,<sup>149</sup> sendo utilizado o método de abordagem empírica do Direito,<sup>150,151,152</sup> que busca entender como ocorrem os efeitos do Direito formal no mundo real.

Para tanto, será realizada uma análise quantitativa e qualitativa das decisões proferidas pelo CADE que envolvam, direta ou indiretamente, o argumento de repressão à concorrência desleal.

A partir dessa pesquisa documental<sup>153</sup> dos casos particulares, selecionados através do método indutivo,<sup>154</sup> sem a pretensão de sugerir regras ou conclusões generalizantes, será possível identificar dados que permitam facilitar a análise de futuros casos versando sobre o tema.

### 2.5.4 Coleta de Dados

Os dados de análise da presente pesquisa serão as decisões levantadas nas bases de dados do CADE, constantes em seu site institucional,<sup>155</sup> versando sobre concorrência desleal. Em tese, em que pese a atuação do CADE de excluir de seu âmbito de atuação discussões

---

<sup>148</sup> CRESWELL, 2007, p. 35.

<sup>149</sup> CRESWELL, Idem, p. 29.

<sup>150</sup> PARTINGTON, 2011.

<sup>151</sup> GALLIGAN, 2011.

<sup>152</sup> NIELSEN, 2011.

<sup>153</sup> ADEODATO, 2015, p. 5.

<sup>154</sup> MARCONI & LAKATOS, 2003, p. 86.

<sup>155</sup> Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>

privadas entre agentes econômicos, diversos são os casos que foram levados à apreciação do órgão sobre concorrência desleal como resultado de um direito de petição<sup>156</sup> das partes.

Contudo, é certo que nos casos em que o CADE enfrentou esta questão, a atuação do órgão sempre se deu mediante a superação da discussão privada entre os agentes econômicos para verificar a proteção da livre concorrência e dos interesses difusos, como é seu mister.

Dessa maneira, a análise de decisões proferidas pelo CADE sobre esse instituto serve tanto para identificar como aquela Autarquia integra os interesses privados dos agentes econômicos com o interesse coletivo tutelado pelo Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência, como para permitir a identificação de quantos e quais casos sobre concorrência desleal já foram decididos pelo CADE. Visa, principalmente, analisar quais são as características factuais que levam uma disputa privada entre agentes econômicos a afetar toda a dinâmica concorrência de determinado mercado.

No que diz respeito ao levantamento das decisões do CADE que foram objeto de análise, utilizou-se como parâmetro de busca os seguintes termos: “concorrência desleal” e “concorrência” em conjunto com “desleal”, buscando identificar, obviamente, os casos de concorrência desleal apreciados por aquela agência reguladora. Ademais, buscando realizar um levantamento mais completo e abrangente, pesquisou-se pelos termos “Propriedade Intelectual” e “Propriedade” em conjunto com “Intelectual”, na medida em que casos de concorrência desleal poderiam ser apreciados pelo CADE sob uma discussão sobre concorrência interdita. Ainda buscando um levantamento mais abrangente e considerando a possibilidade de a concorrência desleal ser levada ao CADE sob a discussão de *sham litigation*, foram ainda pesquisados os seguintes termos: “*sham litigation*” em conjunto com “patente”, “*sham litigation*” em conjunto com “marca” e “*sham litigation*” em conjunto com “direito autoral”.

Cumprindo ainda esclarecer que na interface do sistema de pesquisa do CADE existe a opção de pesquisar livremente qualquer termo nos seguintes tipos de documentos: i) processos; ii) documentos internos; e iii) documentos externos, que devem ser marcados, conforme o objeto da pesquisa.

Em relação aos “processos”, significa que a pesquisa buscará pelo termo solicitado na descrição dos processos administrativos do CADE. Já em relação aos documentos internos, importa que a busca pelo termo pesquisado será realizada nos documentos de autoria do

---

<sup>156</sup> Art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal.

CADE, tais como decisões, pareceres, memorandos etc. Por fim, os documentos externos são aqueles de autoria de terceiros, petições, *e-mails*, provas, ofícios etc.

Tendo em vista que o objetivo do presente trabalho é analisar as decisões proferidas pelo próprio CADE, não houve busca pelo termo pesquisado nos documentos externos.

Esclareça-se, ainda, que a pesquisa apresenta um recorte temporal limitado ao período de decisões constantes no banco de dados da autarquia.

Com base nestes parâmetros de busca foram encontrados 140 resultados, ou seja, 140 menções aos termos de pesquisa indicados acima em documentos internos do CADE.

Excluindo-se os resultados repetidos (hipótese em que um processo é mencionado mais de uma vez, por terem sido encontrados mais de um documento interno relativo ao mesmo processo) e os resultados relativos a pareceres internos, relatórios de viagem, relatórios de cooperação nacional e relatórios de cooperação internacional, uma vez que não são decisões administrativas sobre casos de infrações à concorrência, restou, ao final, como processos objeto da presente pesquisa somente os resultados referentes a atos de concentração, processos administrativos, requerimentos de Termo de Compromisso de Cessação (TCC), averiguação preliminares, procedimento preparatório, perfazendo um total de 43 processos (Anexo I).

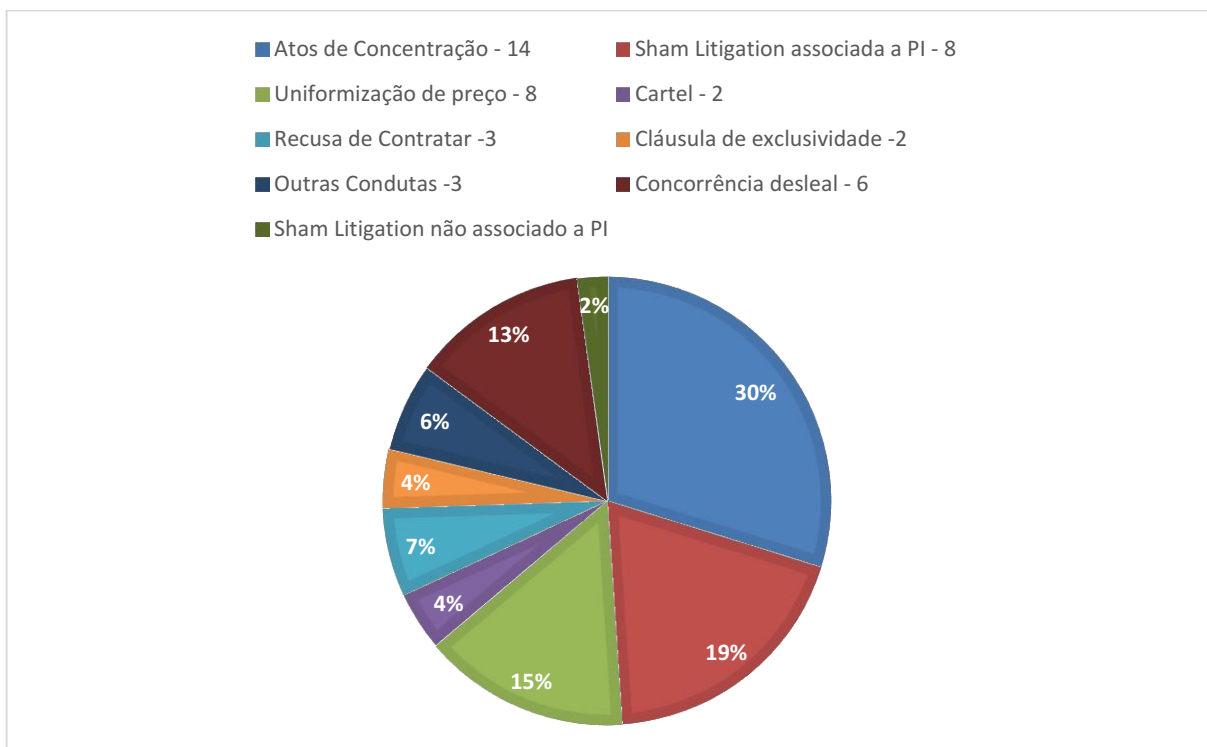
Além das decisões levantadas conforme a metodologia descrita acima, ainda foram incluídas na presente análises outros casos que versavam sobre concorrência desleal, os quais, apesar de não terem surgido na pesquisa, foram mencionados pelas decisões mencionadas ou pela literatura estudada, resultando no total de 53 (cinquenta e três) casos que foram objeto de um tratamento de taxonomia. Esta consiste em um método qualitativo de dados fechados e busca realizar o levantamento de dados de individualização e dados materiais dos casos administrativos julgados pelo CADE.

### 3 ANÁLISE EMPÍRICA DAS DECISÕES DO CADE

A partir dos parâmetros de busca pesquisados, já identificados no item 2.5 (Metodologia), foram encontrados 43 casos. Além destes 43 casos, ainda foram adicionados outros quatro, mencionados por decisões analisadas e pela literatura pesquisada como processos administrativos do CADE que também versaram sobre concorrência desleal e/ou *sham litigation* associada à Propriedade Intelectual, os quais serão objeto de análises quantitativa e qualitativas nos itens a seguir.

Após o levantamento e análise de todos estes 47 casos, foi possível agrupá-los da seguinte forma:

**Gráfico 1 Total de casos analisados**



Fonte: Elaboração própria

#### 3.1 Decisões objeto de análise qualitativa

Tendo sido feito o mapeamento de todas as decisões, verificou-se que muitas não vieram a ser objeto de análise qualitativa em razão de não discutirem direta ou indiretamente o objeto do presente estudo, qual seja, a interface entre a concorrência desleal e a defesa da concorrência.

Por exemplo, muitos dos casos sobre atos de concentração mencionavam tão apenas o termo “Propriedade Intelectual” como citação ao Guia de *Gun Jumping* do CADE, que menciona a troca de informações sobre Propriedade Intelectual como indício do *gun jumping*.<sup>157</sup>

Muitos outros casos sequer versavam sobre concorrência desleal ou Propriedade Intelectual, apesar de terem sido encontrados no levantamento realizado, utilizando-se as palavras-chave de busca.

Por exemplo, um curioso caso em que o MM. Juiz Federal da 21ª Vara Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal<sup>158</sup> ordenou o encaminhamento de cópia integral dos autos para o CADE, a fim de que se investigasse a possível prática de infração à ordem econômica, pois, nesta ação, o Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes (SINDICOM) defendeu a legitimidade da majoração de tributo questionado por empresas do setor. Ao cabo, a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/CADE) não identificou indícios de infração da ordem econômica nos termos do artigo 36 da Lei 12.529/11, que justificassem a instauração de Inquérito Administrativo ou de Processo Administrativo.

É possível destacar ainda o caso relativo à cobrança da taxa de serviço de segregação de contêineres, que, apesar de tratar de hipótese de infração à ordem econômica (conforme reconhecido pelo CADE), não contribui para a presente pesquisa.

Por estas razões, os casos sobre (i) Atos de Concentração; (ii) Cartel; (iii) Recusa de venda; (iv) Contratos com cláusula de exclusividade; (v) *Sham litigation* não associada à Propriedade Intelectual; e (vi) outras condutas não especificadas, as quais não versaram sobre os temas que são objeto do presente trabalho, apesar de terem sido analisadas ao longo da pesquisa, acabaram não servindo ao propósito da presente análise, portanto foram descartadas.

Excluídos estes 26 casos que não atendem ao objetivo da presente pesquisa, restaram 21 que, por tratarem, de alguma forma, a respeito de concorrência desleal, foram objeto da análise qualitativa, realizada no tópico a seguir.

Tendo como base o assunto discutido em cada caso, foi possível agrupá-los nas seguintes categorias:

---

<sup>157</sup> CADE. *Guia Para Análise Da Consumação Prévia De Atos De Concentração Econômica*. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf).

<sup>158</sup> Processo Judicial nº 1010193-81.2017.4.01.3400

<b>Casos versando sobre a prática de um ato de concorrência desleal e seus efeitos difusos sobre a concorrência</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Averiguação Preliminar nº 08000.026056/1996-30 - Oxigases Ltda. vs. White Martins Gases Industriais S.A.;</li> <li>• Processo Administrativo nº 08012.006450/2000-97 - Pepsico&amp;Cia vs. Recofarma Indústria do Amazonas Ltda e SPAL Indústria de Refrescos S/A;</li> <li>• Processo nº 08700.010110/2012-46 - Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel vs. Telemar Norte Leste S.A. e Brasil Telecom S.A. - Oi S.A.;</li> <li>• Processo nº 08012.003918/2005-04 - Secretaria de Direito Econômico - SDE (ex officio) vs. Telemar Norte Leste S/A.;</li> <li>• Processo nº 08700.006964/2015-71- DCE-UnB e a Uber vs. Associação Boa Vista de Táxi – Ponto 1813; Sindicato dos Permissionários de Taxi e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal; Sindicato dos Motoristas e Trabalhadores nas Empresas de Táxi no Estado de São Paulo; Sindicato dos Taxistas Autônomos de São Paulo; Sindicato Intermunicipal dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários, Taxistas e Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens de Minas Gerais; Sindicato dos Taxistas do Distrito Federal; Associação de Assistência aos Motoristas de Táxi do Brasil; José Renan de Freitas; Sérgio Aureliano e Silva; Antônio Raimundo Matias dos Santos; Natalício Bezerra Silva; Ricardo Luiz Faedda; e André de Oliveira; e</li> <li>• Processo Administrativo nº 08012.007155/2008-13 - ZF Serviços Ltda vs. Associação dos Centros Comerciais Atacadistas de Santa Catarina (ACECOMVI) e Jorge Luiz Seyfferth.</li> </ul>
Total: 6 casos

<b>Casos em que a repressão à concorrência desleal foi suscitada como argumento de defesa dos agentes econômicos acusados de praticar infração à ordem econômica</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Processos 08700.002566/2017-47 - CADE “Ex Officio” vs. Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Município do Rio de Janeiro; Associação de Repórteres Fotográficos e Cinematográficos do Estado de São Paulo; Sindicato dos Fotógrafos e Cinegrafistas Profissionais Autônomos do Distrito Federal; Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Estado do Espírito Santo (Sindijornalistas/ES);</li> <li>• Processo nº 08700.006965/2013-53 - Foto São José Digital vs. Sindicato dos Fotógrafos, Lojistas e Cinegrafistas do Estado do Piauí e Francisco das Chagas Machado Sobrinho;</li> <li>• Processo nº 08700.012252/2014-00 - Ministério Público do Estado de Minas Gerais vs. Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil em São Paulo, Distrito Federal, Goiás e Rio de Janeiro;</li> <li>• Processo nº 08012.000643/2010-14 – SDE “ex officio” vs. Conselho Federal de Contabilidade – CFC;</li> <li>• Processo nº 08700.006673/2015-82 - SDE “ex officio” vs. Representado: Conselho Regionais de Contabilidade</li> <li>• Processo nº 08700.000719/2008-21- SDE “ex officio” vs. Sindicato das Empresas Segurança Privada, Segurança Eletrônica, Serviços de Escolta e Cursos de Formação do Estado de São Paulo –</li> </ul>

<p>SESVES, José Jacobson Neto e Jose Adir Loiola; e</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Processo nº 08012.011668/2007-30 - Departamento de Polícia Civil do Paraná - DPC/PR vs. Djalma Eugênio Guarda, Itauby Netto José Ramalho Guarda, Claudir Osmir Bolognesi, Jonatas Cerqueira Leite, Mauro César Guarda, Djalma Eugênio Guarda Júnior, Édson Fernandes Gimenes, Sérgio Goés de Oliveira, Emílio Sérgio Santaella, Márcio Jiovane Matiazi, José Eduardo Maluf Adelton Antônio Fevereiro, Oil Petro Brasileira de Petróleo.; Auto Posto Bonanza; Auto Posto Versailles; Auto Posto Versailles II; Auto Posto Versailles ifi; Auto Posto • Flamboyant; Posto Paizão; Auto Posto Exposição; Posto Meninão; Auto Posto Paiguás Ltda.; Auto Posto 10 de Dezembro Ltda.; Posto Tropical; Posto Novo Oriente Ltda.; N. Matiasi &amp; Cia Ltda. (Auto Posto Portelão); AA Fevereiro &amp; Asbahr Ltda.; Posto Carajás; Kahlan Comércio de Combustíveis Ltda (Auto Posto Leblon).</li> </ul>
Total: 7 casos

<b>Casos sobre a prática de <i>sham litigation</i> associada à Propriedade Intelectual</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Processo nº 08012.004283/2000-40 - Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados vs. Box 3 Vídeo e Publicidade - Programa Shop Tour São Paulo Léo Produções e Publicidade Ltda - Programa Shop Tour Campinas</li> <li>• Processo nº 08012.000778/2011-52- CADE "ex officio" vs. Luiz Antônio Cury Galebe, MC 3 Vídeo Produções Ltda., Léo Produções e Publicidade Ltda., Shop Tour International e Shop Tour TV Ltda.</li> <li>• Processo nº 08012.011508/2007-91 - Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos Pró-Genéricos vs. Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company</li> <li>• Processo nº 08012.002673/2007-51 - Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE vs. Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A e Ford Motor Company Brasil Ltda.</li> <li>• Processo nº 08012.006377/2010-25- Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos. Vs. Lundbeck Brasil LTDA. e H. Lundbeck A/S</li> <li>• Processo nº 08012.005335/2002-67 - Nova Atenas vs. Ediouro Publicações S.A</li> <li>• Processo nº 08700.003082/2016-34 - Nova Atenas vs. Ediouro Publicações S.A</li> <li>• Processo nº 08012.005727/2006-50 - Ministério Público Federal do Estado de Minas Gerais vs. Alcoa Alumínio S.A.</li> </ul>
Total: 8 casos

(Fonte: Elaboração própria)

O primeiro grupo de decisões, com efeito, foi o que mais contribuiu para a presente pesquisa, na medida em que enfrentou exatamente o objeto de estudo, fornecendo elementos objetivos que permitem identificar quando um ato de concorrência desleal extrapola a esfera



privada dos agentes econômicos (quem pratica e quem sofre a conduta desleal) e passa a atingir, de forma difusa, a concorrência em si, caracterizando infração à ordem econômica.

Já no segundo grupo de casos tem-se uma abordagem distinta sobre a concorrência desleal. Aqui encontram-se casos em que se tem a repressão à concorrência desleal sendo utilizada como fundamento para se praticar infração à ordem econômica – diversamente do primeiro grupo, em que um agente econômico pratica ato de concorrência desleal e, ao mesmo tempo, infração à ordem econômica. Trata-se de abordar a concorrência desleal sob a perspectiva oposta à tratada no primeiro grupo de casos.

Por fim, o grupo de casos que versa sobre *sham litigation* associado à Propriedade Intelectual segue essa perspectiva de evidenciar a possibilidade de o instituto da repressão à concorrência desleal ser usado não só como instrumento para limitar a concorrência, mas para gerar efeitos análogos ao de um direito de exclusiva.

Neste sentido, vale mencionar que com exceção do caso da Ediouro, que também será examinado pormenorizadamente em um dos subtópicos a seguir, nenhum dos demais casos de *sham litigation* analisados versaram, em tese, sobre concorrência desleal. Com efeito, nestes casos discutiu-se a alegada aplicação de um direito de propriedade intelectual com o objetivo de proteger um ativo intangível que não apresentava as características legais de um direito de exclusiva<sup>159</sup>.

Assim, considerando que a concorrência desleal é usada como uma “carta coringa” para proteger ativos intangíveis que não são protegidos por um direito de exclusiva, é possível entender que tais casos, em que também se buscou exatamente proteger ativos intangíveis protegidos por direitos de exclusiva, de forma análoga, também trataram de concorrência desleal.

A partir da análise destas 21 (vinte e umas) decisões, conforme os grupos identificados a acima, foi possível levantar alguns dados sobre como a concorrência desleal é tratada pelo CADE. Para tanto, será feito um estudo resumido e pontual sobre cada um dos casos antes de se ingressar na análise *per se*.

---

<sup>159</sup> Cumpre a ressalva de que nos casos da Anfape e da Alcoa Alumínio tiveram como objeto a alegação de proteção de desenhos industriais que alegadamente não teriam sido objeto de análise de mérito.

### 3.1.1 Decisões em que o CADE discutiu atos de concorrência desleal e possíveis efeitos difusos

Como já aduzido, dentro do quadro de decisões pesquisadas foi possível identificar um grupo de casos que versou sobre atos tipicamente identificados como desleais, praticados por um agente individual contra outro agente individual e, não obstante esta dimensão privada, os casos foram analisados pelo CADE como condutas unilaterais com potencialidade de gerar efeitos difusos sobre a concorrência.

Estas decisões permitiram identificar elementos do ato de concorrência desleal que indicam o seu potencial efeito difuso, o que certamente contribuiu para o entendimento sobre como é possível realizar a harmonização entre o Direito Antitruste e a tutela da concorrência desleal.

Como se verá adiante, o principal ponto discutido nestes casos foi o poder de mercado dos agentes econômicos que alegadamente estavam praticando atos de concorrência desleal.

#### 3.1.1.1 *Averiguação Preliminar nº 08000.026056/1996-30- Oxigases Ltda. vs. White Martins Gases Industriais S.A*

Observando a ordem cronológica, o primeiro caso enfrentado pelo CADE que envolveu a discussão sobre a questão foi a Averiguação Preliminar nº 08000.026056/1996-30, de relatoria do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado<sup>160</sup>, julgado em 2 de fevereiro de 2007. Este versou sobre a prática de preço predatório e concorrência desleal no mercado de revenda de gás carbônico e outros gases industriais e medicinais na Região dos Lagos e no norte fluminense.

De forma sucinta, a empresa Oxigases Ltda. moveu representação contra a White Martins Gases Industriais S.A. sob a alegação de que, depois de a White Martins ter se tornado coligada de empresa que matinha contrato com a Oxigases, a White Martins passou a praticar preço predatório e abuso de posição dominante.

O Conselho do CADE, ao apreciar o caso, não acolheu as acusações, por reconhecer a dificuldade de verificação da prática de preço predatório, mas decidiu remeter os autos à SOE para verificação de conduta infrativa à ordem econômica, com fulcro no art. 21, V c/c art. 20, 1, II e IV da Lei 8.884/94, uma vez que identificou prática não denunciada de concorrência desleal pela White Martins, descrita a seguir: uma empresa controlada pela White Martins,

---

<sup>160</sup> Ph.D em Economia pelo Queen Mary College, University of London, Mestre em Engenharia de produção pela COPPE-UFRJ e bacharel em economia e em direito.

que mantinha relação comercial com a Representante, sob o pretexto de incrementar a política de vendas, solicitou à Representante a lista de seus clientes e dados estratégicos de vendas, informações essas que foram posteriormente utilizadas pela White Martins – concorrente da Representada, que à época tinha 73% do mercado – para oferecer diretamente aos clientes da Oxigases o produto a preço reduzido.

O voto do Conselheiro Relator enfrentou como questão preliminar se caberia ao CADE investigar a conduta verificada de concorrência desleal, posicionando-se positivamente, verificadas as seguintes condições: (i) o dano decorrente da conduta desleal transborda a lide privada para ganhar contornos difusos; e (ii) o ato de concorrência desleal possa ser tipificado como infração à ordem econômica.

Acerca desta segunda condição, conforme a decisão relatada, o que faz com que uma infração de concorrência desleal se transforme em ilícito antitruste é (i) a existência de poder de mercado e (ii) a possibilidade de que tal prática crie dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços, portanto tendo a possibilidade de gerar efeitos nocivos aos consumidores.

O poder de mercado como elemento caracterizador é novamente destacado pela decisão ao asseverar que:

[...] aqueles atos de concorrência desleal que caracterizem manobras de domínio de mercado pela **eliminação da concorrência em razão do abuso de posição dominante** e pelo aumento arbitrário de lucros constituem abuso de poder econômico.<sup>161</sup>(Grifo nosso)

Com base nestes fundamentos, o voto do Conselheiro Relator afirmou que a caracterização do ilícito como ato de concorrência desleal não afasta, *per se*, a competência do CADE para julgar a matéria.

No mérito, contudo, por entender que não havia sido comprovado que a White Martins teria obtido, através de empresa por ela controlada, informações comerciais que foram por ela usadas para criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de

---

<sup>161</sup> CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo administrativo nº 08000.026056/96-30, fls. 406. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN\\_g5UdP6WBFUcfvQbRNHrQPkiYWCYGIehocNVZLbeB2SbjswzMhvsbfohEBt1dX8VLKWE0-8LVP6a5UmbkzibZ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN_g5UdP6WBFUcfvQbRNHrQPkiYWCYGIehocNVZLbeB2SbjswzMhvsbfohEBt1dX8VLKWE0-8LVP6a5UmbkzibZ).

empresa concorrente, determinou o arquivamento do processo, o que foi acompanhado de forma unânime pelo Plenário.

Em que pese as provas no caso concreto não permitirem a caracterização da infração à ordem econômica, este caso foi o pioneiro a discutir o tema de concorrência desleal no âmbito do CADE e, principalmente, tem relevância por ter identificado o poder de mercado como um elemento (senão o principal) capaz de permitir um liame entre a perspectiva privada e pública da concorrência.

Neste caso, a White Martins detinha cerca de 73% do mercado relevante, de forma que, qualquer conduta desleal que ela praticasse contra qualquer concorrente, certamente teria o condão de restringir ainda mais a concorrência.

Com efeito, em um mercado já concentrado, a saída de um concorrente (seja por sua desídia empresarial, seja em decorrência da deslealdade de seu concorrente) irá tornar o mercado ainda mais concentrado. Quando um agente econômico que já tem poder de mercado (o que implica na presunção de que o mercado já é concentrado) utiliza-se de meios fraudulentos contra um concorrente, o que pode levar à saída deste concorrente, o agente econômico está limitando a concorrência de forma indevida, conforme dispõe o artigo 36 , I, da Lei Antitruste.

*3.1.1.2 Processo Administrativo nº 08012.006450/2000-97 - Pepsico&Cia vs. Recofarma Indústria do Amazonas Ltda e SPAL Indústria de Refrescos S/A*

O segundo caso, em ordem cronológica apreciado pelo CADE discutindo os efeitos difusos da concorrência desleal, foi relatado pelo Conselheiro Eduardo Pontual<sup>162</sup> e julgado em 23 de dezembro do 2013, tendo versado sobre a alegada conduta de concorrência desleal praticada pela Representada (Coca-Cola) contra a Representante (Pepsi-Cola). Esse ato consistiria no uso de relatórios baseados em escutas e grampos telefônicos, feitos por pessoas não identificadas, supostamente contratadas pela SPAL, engarrafadora da Coca-Cola no município de São Paulo-SP, sobre a estratégia da Buenos Aires Emboteliadora ("BAESA"), engarrafadora da Pepsico, para o relançamento de produtos da PEPSI no mercado brasileiro. Trata-se de hipótese tipificada no artigo 195, XI, da Lei de Propriedade Industrial, qual seja, o uso de informações confidenciais sem autorização (obtidas por meio fraudulento).

---

<sup>162</sup> Possui graduação em Ciências Econômicas (Bacharel) pela Universidade Federal de Pernambuco (1991), mestrado em Economia (Master of Arts) - University of Illinois (1993) e doutorado em Economia (Ph.D.) - University of Illinois (1996). Atualmente é professor associado - UFRJ-Instituto de Economia

Na Nota Técnica que recomendou a instauração do processo administrativo, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) apurou participação da Coca-Cola em torno de 50% do mercado relevante de refrigerantes carbonatados, em âmbito nacional. Nota-se, portanto, que este caso também tratava de um mercado relevante bastante concentrado, no qual o agente econômico ao qual se imputou a conduta desleal detinha poder de mercado.

Ao apreciar o mérito do caso, o voto relator, acolhido de forma unânime pelo Plenário, apesar de ter determinado o seu arquivamento em razão da ausência de provas da conduta imputada às Representadas, reconheceu a possibilidade de prática de concorrência desleal ter o potencial de gerar efeitos danosos ao mercado.

Infelizmente o voto não aprofunda quais seriam os requisitos necessários à caracterização da infração à ordem econômica. De qualquer sorte, ante a ausência de provas da realização da conduta imputada<sup>163</sup>, determinou o arquivamento do feito.

Contudo, a decisão enfatizou que o foco da análise realizada eram os potenciais efeitos danosos no mercado decorrentes do uso das informações obtidas deslealmente, na forma de limitação, falseamento e prejuízo à livre concorrência, além de, em última instância, ao consumidor<sup>164</sup>, o que permite identificar que a decisão admitiu que condutas desleal pode, sim, gerar efeitos difusos sobre a concorrência.

*3.1.1.3 Processo nº 08700.010110/2012-46 - Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel vs. Telemar Norte Leste S.A. e Brasil Telecom S.A. - Oi S.A.*

No caso do processo nº 08700.010110/2012-46, julgado em 16 de novembro de 2016, de Relatoria do Conselheiro João Paulo de Resende<sup>165</sup>, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel apresentou representação contra a Telemar Norte Leste S.A. e Brasil Telecom S.A. - Oi S.A., sob a alegação de que as empresas Representadas teriam praticado os seguintes atos:

---

<sup>163</sup> O art. 373 do Código de Processo Civil imputa ao autor da alegação o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito.

<sup>164</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo nº 08012.006450/2000-97, fls. 1.552 Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-ccW\\_879eNoBW4VWnqNm0W4cppKoiuHndAfg4znGe2HpcS1vxEnXav1S57hxkwKJ0iHxNrJjhiZZCbvLxs2wv8](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-ccW_879eNoBW4VWnqNm0W4cppKoiuHndAfg4znGe2HpcS1vxEnXav1S57hxkwKJ0iHxNrJjhiZZCbvLxs2wv8)

<sup>165</sup> Doutor em Economia pelo Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, mestre em Economia pela Universidade Federal de Minas Gerais e bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. É membro da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Ministério do Planejamento e leciona as disciplinas Economia da Regulação e Defesa da Concorrência na Escola Nacional de Administração Pública, em Brasília.

1. corte, sem prévia autorização judicial ou da ANATEL (e até mesmo sem qualquer notificação prévia), de cabos de ligação de telefones da GVT nos postes de acesso aos edifícios residenciais;
2. corte, sem prévia autorização judicial ou da ANATEL (e até mesmo sem qualquer notificação prévia), de cabos de ligação de telefones da GVT em acessos prediais;
3. ligações do *call center* da Oi, com falseamento de identidade de usuário, com fito de pedir cancelamento, junto à GVT, de pedidos de transferência feitos com base no permissivo de portabilidade numérica;
4. graves ameaças físicas e morais, por parte de prepostos da Oi, contra os instaladores de sistemas de telefonia da GVT; e
5. outros comportamentos anticompetitivos, como a interrupção de serviços (*backbone*/dados), aumento de incidentes nas rotas de interconexão, e tratamento demorado de Boletins de Anormalidade (BA's), todos fora dos parâmetros de normalidade.

É interessante, neste caso, que a defesa da Oi, empresa representada, foi exatamente no sentido de que a lide discutida no processo teria caráter estritamente privado ou, eventualmente, regulatório sem qualquer impacto concorrencial difuso.

Neste sentido, a Oi ainda arguiu que a legislação antitruste deixaria claro que as práticas anticompetitivas são caracterizadas pelos danos à concorrência e não a concorrentes específicos, citando o voto do Conselheiro Relator Eduardo Pontual Ribeiro no âmbito do PA nº 08012.006450/2000-97, analisado acima.

Também é interessante, neste caso, que, apesar de a Representação (por meio de ofício) da ANATEL mencionar apenas a conduta dos cortes de cabos como possível ato de infração econômica, a Superintendência-Geral, a partir da análise do processo administrativo que correu perante a ANATEL,<sup>166</sup> entendeu que as outras quatro condutas poderiam ter efeitos anticoncorrenciais, decidindo pela abertura de processo administrativo para apuração de todas as cinco condutas.

Ao analisar o caso, a Superintendência-Geral do CADE (Nota Técnica nº 29/2015/CGAA4/SGA1/SG/CADE<sup>167</sup>) se posicionou pelo arquivamento das denúncias de provocação dolosa de falhas técnicas e lentidão no tráfego de dados da GVT, quando essa

---

<sup>166</sup> O pleito no CADE tem origem em processo administrativo no âmbito da ANATEL, que foi movido pela GVT em face das empresas Representadas. Por entender que haveria indícios de infração à ordem econômica, mas a Anatel, por conta da Lei 12.529/11, não ter competência para investigar tais condutas, a agência reguladora remeteu ofício ao CADE para instauração de processo administrativo.

<sup>167</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo nº 08700.010110/2012-46, Nota Técnica nº 29/2015/CGAA4/SGA1/SG/CADE. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9zUIqcJdiTK4ITft1zVM7wlWbp9M8iP3mRDd-QyoDWC6pmF62B7sKF-adV-Q-dBeHPflbrY2Sec\\_ZGwxVBKNX-](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9zUIqcJdiTK4ITft1zVM7wlWbp9M8iP3mRDd-QyoDWC6pmF62B7sKF-adV-Q-dBeHPflbrY2Sec_ZGwxVBKNX-). Último acesso em: 29.05.2019.

empresa se utilizava de interconexões com a rede da Oi, por entender não terem sido encontradas evidências suficientes a provar a ocorrência de conduta.

Em relação à conduta de ameaças físicas e morais, a Superintendência Geral do CADE também se posicionou pelo arquivamento, na medida em que verificou tratar-se de caso isolado e entender que casos isolados não apresentam potencial de causar lesão à ordem econômica.<sup>168</sup>

No tocante às tentativas fraudulentas de impedir o livre exercício da portabilidade numérica, o parecer da SG foi enfático ao afirmar que o poder de mercado da empresa representada (de mais de 80% do mercado relevante) tem o condão de tornar em infração à ordem econômica a conduta praticada contra um concorrente,<sup>169</sup> por ter o potencial de “reduzir as possibilidades de crescimento da base de clientes de seu concorrente e de impedir o exercício de direito do consumidor de contratar a empresa que melhor atender às suas necessidades”.<sup>170</sup>

Da mesma forma, em relação à conduta do corte de cabos, a Nota Técnica da Superintendência entendeu que, uma vez comprovada a ocorrência da conduta, a posição dominante exercida pela Oi transformava a conduta de concorrência desleal contra um concorrente em infração à ordem econômica.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> “[...] os indícios colhidos evidenciaram apenas um caso isolado sem a capacidade de afetar o ambiente concorrencial, a prática denunciada relaciona-se a desentendimentos entre indivíduos, possuindo, portanto, natureza exclusivamente penal e não constitui matéria de competência do CADE”.

<sup>169</sup> “[...] ao contrário do que pretende a Representada, a **conduta ora sob exame não se confunde com mera lide privada nesse caso**. À parte de considerações acerca de infrações à Lei Geral de Telecomunicações (LGT), à regulação e ao sigilo dos usuários, e de possível crime de falsa identidade[20]e independentemente dos efeitos concretos que a conduta tenha produzido, **o fato é que, diante da posição dominante da Oi no mercado brasileiro de telecomunicações e do contexto específico em que a prática ocorreu, é elevado o potencial de causar efeitos anticompetitivos**. Ao se fazer passar por clientes em ligações, contrariando o desejo desse consumidor de mudar de operadora de telefonia — obstruindo sua liberdade de contratar com a empresa que melhor o atender, frise-se — e valendo-se indevidamente das informações de cadastro que possui para impedir um direito do cliente e a livre concorrência no mercado de telefonia, a conduta da Oi não apenas prejudicou a GVT como claramente prejudicou o bem-estar do consumidor” (Grifo nosso). Nota Técnica 29.

<sup>170</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº 08700.010110/2012-46. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPUcxS2ZJTmOn1E8XTlnxDryazckHe4\\_PtnfFW53pgEDcKqWYGHfDeiZWv3W4YUDYfBpsb2gv-vrQtbbn6zb4sb](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPUcxS2ZJTmOn1E8XTlnxDryazckHe4_PtnfFW53pgEDcKqWYGHfDeiZWv3W4YUDYfBpsb2gv-vrQtbbn6zb4sb). Último acesso: 28.05.2019.

<sup>171</sup> “A alegação de ausência de efeitos sobre a dinâmica concorrencial não se sustenta frente ao fato de que a posição dominante no mercado da Oi lhe permitia retardar o crescimento e causar prejuízos à GVT, uma empresa entrante e com baixa participação à época da conduta, por meio do corte seus cabos. A incumbente é uma empresa de grande porte, que atua há muitos anos no mercado, não podendo, de forma alguma, alegar desconhecer as conseqüências do seu ato. Ora, ao cortar os cabos da concorrente, impedindo, conseqüentemente, a prestação de seu serviço, a Representada causou decerto entre os clientes da empresa GVT que foram prejudicados com a conduta a percepção de serem os serviços prestados pela denunciante falhos e pouco confiáveis, impactando, portanto, em sua imagem. É impossível mensurar o quanto tal falha na prestação de

Além da Superintendência Geral, também se manifestaram a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, acompanhando as conclusões da SG, e Ministério Público Federal, que defendeu que o poder de mercado e a posição dominante da Oi no mercado relevante evidenciariam que o caso em análise não se configuraria como mera concorrência desleal, mas, sim, como conduta anticoncorrencial<sup>172</sup> (apesar ter concluído pela não caracterização da infração à ordem econômica em razão das características do caso atenuarem os efeitos das condutas).

Nota-se que, neste caso, que o poder de mercado volta a ser discutido como o aspecto relevante para a caracterização da infração contra a ordem econômica. A Oi, empresa acusada de praticar diversas condutas de concorrência desleal, detinha cerca de 80% do mercado, o que eruiu de subsídios para as manifestações da SG, Procuradoria Especializada e o MPF no sentido de que teria ocorrido ilícito antitruste.

O voto do Conselheiro Relator, contudo, apresentou posicionamento distinto de todas as manifestações que lhe precederam.

Apesar de reconhecer que o poder de mercado da Oi e a gravidade das condutas por ela praticadas, o voto do Conselheiro Relator afastou a caracterização da infração à ordem econômica, por entender que deixou de ser comprovado onexo causal entre as condutas e o abuso de posição dominante,<sup>173</sup> ou seja, deixou de demonstrar que a conduta ilícita só conseguiu ser exercida exatamente em razão da posição dominante do agente econômico.<sup>174</sup>

---

serviços possa ter influenciado clientes da GVT a mudarem de prestadora, mas, potencialmente, esse é um efeito possível da prática”. (Idem).

<sup>172</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº08700.010110/2012-46. Manifestação do Ministério Público Federal. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOOQIKdKJWN3SVInD1EcFRQZk03V6buuKpiU4NaHXhMebdge3e0BpVvkn96PPVe9h_jfx0tCbII0AyniZsEUly8)

[n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOOQIKdKJWN3SVInD1EcFRQZk03V6buuKpiU4NaHXhMebdge3e0BpVvkn96PPVe9h\\_jfx0tCbII0AyniZsEUly8](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOOQIKdKJWN3SVInD1EcFRQZk03V6buuKpiU4NaHXhMebdge3e0BpVvkn96PPVe9h_jfx0tCbII0AyniZsEUly8). Último acesso em: 29.05.2019.

<sup>173</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº 08700.010110/2012-46: “No entanto, para que se configurassem também infrações de natureza concorrencial, é o meu entendimento de que a SG deveria ter estabelecido um nexo entre essas condutas e o abuso de posição dominante pela Representada, demonstrando que para além dos interesses individuais da GVT, os interesses difusos e coletivos relacionados com o regular desenvolvimento da economia de livre mercado também poderiam ter sido afetados. Não há dúvidas de que a OI, mais que poder de mercado, detinha posição dominante. E não há dúvidas de que a empresa cometeu atos ilícitos que merecem punição. Mas a tipificação prevista na legislação de defesa da concorrência trata de abuso de posição dominante, e é este abuso que precisa ficar demonstrado”. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPUcxS2ZJTmOn1E8XTlnxDryazckHe4_PtnfFW53pgEDcKqWYGHfDeiZWv3W4YUDYfBpsb2gv-vrQtbbn6zb4sb)

[n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPUcxS2ZJTmOn1E8XTlnxDryazckHe4\\_PtnfFW53pgEDcKqWYGHfDeiZWv3W4YUDYfBpsb2gv-vrQtbbn6zb4sb](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPUcxS2ZJTmOn1E8XTlnxDryazckHe4_PtnfFW53pgEDcKqWYGHfDeiZWv3W4YUDYfBpsb2gv-vrQtbbn6zb4sb). Último acesso em: 29.05.2019.

<sup>174</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº 08700.010110/2012-46: “Os ‘casos clássicos’ de abuso de posição dominante, como preço discriminatório, venda casada e contratos de exclusividade, é facilmente depreendido que as condutas só são capazes de influenciar na estrutura do mercado



Com base neste entendimento, o de estarem ausentes os indícios de que as ações perpetradas pela Representada decorreram de sua condição de detentora da posição dominante e, conseqüentemente, não teria havido abuso de posição dominante, pelo que o voto do Conselheiro Relator foi pelo arquivamento do processo administrativo.

Vale ressaltar que, apesar de o Plenário, por unanimidade, ter determinado o arquivamento do processo nos termos do voto do Conselheiro Relator, foram proferidos votos-vogal pelos Conselheiros Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt<sup>175,176</sup> e Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo,<sup>177,178</sup> em que também foi mencionado quais seriam os elementos que caracterizariam potencialmente o ato de concorrência desleal como ilícito antitruste.

Em seu voto, a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt afirmou que as tentativas fraudulentas de impedir o livre exercício da portabilidade numérica poderiam, sim, infringir a ordem econômica, se tal impedimento tivesse causado danos efetivos ao mercado. Contudo, em sua avaliação, entendeu que, no caso, o número ínfimo de ligações fraudulentas não teria esse condão de gerar danos.

Por sua vez, o voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo reconheceu a possibilidade de um detentor de posição dominante poder praticar condutas de concorrência desleal que causem efeito anticompetitivo difuso, mas esse efeito não poderia

---

quando praticadas pelos agentes econômicos em posição privilegiada, mesmo porque apenas esses agentes dispõem de ‘forças’ para levá-las a cabo. Há uma relação circular entre quem consegue efetivamente praticar determinada conduta e o potencial de essa conduta afetar negativamente o mercado. Um *player* com baixa participação de mercado ou que atue em um mercado com efetiva concorrência tem baixa probabilidade de êxito perante seus clientes na implementação, por exemplo, de contratos de exclusividade. E é justamente essa baixa probabilidade de efetividade da conduta que mitiga os riscos à concorrência nas hipóteses de agentes com baixa participação de mercado. No caso, em que pese não haverem dúvidas acerca da ocorrência das ações imputadas à OI, não conseguimos estabelecer um nexo entre essas e seu poder de mercado. Não é possível concluir que a efetividade das ações da OI decorre de sua posição dominante”. Idem.

<sup>175</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº08700.010110/2012-46. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMjA2RVy9iqs8yZQKhyVmUnZ7uaIvCfjF12\\_VgvySTBeR3ehpnlyjje6XGtQ8gC\\_Wmu3qzScpYSgC\\_InmFJo9R75](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMjA2RVy9iqs8yZQKhyVmUnZ7uaIvCfjF12_VgvySTBeR3ehpnlyjje6XGtQ8gC_Wmu3qzScpYSgC_InmFJo9R75)

<sup>176</sup> Mestre e Doutora em ciências econômicas pela Escola de Pós Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas (EPGE/FGV/RJ). É professora de micro e macro para vários MBAs da FGV/RJ e de managerial economics para o MBA de Manchester Business School.

<sup>177</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº08700.010110/2012-46. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPXIuwKuBEpKwYdmzE2LA\\_i2CzkvM9zc7gFY3NcOqb8BT9SXZThi75YqMtVp1-hP-FAj0xJU-3m8kPvOZ2H6Dc](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPXIuwKuBEpKwYdmzE2LA_i2CzkvM9zc7gFY3NcOqb8BT9SXZThi75YqMtVp1-hP-FAj0xJU-3m8kPvOZ2H6Dc)

<sup>178</sup> Doutorando em Direito pela l’Université Panthéon Assas - Paris II. Diplôme d’Etudes Approfondies (DEA Droit Public Général) pela Faculté de Droit de L’Université de Montpellier I. Pós-graduação em Direito da Concorrência pela FGV. Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica de Pernambuco.

ser inferido pelo simples fato de o agente que comete o ato desleal ter posição dominante, sendo necessário que se comprove a potencialidade do dano difuso.

Como se vê, este caso traz um novo elemento a caracterização da conduta desleal como uma infração à ordem econômica: o nexos causal entre a conduta e o poder de mercado. Ou seja, não basta que o agente econômico tenha poder de mercado (o que foi verificado *in casu*), mas que a conduta desleal tenha ocorrido em razão do agente ter poder de mercado.

Além deste elemento, suscitado pelo conselheiro relator, também merece destaque o voto vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, que afirmou ser necessária a demonstração da potencialidade do dano.

Tais pontos também serão objeto de discussão específica no próximo capítulo, mas vale o destaque de que as decisões, apesar de levantarem tais elementos como essenciais para a caracterização da infração à ordem econômica, não debatem de forma aprofundada os fundamentos para o seu entendimento.

#### 3.1.1.4 Processo nº 08012.003918/2005-04 - Secretaria de Direito Econômico - SDE (ex officio) vs. Telemar Norte Leste S/A.

O Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04, de relatoria do Conselheiro Márcio da Oliveira Júnior<sup>179</sup>, julgado em 17.03.15, versou sobre prática da Telemar, que, por controlar a infraestrutura do sistema de telefonia fixa nas áreas onde atuava, rastreou, monitorou e cronometrou ligações dos próprios clientes/usuários para o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de sua concorrente VÉSPER S/A e, com base nas informações apuradas com este monitoramento, organizou uma ação de *telemarketing* com ofertas de vantagens comerciais específicas para os clientes que procuraram a concorrente.

Ao analisar o caso, o Conselheiro Relator<sup>180</sup> descartou a prática de infração à ordem econômica por entender que o uso das informações constituiria ilícito regulatório, que já havia sido punido pela ANATEL no âmbito regulatório, e por ter constatado que as promoções realizadas pela representada seriam lícitas, na medida em que não vislumbrou evidências de que tal conduta teria escopo exclusionário ou afrontaria a ordem econômica.

<sup>179</sup> Possui Doutorado em Economia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2006). É graduado em Economia (UFMG) e em Direito (UniCEUB - Brasília). Tem experiência na área de Economia, com ênfase em Economia da Concorrência, Economia Internacional e em Economia Regional e Urbana.

<sup>180</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº08012.003918/2005-04. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrG\\_YtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8ehevCSBhRFsJX5YuHdfXcoamSzj30GIXiA5DkrXCuuLb4TpTCHOQg\\_vW6xYAdPqsP09II3aDnM75ds\\_PGqnb2](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrG_YtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8ehevCSBhRFsJX5YuHdfXcoamSzj30GIXiA5DkrXCuuLb4TpTCHOQg_vW6xYAdPqsP09II3aDnM75ds_PGqnb2)

Após o voto do Conselheiro Relator pelo arquivamento do processo por insuficiência de indícios de infração à ordem econômica, a Conselheira Ana Frazão<sup>181</sup> apresentou voto-vogal<sup>182</sup> pela condenação da Telemar por prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, I e IV c/c art. 21, IV e V, da Lei 8.884/94, em razão de entender que houve a ocorrência de infração à ordem econômica.

Seu voto-vogal fundamentou-se nos argumentos de que não seria possível fazer distinção entre o uso ilícito das informações (através do monitoramento dos clientes) e a realização de promoções a esses clientes, tal como propôs o Relator, pois, em seu entendimento, a ilicitude na obtenção das informações dos concorrentes maculava também a ação de *telemarketing*, já que era baseado nestas informações obtidas irregularmente.

Ainda é importante destacar que essa decisão afastou a necessidade de comprovação do dano, ressaltando que a mera potencialidade é suficiente para a caracterização da infração à ordem econômica.

Nota-se ainda que o voto-vogal enfrentou diretamente o fato de a conduta praticada pela Telemar se caracterizar como ato de concorrência desleal, que também importa em infração à ordem econômica.

Ademais, como ocorreu nos casos anteriores, o voto-vogal ressaltou que o poder de mercado do agente econômico influencia na caracterização do ato de concorrência desleal como infração à ordem econômica:

63 - Com efeito, em mercados muito concentrados ou situações de monopólio/entrante ou de quase-monopólio, as linhas divisórias entre a concorrência desleal e o abuso de poder econômico são tênues, já que as práticas ilícitas do titular de posição dominante que afetam algum concorrente – ainda mais quando se trata do principal concorrente, como é o caso concreto – afetam igualmente a concorrência e o mercado como um todo.

Com base nestes argumentos, o voto-vogal, que foi acompanhado por maioria, determinou a condenação da representada pela prática de infração à ordem econômica prevista nos arts. 20, I e IV c/c art.21, IV e V, da Lei 8.884/94.

---

<sup>181</sup> Graduada em Direito pela UnB, Especialista em Direito Econômico e Empresarial pela FGV, Mestre em Direito e Estado pela UnB e Doutora em Direito Comercial pela PUCSP. Autora de livros e artigos jurídicos sobre Direito Civil, Direito Comercial e Direito Econômico.

<sup>182</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº08012.003918/2005-04. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8oxuHra0isCUGR8FW68GixtIO-0eg8lwBbitzhVTPCkgJJH\\_ulVfgP3Bvs43\\_aKqkECbFSz\\_rAh7MYOwDBpXHh](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8oxuHra0isCUGR8FW68GixtIO-0eg8lwBbitzhVTPCkgJJH_ulVfgP3Bvs43_aKqkECbFSz_rAh7MYOwDBpXHh)

Cumpra aqui a menção ao fato de que apesar do voto-vogal não ter discutido essa questão, denota-se que a conduta considerada desleal só foi possível de ser praticada em razão de o agente econômico infrator deter poder de mercado. O monitoramento das ligações e adoção de estratégia fraudulenta só foi possível em razão da Telemar controlar a infraestrutura do sistema de telefonia fixa nas áreas onde atuava.

Portanto, ainda que tal ponto não tenha sido objeto de discussão no presente caso, ele se alinha com o entendimento esposado pelos Conselheiros no caso anterior, na medida em que houve nexos causal entre a conduta e o poder de mercado. No tocante à comprovação da potencialidade de dano, não houve qualquer discussão.

*3.1.1.5 Processo nº 08700.006964/2015-71- DCE-UnB e a Uber vs. Associação Boa Vista de Táxi – Ponto 1813; Sindicato dos Permissionários de Taxi e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal; Sindicato dos Motoristas e Trabalhadores nas Empresas de Táxi no Estado de São Paulo; Sindicato dos Taxistas Autônomos de São Paulo; Sindicato Intermunicipal dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários, Taxistas e Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens de Minas Gerais; Sindicato dos Taxistas do Distrito Federal; Associação de Assistência aos Motoristas de Táxi do Brasil; José Renan de Freitas; Sérgio Aureliano e Silva; Antônio Raimundo Matias dos Santos; Natalício Bezerra Silva; Ricardo Luiz Faedda; e André de Oliveira*

No Processo Administrativo nº08700.006964/2015-71, julgado em 09/07/2018, de relatoria do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia<sup>183</sup>, o DCE-UnB e a Uber apresentaram representação contra diversas associações de taxistas e seus respectivos presidentes, alegando infração ao art. 36, § 3º da Lei 12.529/11, incisos III (“limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado”), IV (“criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”) e XII (“destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los”), no mercado de transporte de passageiros.

O voto<sup>184</sup> do Conselheiro Relator definiu as condutas das Representadas praticadas no âmbito privado (emprego de violência e grave ameaça contra motoristas que trabalham com a

---

<sup>183</sup> Mestrando em Direito Constitucional (em curso) Instituto de Direito Público – IDP, Especialista em Direito e Processo do Trabalho Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, Bacharel em Direito Centro Universitário do Distrito Federal e Administração de Empresas pela Universidade de Brasília.

<sup>184</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº08700.006964/2015-71. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-)

Uber) e junto ao poder público Executivo e Legislativo (Litigância abusiva), como condutas “anticompetitivas, porque detentoras de potenciais efeitos difusos da prática sobre o ambiente concorrencial e consumidores”.<sup>185</sup>

No entanto, em relação à conduta de litigância abusiva, o voto do Conselheiro Relator afastou a caracterização de infração à ordem econômica, fundado no argumento de que, como a regulação e a atuação dos aplicativos de transporte era matéria nova e ainda indefinida, seria razoável a adoção de diversas medidas judiciais em busca de discutir tal questão.

Quanto à conduta de incitação ao/ou emprego de violência ou grave ameaça, o voto do Conselheiro Relator reconheceu a potencialidade de esta prática poder extrapolar o âmbito meramente privado (civil e penal) e configurar infração à ordem econômica.

Relevantíssimo notar que, no entendimento do voto, foi o fato de a conduta – que isoladamente caracteriza apenas um ilícito civil e penal – ter sido praticada de forma reiterada, o que fez com que o ato de concorrência desleal passasse a ter efeitos difusos.

Contudo, apesar de reconhecer a potencialidade, em tese, da conduta de incitação ao/ou emprego de violência ou grave ameaça, no caso concreto, o voto relator entendeu estarem ausentes de provas suficientes nos autos acerca da materialidade e autoria das condutas imputadas e, por tal razão, determinou o arquivamento do feito, decisão acolhida por unanimidade pelo Plenário.

Este caso revela-se bastante interessante, pois ele não discute a infração à ordem econômica sob o viés do poder econômico do agente que praticou a conduta de concorrência desleal, focando na potencialidade de dano de uma conduta (ameaça e/ou violência) perpetrada de forma reiterada. Ao se excluir da caracterização da infração da ordem econômica a necessidade de poder mercado, a decisão dá oportunidade a que diversas condutas de concorrência desleal também sejam consideradas infração à ordem econômica.

---

[n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOcXG1XMZRO1jacYuDgk8XRn0wQxNuy\\_37iWNeSlz4J93vANk8FdEViJc2\\_5c\\_b83H9GDm0HXiRV8MBj569\\_M7Cm](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOcXG1XMZRO1jacYuDgk8XRn0wQxNuy_37iWNeSlz4J93vANk8FdEViJc2_5c_b83H9GDm0HXiRV8MBj569_M7Cm). Último acesso em: 31.05.2019.

<sup>185</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº08700.006964/2015-71. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOcXG1XMZRO1jacYuDgk8XRn0wQxNuy\\_37iWNeSlz4J93vANk8FdEViJc2\\_5c\\_b83H9GDm0HXiRV8MBj569\\_M7Cm](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOcXG1XMZRO1jacYuDgk8XRn0wQxNuy_37iWNeSlz4J93vANk8FdEViJc2_5c_b83H9GDm0HXiRV8MBj569_M7Cm). Último acesso em: 31.05.2019.

*3.1.1.6 Processo Administrativo nº 08012.007155/2008-13 - ZF Serviços Ltda vs. Associação dos Centros Comerciais Atacadistas de Santa Catarina (ACECOMVI) e Jorge Luiz Seyfferth*

Apesar de este caso se diferenciar dos demais analisados acima em razão de não constar nas decisões nele proferidas qualquer discussão sobre as características do caso que levaram o CADE a entender que o ato de concorrência desleal também caracterizaria infração à ordem econômica, mostra-se relevante para esta pesquisa, uma vez que versa também sobre um ato de concorrência desleal, que foi apreciado pelo CADE (e considerado infração à ordem econômica), pois apresenta elementos que ajudam a assinalar quando a concorrência desleal assume efeitos difusos.

Trata-se de processo administrativo relatado pela Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 19/12/2017, que versou sobre conduta praticada por uma associação de lojistas (e seu presidente) da região do Vale do Itajaí, onde, por haver um complexo de indústrias têxteis, desenvolveu-se um mercado de “turismo de compras”, no qual consumidores (em regra, lojistas) buscam o auxílio de agentes de viagens (guias) para visitar os centros comerciais do Vale do Itajaí em que são comercializados os produtos têxteis.

Em contraprestação por levarem os turistas a determinados centros comerciais, os guias recebiam das lojas um pagamento de comissões em torno de 10% do valor das vendas realizadas.

Ocorre que as comissões pagas pelos centros eram controladas por meio de um sistema informatizado de registro de vendas, o qual, por sua vez, era controlado exclusivamente pela associação representada, que fazia o cadastro unificado de todos os guias de turismo da região. Em decorrência deste fato, os guias levavam os turistas apenas aos centros comerciais que eram associados à Representada. Os centros comerciais que estivessem fora da associação acabavam, deslealmente, sendo excluídos do mercado de “turismo de compras”.

Ao analisar o caso, o voto do Conselheiro Relator<sup>186</sup> reconheceu que a unificação dos cadastros garantia poder de mercado à associação representada, o qual estava sendo utilizado de forma abusiva:

---

<sup>186</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº08012.007155/2008-13. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMIkDvFu69rwzaRbBPfHeWCGp5VmhogHtO4a5066xSmg7HqCc4NX5o9QHupJpvGM6nWk07vP2WgK6xfE2HTGOTV](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMIkDvFu69rwzaRbBPfHeWCGp5VmhogHtO4a5066xSmg7HqCc4NX5o9QHupJpvGM6nWk07vP2WgK6xfE2HTGOTV)

66 - Assim, verifica-se que a ACECOMVI não apenas representava os centros comerciais de maior relevância na venda atacadista de têxteis da região, como também, por ter posição de representação destes centros e por organizar o sistema de cadastro de Guias aptos a visitarem esses centros, exercia indubitável influência sobre o mercado de turismo de compras naquela região. Ou seja, ela exercia o seu poder de mercado.

Ademais, neste caso, o dano à concorrência restou devidamente caracterizado através do fato de um dos centros comerciais que se desfilaram da associação representada ter sofrido redução de cerca de 45% de suas vendas.

Assim, com base nestes argumentos e por ter sido comprovado que a associação representada prejudicou os centros comerciais não associados ao ameaçar, boicotar ou coagir os Guias de compra, em benefício dos centros associados, o voto relator determinou a condenação dos Representados, restando vencido pelo vogal do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia<sup>187</sup> apenas no que diz respeito à dosimetria das multas.

Importante destacar, neste decisão, que apesar de neste caso não ter sido travada qualquer discussão sobre como a concorrência desleal praticada pela associação de lojistas e as empresas a ela filiadas, restou configurada que tais empresas detinham poder de mercado e que elas só conseguiram praticar tal conduta em razão de seu poder de mercado. Afinal, uma vez que a associação detinha parcela significativa do mercado relevante, os guias turísticos se cadastravam no sistema daquela associação.

Neste caso, portanto, além do poder de mercado, também se verificou o nexos causal.

### *3.1.2 Casos em que a repressão à concorrência desleal foi suscitada como argumento de defesa dos agentes econômicos acusados de praticar infração à ordem econômica*

Mudando de perspectiva acerca de como a concorrência desleal gera efeitos difusos sobre a concorrência, verificou-se o grupo de casos em que o argumento da repressão à concorrência desleal é utilizado como instrumento para, na verdade, embaraçar a concorrência de maneira difusa.

Neste sentido, foi identificado um conjunto de decisões deveras semelhantes, todas versando sobre determinada entidade de classe (ex.: sindicato, associação, entidade profissional) que alegadamente impôs ou sugeriu aos seus filiados uma tabela de preços mínimos, a qual, se não fosse observada, seria punível com multa ou outras penalidades. O

---

<sup>187</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº08012.007155/2008-13. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM1HSSAqMKAr6QxD2smQYJQIB5sdF3sMnT5TvVscjVNWRtBVEPGUOvqzS mGJ-VR0LqBEOU9Wf94Kx1xK1r57dje](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM1HSSAqMKAr6QxD2smQYJQIB5sdF3sMnT5TvVscjVNWRtBVEPGUOvqzS mGJ-VR0LqBEOU9Wf94Kx1xK1r57dje)

curioso é que, em todos estes casos, a defesa da respectiva entidade de classe, tentando justificar a sua conduta, que – na maioria dos casos – restou caracterizada como infração à ordem econômica, alegou que a medida de imposição de preço mínimo seria necessária para impedir a “concorrência desleal” praticada por empresas ou profissionais da área que cobravam valores muito baixos.

Tendo em vista que todos os processos apresentam características muito semelhantes, é possível fazer menção a eles sem maior detalhamento:

- Processos 08700.002566/2017-47, ainda em fase de instrução, e Processo nº 08700.006965/2013-53, em que houve condenação, versando sobre a uniformização de preços por sindicato que representa profissionais que atuam com fotografia, filmagem etc.;
- Processo nº 08700.012252/2014-00, movido contra as Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil em São Paulo, Distrito Federal, Goiás e Rio de Janeiro, que foi arquivado em razão de ser verificado que não havia qualquer coerção praticada para a adoção das tabelas de preço;
- Processo nº 08012.000643/2010-14, em que houve condenação do Conselho Federal de Contabilidade – CFC por infração à ordem econômica. Processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.
- Processo nº 08700.006673/2015-82, ainda em fase de instrução, instaurado contra Conselho Regionais de Contabilidade, em razão de determinação contida no voto proferido no PA nº 08012.000643/2010-14; e
- Processo nº 08700.000719/2008-21, em que o Sindicato das Empresas Segurança Privada, Segurança Eletrônica, Serviços de Escolta e Cursos de Formação do Estado de São Paulo – SESVES e seu presidente foram condenados por imposição de conduta comercial uniforme por parte das Representadas em licitações públicas.

Ainda é possível incluir neste grupo de casos o Processo nº 08012.011668/2007-30, que versou sobre a cartelização de combustível no Estado do Paraná e em que, como ocorreu nos casos mencionados acima, os agentes econômicos também justificaram a sua conduta (a qual conforma infração à ordem econômica *per se*) no combate à concorrência desleal praticada por seus concorrentes, que venderiam combustível a preço muito baixo.



Portanto, estes casos evidenciam como o uso abusivo do instituto da repressão à concorrência desleal pode levar à indevida restrição da concorrência. Com efeito, a imposição de tabela de preços é apenas uma das diversas hipóteses em que os agentes econômicos, travestidos sob o argumento de proteção contra o indevido desvio da sua clientela, adotam medidas visando restringir as atividades de seus concorrentes, por meio da criação de barreiras de entrada ou gerando custos indevidos ao entrante.

### *3.1.3 Decisões em que o CADE discutiu a prática de sham litigation associada à Propriedade Intelectual*

Corroborando o que foi verificado no tópico anterior, tem-se os casos de *sham litigation* associados à Propriedade Intelectual, ou seja, casos em que o abuso do direito de petição teve como fundamento a proteção ao alegado direito de Propriedade Intelectual.

Importa destacar que a pesquisa sobre o instituto *do sham litigation* na jurisprudência do CADE é assunto bem mais amplo do que se propõe analisar a presente pesquisa, pois, além de exigir metodologia diversa da que foi aqui realizada (focada em casos de *sham litigation* associados ao uso de propriedade industrial e/ou concorrência desleal) é certo que tal investigação extrapola o objetivo do presente trabalho.

De toda sorte, a análise das decisões levantadas nesta pesquisa contribui para a investigação a respeito de indícios de quando uma conduta de concorrência desleal pode apresentar efeitos difusos sobre a concorrência e o consumidor. E mais: considerando que algumas destas decisões também discutem o poder econômico (ou a ausência dele) como um elemento caracterizador do ilícito antitruste, elas também dialogam com as decisões em que um ato de concorrência desleal também foi entendido uma infração à ordem econômica.

Ademais, tais decisões permitem demonstrar os efeitos deletérios à concorrência quando a tentativa de se proteger ativos intangíveis de forma abusiva por um direito de exclusiva ou por concorrência desleal.

Para tanto, será feita uma análise de questões pontuais e não se procurará fazer o exame exaustivo acerca do instituto da *sham litigation*, quais os elementos que ensejam a sua caracterização ou maiores debates sobre os testes realizados pelo CADE para identificar o abuso do direito de petição. Com efeito, a relevância destes casos para a presente pesquisa reside no fato de comprovarem o uso da via judicial, fundada na repressão à concorrência desleal (ou a um alegado direito de Propriedade Intelectual), como forma de prejudicar a concorrência de forma difusa.

*3.1.3.1 Processo nº 08012.004283/2000-40 - Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados vs. Box 3 Vídeo e Publicidade - Programa Shop Tour São Paulo Léo Produções e Publicidade Ltda - Programa Shop Tour Campinas*

O caso da Shoptur é bastante conhecido àqueles que se dedicam ao estudo de *sham litigation* e Propriedade Intelectual, em razão de ter sido o primeiro caso julgado pela CADE que versou sobre estes temas conjunto.

Em suma, duas produtoras de TV (Box 3 e Leo Produções) registraram na Biblioteca Nacional um suposto roteiro para um programa de vendas pela TV e, com base neste registro de uma alegada obra autoral, demandaram concorrentes que também produziam e/ou exibiam programas de vendas pela TV.

Ocorre que esta alegada obra autoral registrada não passava de uma descrição bastante genérica,<sup>188</sup> cuja proteção por direito autoral é, no mínimo, tecnicamente inadequada, senão fraudulenta. Todavia, como o registro de direito autoral é meramente declaratório<sup>189</sup>, as representadas conseguiram impor a proteção de suas obras sobre seus concorrentes.

Com base nesse registro de obra autoral, as representadas ajuizaram diversas ações contra concorrentes que também estavam produzindo/veiculando programas de venda de produtos pela TV, alegando que tais empresas estariam violando seus direitos autorais e, por meio de liminares judiciais, conseguiram alcançar 50% do mercado relevante.<sup>190</sup>

Somente após julgamento das mais de 10 (dez) ações ajuizadas pelas empresas representadas em face de seus concorrentes, todas julgadas improcedentes, constatou-se que o registro autoral invocado pelas representadas não tinha qualquer validade jurídica.

Nesta toada, o Conselheiro Relator do caso, Márcio de Oliveira Júnior, ressaltou que as representadas haviam atuado de má-fé ao deduzir pretensão contra texto expresso de lei e

---

<sup>188</sup> Segundo consta no voto do relator, a obra autoral objeto de suposta violação se limitaria à seguinte descrição: "[...] os apresentadores (ou apresentador) têm um comportamento descontraído, franco, e com um ritmo de linguagem característico dos vendedores de oportunidades, isto é, uma abordagem direta ao consumidor rápida e livre, quase intimista" (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40, 9º vol. fls. 1850).

<sup>189</sup> Ver artigo 18 da Lei de Direitos Autorais (Lei Federal nº 9.610/98).

<sup>190</sup> “[...] a representada, na página 8 do auto de infração 08700.003039/2010-83, alegou que não sabia qual era exatamente o seu *market share*, mas que os programas que possuem características semelhantes ao *Shop Tour* são: Mix TV (Canal Brasileiro de Informação), Tv+ (Rede TV+ ABC Ltda) e Rede Brasil (Sociedade de Teleeducação Comunitária Cultural São Caetano Ltda). Informou que possui ações contra todos os seus concorrentes. Assim, independentemente de uma avaliação milimétrica das fronteiras do mercado relevante, é possível notar que ainda estão pedentes, na justiça, as ações propostas, direcionadas contra a Mix TV e a TV+, com base no referido argumento já tantas vezes afastado e tão pouco justificável. Estes concorrentes são tidos como os principais pela própria empresa e estão sob a mira dos processos sem base legal”. (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Administrativo nº 08012.004283/2000-40, 9º vol., fls. 1916)

solicitar cautelares, apresentando pretensões que sabiam de antemão serem precárias, ante as diversas manifestações do Judiciário em sentido oposto.

Ademais, o voto destacou a função de promoção da inovação praticada pela Propriedade Intelectual, asseverando que, no caso concreto, não haveria ganho social decorrente de sua alegada obra autoral e que sua proteção ainda poderia levar a monopólio indevido.

As empresas representadas acabaram sendo condenadas por infração à ordem econômica, condutas previstas nos artigos 20 e 21, IV e V, ambos da Lei 8.884/94<sup>191</sup> (vigente à época da condenação).

Verifica-se, assim, neste caso, que a infração à ordem econômica foi praticada por meio de registro fraudulento de Propriedade Intelectual com o objetivo de conseguir uma exclusividade na exploração de um ativo intangível e comum (formato de um programa de TV) que, legalmente, não existe. Esse mesmo efeito também pode ser alcançado por meio da utilização da via judicial para reprimir condutas de concorrentes que alegadamente seriam atos de concorrência desleal.

Ou seja, a abusiva vedação à concorrência desleal pode ter o mesmo efeito de um registro fraudulento: levar a uma indevida restrição da concorrência ao se conseguir o uso exclusivo de um ativo intangível comum (sem contar nos custos incorridos ao concorrente decorrentes da ação judicial).

*3.1.3.2 Processo nº 08012.000778/2011-52- CADE "ex officio" vs. Luiz Antônio Cury Galebe, MC 3 Vídeo Produções Ltda., Léo Produções e Publicidade Ltda., Shop Tour International e Shop Tour TV Ltda.*

O processo em questão foi instaurado por determinação feita no âmbito do julgamento do Processo Administrativo 08012.004283/2000-40, ocorrido em 15/12/2010, em que a empresa Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. (Box 3) foi condenada por ter praticado o abuso do direito de petição com objetivos anticompetitivos, nos termos do art. no art. 20, incisos I, II e III, e no art. 21, incisos IV e V, ambos da Lei 8.884/94 (à época da instauração), correspondentes hoje ao art. 36, incisos I, II, e III, e §3º, incisos II e III, da Lei 12.529/11 (fls. 2/32).

---

<sup>191</sup> Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços [...]

O Plenário do CADE ordenou à extinta SDE que instaurasse um Procedimento Administrativo a fim de que fosse averiguado se outras pessoas físicas ou jurídicas também teriam praticado a mesma conduta anticompetitiva, objeto do já mencionado processo, qual seja, o abuso do direito de petição com intuito de prejudicar concorrentes.

Diante das determinações feitas pelo Plenário, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (ProCADE) enviou ofício à extinta Secretária de Direito Econômico no intuito de dar cumprimento à decisão do Tribunal.

Apesar de o Relator, Márcio de Oliveira Júnior, ter entendido que houve a prática de *sham litigation*, o voto-vogal, que restou vencedor, entendeu que o processo deveria ser arquivado, uma vez que as representadas já haviam sido punidas pela infração à ordem econômica no Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40, analisado acima, de forma que nova condenação caracterizaria *bis in idem*. Tendo em vista que este caso versa sobre os mesmos fatos narrados no caso anterior, os mesmos comentários feitos em relação àquele caso servem a este.

### 3.1.3.3 Processo nº 08012.011508/2007-91 - Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos Pró-Genéricos vs. Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company

Outro conhecido caso versando sobre *sham litigation* refere-se à conduta praticada pelas judiciais que as empresas Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company (representadas), que através de diversas ações judiciais conseguiram a exclusividade da exploração de um produto cuja patenteabilidade sabiam ser impossível, pois tal tecnologia já se encontrava em domínio público, uma vez que o seu depósito foi feito no país sem observar as regras previstas na Lei de Propriedade Intelectual.

Conforme resumo do caso descrito no relatório do voto da Conselheira Relatora,<sup>192</sup> a Eli Lilly impôs barreiras artificiais à concorrência por meio do ajuizamento de múltiplas ações judiciais em face de instituições públicas diversas (INPI e ANVISA), em comarcas diferentes (Rio de Janeiro e Distrito Federal), visando à obtenção de indevida exclusividade na comercialização do medicamento cloridrato de gencitabina, utilizado para o tratamento de câncer, em prejuízo de seus potenciais concorrentes, promovendo a alteração do escopo do

---

<sup>192</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº 08012.011508/2007-91 Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM98EZn6wPgAA4S5qa8PY3kHZNkKhQsXqyoBEKE-QO53flqG5lav2fhcDbqzn7pI9D98IPiHfEtEItPa5ZxbeSnq9](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM98EZn6wPgAA4S5qa8PY3kHZNkKhQsXqyoBEKE-QO53flqG5lav2fhcDbqzn7pI9D98IPiHfEtEItPa5ZxbeSnq9).

pedido de patente, omitindo dados relevantes em determinadas demandas e praticando *forum shopping*.

O voto da relatora reconheceu que a manobra de diversas ações judiciais e as práticas de omitir informações caracterizaram um ilícito antitruste, conseguindo, inclusive, excluir seus concorrentes e obter monopólio indevido com base em decisões judiciais favoráveis.

Além da relevância deste caso apenas por também ser um dos poucos versando sobre *sham litigation* e Propriedade Intelectual, ele ainda merece destaque pelo fato de que a decisão da Conselheira Relatora, Ana Frazão, adotou entendimento de que em casos desta natureza, não é necessário que o agente praticando do ilícito antitruste tenha poder de mercado.

Segundo o voto da Relatora, o poder de mercado seria um elemento irrelevante em casos de *sham litigation* associados à propriedade intelectual, na medida em que o sucesso nas demandas judiciais fraudulentas importaria um efeito de excluir os concorrentes e já seria suficiente para conferir-lhe poder de mercado.

Com efeito, de acordo com a decisão, como resultado de suas condutas, as representadas conseguiram obter um monopólio indevido no Brasil sobre a venda do medicamento que já se encontrava em domínio público, o que acarretou menos opções do medicamento no mercado e preços, em média, 66% mais elevados.

Por esta razão, a Conselheira Relatora afirmou que, embora as representadas não detivessem parcela tão considerável do *market share*, seria inegável que suas condutas geraram sérios danos ao mercado, reforçando a conclusão, de que a existência de *sham litigation* independe da avaliação do *market share*.

Revela-se de extrema relevância este questão sobre a desnecessidade de poder do mercado do agente que pratica *sham litigation* associado à propriedade intelectual na medida em que uma ação judicial buscando a repressão de um ato concorrência desleal, mormente um ato de confusão, pode gerar os mesmos efeitos exclusionários que uma propriedade intelectual.

Ao final, o CADE entendeu que as representadas praticaram infrações à ordem econômica, previstas no art. 20, I e IV c/c art. 21, IV, V e XVI, da Lei 8.884/94.

*3.1.3.4 Processo nº 08012.002673/2007-51 - Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE vs. Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A e Ford Motor Company Brasil Ltda.*

Trata-se de caso julgado em 20 de março de 2018, em que montadoras de automóveis (Fiat, Volkswagen e Ford) registraram como desenho industrial o *design* de seus carros e suas

peças individuais com vistas a impedir a reprodução destes *designs* por seus concorrentes no mercado de venda de automóveis (*foremarket*).

Contudo, através de diversas ações judiciais, estas montadoras passaram a exercer seus direitos de desenho industrial para impedir que as empresas Fabricantes Independentes de Autopeças (FIAPs) atuassem no mercado de venda de peças avulsas (*aftermarket*).

Coube, ao CADE, portanto, verificar se o comportamento empresarial configurado pelo exercício do direito de Propriedade Intelectual sobre desenho industrial de autopeças, por meio de medidas judiciais e extrajudiciais vistas em conjunto, teria o intuito de excluir ou dificultar o funcionamento de concorrentes no mercado de autopeças de reposição (também denominado mercado secundário), portanto caracterizando-se o abuso da proteção de Propriedade Intelectual.

Este caso é bastante polêmico, foi amplamente discutido pela doutrina especializada e sofreu uma verdadeira reviravolta, na medida em que o voto acolhido por maioria foi em sentido totalmente diverso do voto do conselheiro relator que, em tese, ser filiar a uma perspectiva mais preocupada com a existência de uma estrutura mais pulverizada.

Com efeito, o voto<sup>193</sup> do Conselheiro Relator, Paulo Burnier da Silveira<sup>194</sup>, entendeu que cada peça era um mercado relevante específico (já que não existe substituto), o qual é dominado pela respectiva montadora e, por esta razão, o exercício, pelas montadoras, do direito sobre o desenho industrial das autopeças no mercado secundário, de forma a impedir a atuação de fabricantes independentes, gerava monopólio ao qual o consumidor restava sujeito após adquirir seu automóvel, produzindo o efeito *lock-in*. Ademais, entendeu que a proteção de DI no mercado secundário nem incentivaria a inovação, nem serviria para recuperar os custos com pesquisa e desenvolvimento das montadoras.

Asseverou ainda que a caracterização do exercício abusivo do direito de propriedade industrial sobre autopeças por parte das Representadas dependeria de verificar qual o seu fim econômico e social, entendidos como o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Por entender que, no caso específico, não haveria possibilidade de inovação e diferenciação, nem de comportamento oportunista no mercado de peças de

---

<sup>193</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº08012.002673/2007-51. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yObp51ftgVZUQIYYsXXrJ5RdKdXsehO7TDvn5IQkWTJ4Pemzp2wFOXN74QUQLYcTbzkRAfEbLYFF8ZLTYH0uEyZ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yObp51ftgVZUQIYYsXXrJ5RdKdXsehO7TDvn5IQkWTJ4Pemzp2wFOXN74QUQLYcTbzkRAfEbLYFF8ZLTYH0uEyZ)

<sup>194</sup> Doutor em Direito pela Universidade de Paris II e pela Universidade de São Paulo (USP). Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

reposição *must-match*, a proteção do desenho industrial no mercado secundário não atendia o seu fim econômico e social.

376. Nesse sentido, o exercício do direito sobre o desenho industrial das autopeças no mercado secundário não se coaduna com sua finalidade/justificativa – incentivar inovação – porque não é possível inovar em design nesse mercado, mas apenas no mercado primário. Vale dizer, a razão que justifica a exclusividade concedida pelo registro não está presente no mercado secundário. Os agentes econômicos que atuam apenas no mercado secundário não contribuem – mesmo que desejassem – para a inovação, no sentido de maiores opções de desenhos para os consumidores.<sup>195</sup>

Da mesma forma, entendeu que as Representadas tinham violado o dever de boa-fé, na medida em que, apesar de o mercado de peças de reposição ter surgido há cerca de cinquenta anos, durante todo este período não haviam adotado qualquer medida contra as empresas que fabricavam as peças de reposição, caracterizando o instituto *supressio*.

Também merece menção o interessante argumento adotado pelo Conselheiro Relator de que a reprodução do desenho industrial das representadas pelas empresas fabricantes independentes de autopeças não caracterizaria o crime previsto no 187 da Lei de Propriedade Industrial, na medida em que esta reprodução importaria em exercício regular de direito, em razão de sua finalidade socioeconômica.

Ademais, observou o Conselheiro Relator que a atuação das empresas fabricantes independentes de autopeças impunha a redução dos preços.

Com base nesses argumentos, entendeu que o exercício dos direitos de propriedade industrial sobre o desenho industrial de suas peças, por parte das montadoras, havia caracterizado infração à ordem econômica, na forma do art. 20, incisos I (limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa), II (dominar mercado relevante de bens ou serviços) e IV (exercer de forma abusiva posição dominante) c/c o artigo 21, inciso V (criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços) da Lei 8.884/94.

Contudo, o voto-vogal do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia,<sup>196</sup> que acabou restando vencedor, afastou a caracterização da infração à ordem econômica, por entender que

<sup>195</sup> Idem.

<sup>196</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº08012.002673/2007-51. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPGtBWuMjRPQl6EG2yzGIIWHYkJLBDhoKaY03wSuN436cLNgX4bHQ0Ru2n9Bx6R\\_5weggoG9GM9x2VEmkrQm7yh](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPGtBWuMjRPQl6EG2yzGIIWHYkJLBDhoKaY03wSuN436cLNgX4bHQ0Ru2n9Bx6R_5weggoG9GM9x2VEmkrQm7yh)

as empresas representadas não haviam abusado do seu direito de propriedade industrial. Com efeito, o voto-vogal vencedor afirmou que não havia como fazer a distinção entre mercado primário e secundário, na medida em que os direitos de propriedade industrial são opináveis *erga omnes* e que os registros de Desenho Industrial são regularmente concedidos pelo INPI (não cabendo ao CADE discutir o mérito dos registros).

Ainda afastou a afirmação de que as peças de reposição seriam *must-match*, citando exemplos de peças que teriam diferentes desenhos.

Afastou a caracterização do abuso de propriedade industrial por entender que a conduta das Representadas estava respaldada pela expressa incidência ampla e irrestrita de seus registros de desenhos industriais perante quaisquer terceiros, sem que tenham desbordado dos limites legais no uso de suas prerrogativas.

Desenvolvendo este argumento, citou exemplos em que, efetivamente, o uso de propriedade industrial poder-se-ia dar de forma abusiva: (i) aumento excessivos de preços, (ii) escassez deliberada de produtos, (iii) não disponibilização de bem ou serviço essencial ao desenvolvimento de uma atividade em mercado derivado, (iv) recusa capaz de excluir toda e qualquer concorrência efetiva no mercado derivado, (v) prática de *evergreening*, (vi) venda casada de produto patenteado com outro não protegido, (vii) *sham litigation*.

Entendendo que nenhuma destas hipóteses teria ocorrido no caso, o voto-vogal vencedor determinou o arquivamento do feito.

Sem adentrar no mérito do voto vencedor (até porque este não é o objeto da presente pesquisa), é interessante que a decisão elucida hipóteses de abuso de propriedade intelectual que poderiam ser utilizadas também para se verificar eventuais abusos na repressão à concorrência desleal, mormente o aumento de preço decorrente da exclusão de um agente econômico do mercado sob o argumento de que ele estaria praticando conduta desleal.

### 3.1.3.5 Processo nº 08012.006377/2010-25- Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos. Vs. Lundbeck Brasil LTDA. e H. Lundbeck A/S

O processo relatado pela Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova<sup>197</sup>, julgado em 04/10/2018, no qual a representante, a Lundbeck, teria praticado condutas potencialmente

---

<sup>197</sup> Mestrado em andamento em Constituição e Sociedade Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP LLM em Direito da Concorrência e Econômico em andamento Fundação Getúlio Vargas - FGV Pós-Graduação em Direito Público Universidade do Sul de Santa Catarina – UniSul Pós-Graduação em Direito do Estado e Constituição Universidade Cândido Mendes – LLM Pós-Graduação em Direito Empresarial Fundação Getúlio



anticompetitivas, que configurariam *sham litigation* e abuso do direito (propriedade industrial e sanitário) também é outro caso bastante discutido na doutrina especializada. Em suma, a representada era acusar de ter adotado diversas medidas judiciais e extrajudiciais contra a Anvisa e contra empresas que estavam produzindo genéricos da patente farmacêutica da representada, que já se encontrava expirada, uma vez que a autorização concedida pela Anvisa à venda dos medicamentos genéricos baseava-se nos estudos sobre a adequação do medicamento às regras sanitárias (*data package*).<sup>198</sup>

Apesar de a regulação vigente permitir que os medicamentos genéricos e similares sejam registrados sem a apresentação dos testes clínicos e não clínicos, desde que se demonstre a biodisponibilidade e a bioequivalência em relação a um medicamento de referência, tal regulação tem como objetivo o estabelecimento de um procedimento mais rápido e menos custoso de registro para medicamentos genéricos e similares, facilitando a entrada de novos concorrentes.

No entanto, a representada questionava, em suas demandas, tal regulamentação, por afirmar que o conjunto de testes e estudos essenciais ao desenvolvimento de determinado produto que constituem o *data package* estaria protegido por direitos de propriedade industrial, de forma que a sua utilização (mesmo que indireta) para registro de medicamentos genéricos e similares seria indevida e uma violação legal.

Para a verificação de ocorrência ou não de *sham litigation*, o voto da Conselheira Relatora valeu-se de testes baseados na experiência norte-americana e na jurisprudência nacional:

---

Vagas – FGV Bacharelado em Ciência Política Universidade de Brasília – UNB Bacharelado em Direito Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

<sup>198</sup> “O dossiê (*data package*) para registro de medicamento novo no Brasil consiste, basicamente, em: (i) informações administrativas (como proposta de informações sobre o produto proposto e sobre os textos do rótulo); (ii) documentação completa de química, fabricação e controle, demonstrando que tanto o princípio ativo, quanto a forma do medicamento (por exemplo, comprimidos) possuem a qualidade adequada; (iii) documentação não clínica em forma de resumos da farmacologia não clínica completa e dos estudos toxicológicos, e publicação de estudos farmacológicos não clínicos; (iv) documentação clínica na forma de resumos e documentações das fases I, II e III dos estudos clínicos.”

“Nesse dossiê, encontram-se os estudos controlados que são necessários para estabelecer o comportamento do remédio no organismo (farmacocinética e farmacodinâmica), levando, em última análise, ao estabelecimento dos perfis de segurança e eficácia do produto. É o que dá subsídios à autoridade sanitária para autorizar a comercialização de determinado produto, regulado mediante concessão de registro sanitário.”

“O *data package* de um medicamento é confidencial e não pode ser entregue a terceiros ou publicado pela autoridade sanitária sem autorização do laboratório que o produziu”. (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº 08012.006377/2010-25. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPIgeXQIXShOfVrFaJqTR-5ovkJc9k0wbLg09YORtAxcnpPwEfIPStJfn8oTZQEB\\_aBmBa5jUq\\_EDNNIWOPqde2](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPIgeXQIXShOfVrFaJqTR-5ovkJc9k0wbLg09YORtAxcnpPwEfIPStJfn8oTZQEB_aBmBa5jUq_EDNNIWOPqde2). Último acesso em 25.05.2019).

- (i) teste POSCO, que busca avaliar se foram ajuizadas diversas ações contra concorrentes, que tenham baixa probabilidade de provimento favorável;
- (ii) teste PRE, que tem por intuito avaliar se as medidas propostas por uma parte são objetivamente sem fundamento (*baseless claim*) e têm o intuito de obter resultado potencialmente anticompetitivo. As duas principais situações são: (i) quando há clara carência das condições da ação, omissões relevantes ou posições contraditórias e (ii) quando há o ajuizamento de ação manifestamente improcedente, visando causar dano colateral ao concorrente;
- (iii) litigância fraudulenta, busca avaliar se houve a apresentação de falsidade na argumentação ou nas informações fornecidas ao Poder Judiciário ou agente administrativo.

Ao aplicar todos estes testes, precipuamente em razão de, no Brasil, não existir norma específica que verse sobre o prazo de legislação no tocante à proteção do *data package*, o voto da Conselheira Relatora entendeu que eram legítimas as medidas judiciais adotadas pela Lundbeck, ante a ausência de definição legal sobre o tema, apesar de estabelecer ressalva.

Novamente, sem adentrar-se no mérito do voto, vale a menção ao fato de que este caso versa sobre interesse discussão sob a perspectiva do interesse público, na medida em que a proteção ou não do *data package* pode impor severos custos ao consumidor, caso se limite a concessão de registros à genéricos que não desenvolvam os seus próprios testes clínicos e não clínicos. Logo, é evidente que o sucesso nas demandas judicializadas pela empresa representada tem a potencialidade de causar danos à concorrência e ao consumidor.

Em uma visão focada no interesse público, diante da ausência de uma definição legal sobre o tema, poderia o CADE ter adotado posicionamento que privilegiasse a concorrência decorrente da permissão de mais genéricos atuando no mercado. Contudo, afastar a caracterização de *sham litigation* por considerar razoável o ajuizamento da questão ante a lacuna legal, o CADE acabou por privilegiar (ao menos em tese) o inventor, que também representa um núcleo de interesse tutelado constitucionalmente.

Este caso, portanto, ilustra muito bem como os diferentes núcleos de interesse conflitam entre si.

3.1.3.6 Processos n° 08012.005335/2002-67 e 08700.003082/2016-34 - Nova Atenas vs. Ediouro Publicações S.A

Este caso versa sobre alegação de *sham litigation* (envio de notificações extrajudiciais com propósito intimidatório) fundadas em prática de concorrência, buscando dificultar a constituição, o funcionamento ou desenvolvimento das empresas concorrentes na produção e comercialização de publicações no mercado de revistas de passatempos, no qual a Representada detinha posição dominante.

Em suma, a empresa representada, que atua no mercado de revistas de passatempo, foi acusada de intimidar seus concorrentes com notificações extrajudiciais e ações judiciais com o fundamento de que o seu concorrente estaria introduzindo no mercado revistas com conteúdo e características muito semelhantes àquelas das revistas de passatempo editadas pela representada, caracterizando crime de concorrência desleal, na forma do art. 195, XI da Lei nº 9.279/96.

Trata-se, portanto, do caso típico de uso da repressão à concorrência desleal para se buscar efeitos análogos ao de um direito de exclusiva.

Como o caso acabou sendo resolvido por meio de celebração de TCC, não houve julgamento da conduta pelo CADE.

De toda forma, a Superintendência-Geral do CADE<sup>199</sup> emitiu a Nota Técnica nº 18/2015/CGAA1/SGA1/SG/CADE, que entendeu pela ocorrência de *sham litigation*.

Para tanto, também se valeu do teste PRE e do teste POSCO (mencionado no caso anterior). Ademais, a nota técnica investigou se os fatos narrados também não caracterizariam acordos judiciais fraudulentos, que visavam restringir a concorrência.

Ao aplicar tais testes, a Nota Técnica concluiu que a representada havia ajuizado ações cautelares e ordinárias cujo fundamento era, no mínimo, discutível, para obter posteriormente, através do acordo firmado, uma exclusividade à qual não tinha direito, excluindo concorrentes do mercado e gerando efeitos deletérios ao mercado.

Além do *sham litigation*, a Nota técnica também entendeu que a representada teria abusado da posição dominante mediante fraude ao enviar notificações extrajudiciais com informações inverídicas acerca da titularidade de patentes e registros de marcas e ao apor avisos também inverídicos sobre a titularidade de patentes em suas revistas, além de ter

---

<sup>199</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº08700.003082/2016-34. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPSs8zbSflhjm9ztKYA-CRarHDKh9T-LaJMtoMXF2mx0wUUbl3JEodbU0fa\\_Ug\\_azQNYU0tzOvg6FjgGorBBmU](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPSs8zbSflhjm9ztKYA-CRarHDKh9T-LaJMtoMXF2mx0wUUbl3JEodbU0fa_Ug_azQNYU0tzOvg6FjgGorBBmU)

dificultado o acesso de concorrentes a meios de distribuição, uma vez que pressionou as distribuidoras para que não distribuíssem produtos de concorrentes, sob alegação de suposta violação de direitos de Propriedade Intelectual.

Com base nestes argumentos, a Nota Técnica recomendou a condenação da empresa representada pela prática das condutas tipificadas nos artigos 21, incisos IV, V e VI c/c art. 20, inciso I, ambos da Lei 8.884/94, correspondentes aos incisos III, IV e V do art. 36, §3º c/c art. 36, I, todos da Lei 12.529/2011.

Por fim, é relevante notar que, apesar de, no caso, a empresa representada deter cerca de 74% do poder mercado, a Nota Técnica, assim como no caso da Ely Lilly, afirmou que a verificação de *sham litigation* pode ocorrer independente de o agente econômico ter poder de mercado sob o fundamento de que, mesmo quando o agente infrator não detiver poder de mercado, uma estratégia bem sucedida de abuso do direito de petição, em especial nos casos de Propriedade Intelectual, que garantem direitos de exclusiva, o agente consegue obter imediato poder de mercado. Neste caso, bastaria o agente econômico ter capacidade financeira para suportar uma estratégia custosa, como é a litigância judicial.

De qualquer forma, o caso veio a ser encerrado por meio de celebração de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) aprovado pelo CADE em 02/08/2016, decorrente do processo administrativo 08012.005335/2002-67, no qual a Ediouro foi acusada de abusar do direito de petição através do ajuizamento de ações judiciais e o envio de notificações extrajudiciais com o único intuito de prejudicar os concorrentes, de firmar acordos de não-concorrência e de dificultar o acesso de concorrentes aos distribuidores.

Tendo em vista que houve a celebração de TCC, o CADE não analisou pormenorizadamente as condutas imputadas à Ediouro, mas é relevante que, segundo o voto do Conselheiro Relator,<sup>200</sup> o CADE teria poderes para anular os acordos realizados judicialmente por entender que, em primeiro lugar, o acordo judicial poria fim ao processo judicial sem se discutir o mérito e, em segundo lugar, os magistrados que julgaram os casos de concorrência desleal não estariam atentos aos efeitos concorrenciais decorrentes da homologação de acordos de não concorrência. Cita ainda como jurisprudência neste sentido o Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51.

---

<sup>200</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº08700.003082/2016-34. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOIwEp6nDKUkt0Z0FopkC\\_E39LK1BBC7pQo9a47Y68cN24f-fo2uyaL1NetIx\\_p-dOQHmFIdj3gut6eBJbqbk9G](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOIwEp6nDKUkt0Z0FopkC_E39LK1BBC7pQo9a47Y68cN24f-fo2uyaL1NetIx_p-dOQHmFIdj3gut6eBJbqbk9G)

3.1.3.8 *Processo nº 08012.005727/2006-50 - Ministério Público Federal do Estado de Minas Gerais vs. Alcoa Alumínio S.A.*

Trata-se de caso de alegação de *sham litigation*, em que a empresa representada, com base em registros de desenho industrial de perfis de alumínio que não foram objeto de exame de mérito, demandou judicialmente seus concorrentes, a fim de que eles fossem impedidos de usar tais perfis, os quais, segundo a representada, já eram comercializados no mercado. Ademais, a representante alegou que a representada teria emitido comunicado com informações falsas, afirmando ser titular de registros de desenhos industriais sobre perfis que não estariam registrados.

Em relação ao *sham litigation*, sua caracterização foi afastada pelo voto relator<sup>201</sup>, César Costa Alves de Mattos<sup>202</sup>, por entender que, no caso, os registros de desenho industrial da representada haviam sido mantidos após serem submetidos à análise de mérito, portanto não caberia ao CADE analisar o mérito das decisões proferidas pelo INPI, não tendo como afirmar que a eventual restrição decorrente dos registros configuraria infração à ordem econômica.

Quanto ao comunicado com informações supostamente enganosas, também foi afastada a acusação sob o fundamento de que tal comunicado, diferente do que alegou a representante, versaria sobre a legítima proteção das marcas da empresa representadas.

Com base nestes fundamentos, o Conselheiro Relator determinou o arquivamento do feito.

Interessante notar que este caso, por também tratar de ações que visavam à proteção de desenho industrial, se aproxima do caso da Anfape, que também versou sobre direitos de propriedade industrial sobre desenho industrial. Em ambos os casos o CADE adotou o entendimento de que o fato de os registros de desenho industrial terem seu mérito analisados pelo INPI, autarquia competente para tanto, não caberia analisar no mérito destes registros. Ocorre que neste caso, diferente do caso Anfape, a mera validade dos registros foi usada como argumento para afastar a caracterização de *sham litigation*, o que destoaria não só dos esclarecimentos sobre hipóteses de abuso de propriedade intelectual, feitos pelo voto-vogal vencedor naquele outro processo, mas revela-se contraditório como o próprio conceito de

<sup>201</sup> CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo nº08012.005727/2006-50. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yORZY4ELoTPLJOUUNsTEcwypz0QxbyUGJow5-ZcFzT\\_jkpUBzN\\_vQwDjADDbqtcD9DLpDsj7zVWTRBU4nSPSxmB](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yORZY4ELoTPLJOUUNsTEcwypz0QxbyUGJow5-ZcFzT_jkpUBzN_vQwDjADDbqtcD9DLpDsj7zVWTRBU4nSPSxmB)

<sup>202</sup> Graduação em Economia pela Universidade de Brasília (1986), mestrado em Economia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1991) e doutorado em Economia pela Universidade de Brasília (2001).

abuso de direito. O fato de o registro ser válido não afasta a possibilidade de ele ser usado de forma abusiva. Neste ponto, pareceu equivocou-se a decisão ora em análise.

#### 4. RESULTADOS DA ANÁLISE

A partir da análise realizada no capítulo anterior, em que pesem as limitações da pesquisa, tem-se como resultado que os atos de concorrência desleal tem a capacidade de prejudicar a concorrência difusa, além conforme comprovam as decisões do CADE que superaram a perspectiva eminentemente privada do ato de concorrência desleal, sob seu julgamento, com vistas a verificar sua adequação ou não às normas de defesa da concorrência, realizando uma integração da perspectiva privada com a pública.

Ademais, alguns resultados da pesquisa podem servir de indicadores aptos a contribuir para a caracterização da capacidade de um ato ser concomitantemente uma conduta desleal e uma infração antitruste, quais sejam o poder de mercado dos agentes e a extensão dos efeitos do ato (decorrente de ter sido praticado ou não de forma repetida).

A partir destes indicadores e outros resultados, também é possível traçar alguns questionamentos sobre como a concorrência desleal vem sendo tratada pelos tribunais brasileiros, tanto sob uma perspectiva de uma política pública mais eficiente de defesa da concorrência, tanto sob o aspecto material, ou seja, se as soluções atualmente propostas juridicamente para as condutas desleais não poderiam se beneficiar de uma melhor integração com a visão jurídico-econômica do direito antitruste. Estas questões serão abordadas nas Seções a seguir.

Não obstante, nota-se que, além da menção à proteção ao consumidor, não houve discussão ou referência específica a respeito de demais interesses ou fins constitucionais que a vedação ou a autorização de determinado ato de concorrência desleal, sob a perspectiva do interesse público, estaria buscando alcançar. Por esta razão, afirma-se que o CADE realizou uma integração de forma reflexa entre a repressão à concorrência desleal com o atendimento aos fins constitucionais.

Ademais, tem-se como resultado relevante da pesquisa – que, ao mesmo tempo, é a sua limitação e principal resultado não esperado – o baixo número de decisões proferidas pelo CADE que foram identificadas, versando sobre concorrência desleal e sobre *sham litigation* associado a direitos de exclusiva e à concorrência desleal. Considerando esta já destacada

dualidade dos atos de concorrência desleal e o grande número de casos levados aos Tribunais de Justiça versando sobre este tema<sup>203</sup> ao longo destes quase vinte e cinco anos de decisões constantes na base de dados do CADE,<sup>204</sup> fato que pode ser atribuído a uma escolha de política pública do CADE, que historicamente foca sua atuação na análise de atos de concentração.<sup>205</sup>

Com base no material avaliado, é possível responder a pergunta geral de pesquisa<sup>206</sup> no sentido de que a correlação entre a concorrência no ambiente privado e a concorrência no contexto coletivo se dá através da aplicação do racional e dos instrumentos analíticos, típicos do direito antitruste, aos atos de concorrência desleal.

Como visto, foram levantados e relatados diversos casos em que o CADE não apenas reconheceu que um ato de concorrência desleal praticado contra agente econômico específico, pode também apresentar efeitos difusos, mas também casos em que a tutela jurídica praticada contra um ato de concorrência desleal trouxe prejuízos difusos à concorrência.

Apesar do baixo número de julgados sobre concorrência desleal, o que impede de se fazer qualquer assertiva dedutiva a respeito da posição consolidada do CADE sobre o tema, é possível afirmar que, em relação ao primeiro caso, o Conselho posiciona-se no sentido de que os limites da concorrência privada de um ato desleal são extrapolados, passando a surtir efeitos difusos, em duas hipóteses: (i) quando o agente que pratica o ato de concorrência desleal possui poder de mercado (havendo decisões que afirmam a necessidade de demonstrar, neste caso, para a caracterização da infração à ordem econômica, que o ato de concorrência desleal foi praticado em razão do poder econômico); e (ii) quando um ato de concorrência desleal (nos dois casos verificados, trata-se de ameaça com uso de violência) é praticado de forma reiterada, que ganha tamanha proporção com a capacidade de surtir efeitos difusos.

Já no tocante ao segundo grupo de casos, quando a repressão à concorrência desleal foi utilizada como instrumento para limitar a concorrência em detrimento dos interesses públicos, foram levantados os casos em que isso foi feito através (i) de condutas coordenadas

---

<sup>203</sup> Uma breve pesquisa nos Tribunais de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e de São Paulo, por decisões que citem o termo “concorrência desleal”, tendo como período de pesquisa os anos de 1994 a 2019, obteve mais de 15 mil resultados.

<sup>204</sup> Descartando-se a atuação do órgão pretérita à promulgação da Lei Federal nº 8.884/94, período em que, de acordo com a doutrina, a atuação do CADE era pouco significativa (SALGADO, 2009, p.7).

<sup>205</sup> ATHAYDE, 2017.

<sup>206</sup> Como se relacionam a concorrência privada, tutelada pelo instituto da repressão à concorrência desleal, e a política brasileira de defesa da concorrência?

de fixação de uma tabela de preço, em quase todos os casos, por meio de uma entidade representante de classe; ou (ii) do abuso do direito de petição, utilizando-se medidas judiciais flagrantemente improcedentes, para criar barreiras de entrada e aumentar os custos, prática conhecida como *sham litigation*, sempre associada à proteção de uma inexistente Propriedade Intelectual ou mesmo concorrência desleal.

Com base nestes resultados, sem ser possível realizar qualquer generalização, especialmente em razão do baixo número de decisões analisada, é possível considerar que as observações aduzidas nos parágrafos anteriores sobre o poder de mercado e a repetição da conduta, como elementos caracterizados da infração econômica por meio de um ato de concorrência desleal, como características objetivas que permitam ajudar na identificação da infração à ordem econômica em futuros casos.

Já em relação aos casos de condutas coordenadas e de *sham litigation*, revela-se mais difícil a constatação de qualquer elemento objetivo que auxilie a análise de futuros casos. Trata-se de instituto que carece de análise tópica.

Verificou-se também que o CADE, ao analisar as condutas de concorrência desleal ou de sua repressão, valeu-se dos mesmos instrumentos analíticos tipicamente utilizados na defesa da concorrência, buscando identificar a participação de mercado das partes envolvidas e os efeitos líquidos decorrentes de tal conduta.

Ademais, foi possível constatar que as decisões proferidas pelo CADE, no que diz respeito à repressão à concorrência desleal, *não* estabelecem *links* diretos com os resultados almejados pela política de defesa da concorrência e pela Constituição Federal. Com efeito, foram menções superficiais à proteção do consumidor; as decisões não se dedicam a discutir como a conduta sob análise pode impactar outros núcleos de interesse constitucionais ou como a condenação de tal prática se adapta à política pública de defesa da concorrência ou com os fins constitucionais. Com efeito, verifica-se a aplicação direta da fonte normativa antitruste e de seu instrumental analítico e teórico, no qual estas questões de política pública e de adequação aos fins e interesses constitucionais, ao menos em tese, já estão incorporados e, por isso, não são diretamente mencionados.

De toda sorte, com base no aqui exposto, é possível afirmar que não só a hipótese foi confirmada e a pergunta de pesquisa respondida, mas também o objetivo principal e os secundários foram alcançados. As seções seguintes se dedicarão a tratar de forma mais detalhada os resultados obtidos.



#### 4.1 A baixa quantidade de decisões

A partir da confirmação da hipótese, da resposta à pergunta de pesquisa, dos objetivos alcançados, bem como das limitações e contribuições não esperadas, serão feitas algumas observações sobre os principais pontos levantados durante a pesquisa.

Em primeiro lugar, chama a atenção o número baixo de decisões proferidas pelo CADE versando especificamente sobre concorrência desleal. Tendo como premissa o fato de que os atos de concorrência desleal podem ter repercussões no interesse público e o grande número de casos levados aos Tribunais de Justiça versando sobre este tema<sup>207</sup>, esperava-se que o CADE teria julgado muito mais demandas sobre concorrência desleal ao longo de seus quase 25 anos de atuação mais efetiva<sup>208</sup>.

De toda sorte, ainda que se possa questionar se o resultado de poucas decisões decorre de eventuais deficiências na pesquisa (tais como equívoco na escolha dos termos pesquisados ou até mesmo falhas no sistema de pesquisa e no banco de dados do próprio CADE), uma vez que as decisões analisadas acabam referenciando umas às outras, o que, aliado a estudos pretéritos sobre o tema, pode-se afirmar que o resultado encontrado representa de forma fidedigna o cenário de decisões proferidas pelo CADE versando sobre concorrência desleal.

Superada a possível causa suscitada no parágrafo anterior, outra razão poderia ser atribuída ao fato de, em tese, as decisões versarem somente sobre o aspecto público da concorrência e não trazerem resultados imediatos para o representante do processo administrativo (como a reparação de perdas e danos), de forma que as partes privadas não teriam suficiente incentivo em buscar a tutela do CADE para litígios versando sobre concorrência desleal.

Contudo, tal hipótese também parece pouco provável de ser a causa para o baixo número de casos, na medida em que, mesmo sem a possibilidade de pleitear a reparação de danos ou conseguir uma tutela liminar específica, há um grande incentivo para que agentes econômicos privados que estão sendo alvos de uma conduta desleal busquem, além da tutela do Poder Judiciário, uma tutela do CADE: o processo administrativo do CADE não exige o pagamento de custas ou qualquer outra taxa para a sua instauração e também não imputam ao

---

<sup>207</sup> Uma breve pesquisa nos Tribunais de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e de São Paulo, por decisões que citem o termo “concorrência desleal”, tendo como período de pesquisa os anos de 1994 a 2019, mais de 15 mil resultados.

<sup>208</sup> Descartando-se a atuação do órgão pretérita à promulgação da Lei Federal nº 8.884/94, período em que, de acordo com a doutrina, a atuação do CADE era pouco significativa. Vide: FORGIONI, 2015; LUCIA HELENA, 2009; FRAZÃO, 2017).

agente que fez a representação qualquer pagamento de sucumbência no caso do processo administrativo vir a ser arquivado sem a condenação do agente econômico representado.

Outra possível explicação para o baixo número de decisões encontradas é que a presente pesquisa não investigou todas as representações submetidas ao CADE versando sobre concorrência desleal, mas tão apenas aquelas em que houve a instauração de processo administrativo e efetivo julgamento pelo plenário do órgão e que, portanto, aparecem na metodologia de pesquisa desta dissertação. Portanto é possível que existam outras representações submetidas ao CADE versando sobre a prática de concorrência desleal, mas que apenas uma pequena porcentagem destas representações venha a tornar-se um processo administrativo e a constar no banco de dados disponível para pesquisa.

Sem prejuízo, outras duas possíveis razões ou explicações para o fato apurado de poucas decisões, mas que, assim como as demais suscitadas assim também não puderam ser sequer testadas na presente pesquisa uma vez que exigem metodologia totalmente diversa, seriam: (i) a falta de conhecimento dos agentes econômicos sobre a possibilidade de buscar o CADE em casos de concorrência desleal; e (ii) o tempo de duração de um processo administrativo, que, como verificado, é de cerca de 8 anos e meio para estes tipo de caso<sup>209</sup>, ao passo que a duração média de um processo tende a ser menor.

De qualquer forma, ainda que sejam necessários futuros estudos para se identificar a razão pela qual foram encontradas poucas decisões do CADE versando sobre concorrência desleal, tal fato já é, *per se*, um relevante resultado para a presente pesquisa, pois demonstra que o Poder Público, qualquer que seja a esfera, não vem tutelando os efeitos da interseção entre as esferas privadas e pública da concorrência, ao menos de forma eficaz, já que o Poder Judiciário, como aludido, não enfrenta esta questão diretamente (até mesmo por força de determinação legal<sup>210</sup>) e o CADE, como comprova o fato de haver poucas decisões sobre o tema, também pouco se dedica a enfrentar os eventuais efeitos antitruste decorrentes de um ato desleal ou da sua alegada repressão.

Este ponto ainda será objeto de mais discussão na Seção 4.6 deste trabalho.

---

<sup>209</sup> Não foi realizada uma pesquisa do tempo médio geral de duração dos julgados do CADE, apenas calculou-se o tempo médio de duração dos casos aqui analisados.

<sup>210</sup> Art. 118 da Lei Federal nº 12.529/11 (e art. 89 da Lei Federal nº 8.884/94).

#### *4.2 Concorrência desleal e poder de mercado*

Mesmo diante do reduzido número de casos encontrados, a presente pesquisa se dedicou a levantar as condições fáticas destacadas pelas decisões analisadas que, segundo tais decisões, teriam o condão de tornar um ato de concorrência desleal apto a exercer efeitos difusos sobre a concorrência, com o objetivo de tentar identificar padrões (mas sem a pretensão de se traçar regras gerais) que possam servir como indicativos em futuras discussões sobre o tema,

A primeira condição fática que, segundo as decisões analisadas, torna um ato de concorrência desleal apto a exercer efeitos difusos sobre a concorrência é o poder de mercado do agente que pratica a conduta alegadamente desleal

Necessária a ressalva de que as decisões adotam posicionamentos diferentes a respeito do tema, o que, associado ao baixo número de decisão, dificulta, senão impede, identificar elementos objetivos que permitam nortear a avaliação de novos casos versando sobre o tema.

Verifica-se que, em um mesmo caso, é normal que os Conselheiros tenham entendimentos distintos e conflitantes sobre a caracterização ou não da infração à ordem econômica.

De toda sorte, foi possível identificar que a maioria das decisões asseveraram que, para existir a possibilidade de determinada conduta desleal caracterizar também infração à ordem econômica, é necessário que o agente econômico que pratica a conduta desleal tenha relevante poder de mercado, o que se coaduna com a doutrina e legislação antitruste que tem por escopo, exatamente, reprimir o abuso de poder econômico (na forma vaticinado no art. 173, §4º, da Constituição Federal).

Com efeito, infere-se que cinco dos seis casos versando sobre o tema ressaltaram a posição dominante do agente econômico como o elemento principal a permitir que o ato de concorrência desleal tivesse a potencialidade de gerar efeitos difusos sobre a concorrência.

Neste sentido, a existência de poder de mercado do agente que pratica o ato de concorrência desleal revela-se como o principal indício na verificação dos efeitos difusos sobre a concorrência oriundos de uma conduta desleal.

Cabe ainda menção ao fato de que o voto vencedor no Processo nº 08012.003918/2005-04 (Telemar) impôs mais um requisito para a caracterização da infração à ordem econômica: que a conduta é ilícita exatamente em razão da posição dominante do agente econômico.

Apesar de esta discussão não ter sido observada nas demais decisões analisadas, cabe questionar se esta seria a interpretação mais adequada sobre o tema, na medida em que a legislação antitruste, em tese, não exigiria que somente o exercício abusivo do poder dominante caracterizaria infração à ordem econômica. Em verdade, esta é apenas uma das hipóteses previstas no artigo 36 da Lei Federal nº 12.529/11, o qual, em seu inciso I, admite que “qualquer forma de prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa” são considerados ilícitos antitrustes.

A princípio, considerando que a legislação antitruste se dedica a reprimir o abuso de poder dominante, é totalmente coerente a exigência imposta pelas decisões mencionadas de que somente o agente econômico detentor de poder econômico relevante teria capacidade de praticar ato de concorrência desleal que caracterize também infração à ordem econômica.

Por outro lado, cabe observação de que o artigo 36 da Lei Federal nº 12.529/11, prevê outras hipóteses além do abuso de posição dominante como forma de praticar a infração à ordem econômica:

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.

Com efeito, resta tipificado que a mera restrição ou a criação de dificuldade à concorrência já é suficiente para caracterizar a infração à ordem econômica.

Nesta lógica, o poder de mercado de um agente econômico não seria essencial à caracterização da infração à ordem econômica, desde que sua conduta tenha o condão de prejudicar de forma difusa a livre concorrência, como pode ocorrer, por exemplo com atos de concorrência desleal.

Corroborando esta visão, tem-se no Processo nº 08700.006964/2015-71 (Caso Uber) o posicionamento do voto do Conselheiro Relator, acolhido de forma unânime pelo plenário, que não adentrou ao mérito de se os agentes econômicos deteriam ou não poder de mercado, afirmando que a possibilidade do ato de concorrência desleal surtir efeitos difusos tão apenas em razão de a conduta desleal (uso de violência ou grave ameaça) ser perpetrada de forma reiterada.

Ademais, vale a menção a algumas decisões do CADE aqui analisadas<sup>211</sup> e à parcela da doutrina<sup>212</sup> que entende não ser relevante o poder de mercado, em casos de *sham litigation*, para a caracterização da infração econômica, em especial em casos de Propriedade Intelectual.

Segundo essa corrente, como a Propriedade Intelectual impõe a imediata restrição aos demais agentes econômicos, por conferir direito de exclusiva, o sucesso em uma estratégia de *sham litigation* geraria necessariamente poder de mercado ao agente que se vale de tal mister.

O mesmo racional que afasta a necessidade de poder de mercado poderia ser aplicado aos casos de concorrência desleal, especialmente àqueles que tratem sobre atos de confusão, na medida em que tais casos também apresentam efeitos exclusionários.

Parece ser possível concluir que o fato de um agente econômico ter poder de mercado funciona como indício de que eventual concorrência desleal por ele praticado pode levar à redução indevida de toda a concorrência, mas nem a sua presença é garantia de que haverá infração e nem a sua ausência é garantia de que não há infração à ordem econômica.

De toda forma, ainda sobre a relação entre o poder de mercado e os efeitos difusos sobre a concorrência decorrentes de um ato de concorrência desleal, é possível o questionamento se um ato de concorrência desleal, praticado por um agente sem poder de mercado (um entrante, por exemplo) contra um agente que detem relevante poder de mercado, também poderia ter algum impacto difuso sobre a concorrência ou até mesmo gerar efetivos prejuízos ao agente que foi vítima do ato desleal.

Certamente a resposta a este questionamento não pode ser dada pela presente pesquisa, na medida em que foge ao seu escopo e exige metodologia diversa. Contudo, nada impede que futuros estudos possam se dedicar sobre o tema.

#### 4.3 Prática reiterada da conduta desleal

A segunda condição fática que, segundo as decisões analisadas, torna um ato de concorrência desleal apto a ultrapassar os limites privados entre os agentes econômicos praticante e vítima a conduta desleal e interferir forma difusa na concorrência é mencionada pela decisão proferida no “Caso Uber”, que admitiu a possibilidade de uma conduta inicialmente limitada à esfera privada (no caso, o uso de violência ou grave ameaça por parte de taxistas contra motoristas de Uber) ter a capacidade de apresentar repercussão difusa, quando praticada de forma reiterada, em um número suficiente de vezes que é capaz de alterar

---

<sup>211</sup> Casos “Ely Lilly” e “Ediouro”.

<sup>212</sup> FRAZÃO, A., 2017, p. 394.

o comportamento do consumidor e alterar o funcionamento do mercado e de seus agentes participantes.

Como já suscitado, este foi o único caso entre os analisados (versando sobre concorrência desleal) em que não se discutiu se a parte infratora tinha poder de mercado com vistas a caracterizar os efeitos potenciais e, ainda assim, admitiu-se a possibilidade de o agente representado praticar uma infração à ordem econômica através de uma conduta desleal.

É possível inferir que a decisão sob análise admite que os casos, amplamente noticiados, de ameaça e a violência praticados individualmente por taxistas contra motoristas de Uber poderiam criar um cenário de insegurança na população de forma que evitariam utilizar o serviço de transporte de aplicativo. Portanto, a ameaça contra os motoristas impingiria um medo tamanho nos passageiros que acabaria por excluir (por falta de demanda) o serviço de transporte da Uber, levando a uma concentração de mercado indevida em detrimento do consumidor e da livre concorrência.

Em que pese no caso concreto o CADE ter entendido pela ausência de indícios da conduta de violência e ameaça que caracterizaria a infração à ordem econômica, os ensinamentos constantes nesta decisão permitem afirmar que a reiterada prática de uma conduta desleal poder servir como um indício de sua potencialidade de gerar efeitos difusos sobre a concorrência, sendo, obviamente, necessário que se verifiquem outros elementos para que se caracterize o ilícito antitruste.

Vale, ademais, mencionar que este mesmo entendimento foi adotado no caso em que a OI praticou atos de concorrência desleal contra a GVT, incluindo, como no “Caso do UBER”, emprego de violência ou grave ameaça, afirmando o CADE que, *in casu*, teriam sido condutas isoladas e que, por esta razão, não apresentavam potencial de causar lesão de forma difusa à concorrência.

Destaque-se que em nenhum dos dois casos delimita de forma objetiva os requisitos necessários para que se identifique quando um ato desleal foi praticado reiteradamente em quantidade suficiente para poder se tornar um ilícito antitruste, mas é possível se concluir que a quantidade de vezes que uma conduta desleal foi praticada diz respeito mais à extensão dos seus danos do que a quantidade em si. Ou seja, quando a conduta desleal alcançar ou, ao menos, tiver o potencial de alcançar outros agentes além da relação privada traçada entre dois concorrentes, há o risco de a concorrência ser afetada de forma difusa. Uma das formas de isso ocorrer é através da repetição extensiva da conduta desleal.

Importante também notar que, apesar de as decisões analisadas só trazerem casos de uso de violência ou grave ameaça, é possível imaginar que outros tipos de condutas desleais,

tais como atos denigratórios ou falsas afirmações de exclusivas, caso praticados de forma reiterada, também possam surtir efeitos difusos sobre a concorrência.

Por exemplo, caso seja divulgado ao consumidor, de forma reiterada, falsa informação sobre um produto ou sobre o próprio agente econômico, capaz de excluir este agente do mercado, é possível que tal ato desleal venha a interferir de modo difuso na concorrência, especialmente se o agente vítima da deslealdade tenha poder de mercado.

Já falsa afirmação de exclusiva, tal como a falsa alegação de titularidade de um direito de patente ou a falsa alegação de exclusividade de um ativo intangível (por meio da repressão de atos desleais confusórios), praticada reiteradamente, pode também levar à uma indevida restrição da concorrência de forma difusa, tal como ocorre nos casos de *sham litigation*, que serão abordados na Seção a seguir.

Ao se refletir sobre as duas condições fáticas discutidas nesta e na Seção anterior, não parece ser possível identificar características comuns a ambas além do fato de terem o condão de conferir a um ato desleal, voltado contra um agente específico, efeitos sobre diversas pessoas, sejam outros agentes concorrentes, sejam os consumidores.

Ao contrário, identifica-se uma substitubilidade entre ambas as condições fáticas analisadas.

De fato, o poder de mercado revela-se como o elemento mais evidente para a identificação da potencialidade de um litígio versando sobre ato desleal atingir esferas de interesse que extrapolem a relação privada dos agentes litigantes. Tantos nos casos em que o agente que pratica o ato desleal é o que detém o poder de mercado ou nos casos em que a vítima do ato desleal é quem possui poder de mercado, a análise desta condição é essencial para se verificar eventual ilícito antitruste.

Como já aludido aquele que detém poder de mercado e prejudica um concorrente por meio de um ato desleal, pode estar querendo, através desta conduta, garantir o seu market share e manter a sua posição dominante. Já se um agente pratica um ato de concorrência desleal contra um agente que apresenta poder de mercado, é possível que o agente infrator busque, por meio desta conduta, conquistar a posição dominante do outrem.

Ocorre que, nos casos em que um ato desleal é apto a exercer efeitos difusos sobre a concorrência, a identificação do poder de mercado é prescindível, como afirmar as decisões do CADE, tanto no caso da UBER (que sequer discute essa questão), como nos casos de *sham litigation* versando sobre propriedade intelectual que expressamente afastam a necessidade de caracterização do poder de mercado.

Por esta razão, verifica-se uma relação de substitubilidade entre as condições fáticas analisadas: na ausência de poder de mercado, ainda persiste a possibilidade de se atingir o interesse público através da prática reiterada de um ato desleal.

Essa substitubilidade, por outro lado, não impede que ambas as condições fáticas sejam verificadas em conjunto de forma complementar em um mesmo caso: um agente com poder econômico prática ou é vítima de reiterados atos de concorrência desleal.

De qualquer sorte, é necessário repisar que nem a presença de quaisquer das duas condições analisadas é garantia de que um ato desleal também caracterizará uma infração à ordem econômica e que nem a sua ausência de uma ou de ambas as condições é garantia de que um ato desleal não pode ser entedido como infração à ordem econômica.

#### *4.4 Concorrência desleal por ato de falsa alegação de exclusiva: o uso de ativos intangíveis sem proteção por tutela específica como forma de infração à ordem econômica*

Outro ponto que já foi observado, mas que também merece destaque novamente, é a quantidade de decisões em que a repressão à concorrência serviu como fundamento para que um agente econômico adotasse condutas que restaram caracterizadas como infração à ordem econômica.

Apesar de tais decisões não fornecerem elementos que permitam identificar quando os casos de concorrência desleal também podem implicar infração à ordem econômica, é certo que elas demonstram a relação próxima entre a concorrência desleal e o antitruste e, principalmente, como a busca (fundada ou não) pela repressão à concorrência desleal pode levar à indevida restrição da concorrência.

Seguindo essa perspectiva, tem-se todos os casos analisados sobre *sham litigation* associados à Propriedade Intelectual, cuja característica comum é de versarem a respeito da tentativa de proteção de um ativo intangível, que não é objeto de nenhuma tutela específica de propriedade industrial.

Com efeito, estes casos de *sham litigation* associados a Propriedade Intelectual não passam de uma prática reiterada de atos desleais de falsa alegação de exclusivas. Como demonstram as decisões analisadas, os agentes que cometeram infração à ordem econômica alegavam ser titulares de direitos patentários, de obra autoral ou que seus concorrentes estavam praticando atos desleais de confusão, de forma reiterada, em diversas ações ou outras medidas judiciais.



No caso “Shoptur”, o representado alegava ter a titularidade sobre um formato de programa com base em registro (declaratório) de direito autoral a respeito de algo que não era obra autoral, ou seja, que não tinha os requisitos legais para ser protegido a título exclusivo.

Da mesma forma, no caso “Eli Lilly”, aquela empresa buscava impedir que seus concorrentes utilizassem uma tecnologia que já se encontrava em domínio público em razão de a própria Representada não ter observado as regras legais de depósito de patente vigentes à época (prévia à vigência da atual Lei de Propriedade Industrial).

Igualmente, no caso “Lundbeck”, apesar de a alegação de *sham litigation* ter sido afastada pelo CADE, a empresa buscava a proteção do *data package*, que não é tutelado por norma específica ou por direito de exclusiva. A ausência de proteção jurídica específica foi exatamente o que fundamentou o voto vencedor a reconhecer que as demandas judiciais movidas pela empresa representada não caracterizaram *sham litigation*.

Em relação aos casos “ANFAPE” e “Alcoa”, apesar de ambos enfocarem os registros de desenho industrial – que é direito de exclusiva previsto na Lei de Propriedade Industrial – segundo os agentes representantes, não teriam sido objeto de exame de mérito, portanto seriam títulos precários, cuja registrabilidade não havia sido comprovada.

Por fim, há o caso “Eduouro” em que o argumento utilizado pela empresa representada nas ações movidas em face de seus concorrentes (que caracterizou o *sham litigation*) foi exatamente a prática de concorrência desleal.

Tem-se, assim, em todos estes casos que, apesar de as empresas representadas alegarem a busca pela proteção de Propriedade Intelectual, na verdade, buscavam restringir que seus concorrentes fizessem uso de um ativo intangível, do qual eles não detinham direito de uso exclusivo, caracterizando abuso do direito de proteção da tutela na medida em que se desvio de seu fim econômico ou social.<sup>213</sup>

Observa-se, assim, que na maioria destes casos houve o uso sistêmico de medidas judiciais e extrajudiciais, visando à repressão de alegado ato de concorrência desleal (travestido de proteção a direito de exclusiva), as quais também tiveram o condão de caracterizar infração à ordem econômica.

---

<sup>213</sup> “Tomado o fim econômico do direito subjetivo sob uma perspectiva geral, ou seja, frente ao interesse da comunidade que leva ao estabelecimento de um determinado direito subjetivo com perfil previsto na lei, o abuso poderá se caracterizar exatamente quando o exercício do direito pelo indivíduo se dê em contrariedade a um fim econômico que lhe dê a medida do conteúdo do próprio direito subjetivo. O critério para a determinação deste fim econômico parece ser a medida de utilidade para o titular, e que deve ser compatibilizada, em seu exercício, com a utilidade econômica para a comunidade” (MIRAGEM, 2013, p. 147)

Ademais, com base nestas observações, ainda é possível concluir que, nos casos em que a repressão à concorrência desleal é utilizada como instrumento de proteção de ativos intangíveis, o seu abuso – através de *sham litigation* – surte os mesmos efeitos exclusionários impostos por *sham litigation* baseada em um suposto direito de exclusiva. Em ambos os casos, há restrição indevida à concorrência em decorrência do caráter excludente do bem tutelado.

Portanto, fica evidente que a repressão o instituto da repressão à concorrência desleal, não obstante ter como fundamento a proteção à livre iniciativa e à livre concorrência, é um poderoso instrumento de restrição da concorrência, capaz de prejudicar os princípios que o fundamentam, o que é em regra feito através de demandas judiciais.

Neste sentido, não há como se olvidar dos milhares de casos versando sobre concorrência desleal que são anualmente ajuizados nos tribunais pátrios que, certamente, assim como ocorreu nos casos aqui analisados, utilizam o Poder Judiciário e a falsa alegação de prática de um ato desleal (especialmente atos confusórios) para se apropriar de bens intangíveis não exclusivos, excluir concorrentes do mercado, aumentar os seus custos etc. Ou seja, usar a repressão à concorrência desleal como um instrumento de fraudar a concorrência.

Daí decorre a necessidade de que o Poder Judiciário passe a observar, discutir e tutelar aspectos públicos da concorrência em demandas envolvendo concorrência desleal (e propriedade intelectual em geral), para que aute como um instrumento público de defesa da concorrência e não como o instrumento utilizado pelos agentes econômicos para restringi-la.

Algumas sugestões para esta questão serão discutidas na Seção 4.7.

#### 4.5 Potencialidade do dano

Outro resultado relevante da pesquisa é a de que a única unanimidade verificada nas decisões do CADE que versaram sobre concorrência desleal é a de que a sua caracterização como infração à ordem econômica, por não se tratar de um ilícito per se, também exige a verificação da potencialidade do dano à concorrência.

Com efeito, de acordo com as decisões analisadas, não basta apenas a caracterização da ilicitude e eventual poder de mercado (ou a prática reiterada da conduta) por parte do agente econômico que está praticando o ato de concorrência desleal para que reste verificada a infração à ordem econômica.

É preciso comprovar que o ato ilícito possui a potencialidade de causar efeitos difusos.

Neste sentido, valendo-se das análises realizadas nas seções anteriores, é corente o racional de que um agente que detenha poder de mercado, ao praticar uma conduta de

concorrência desleal, que tem o condão de prejudicar um (ou mais) de seus concorrentes e até mesmo de excluí-lo(s) do mercado, tem o potencial de a uma maior concentração do mercado, que permita um aumento do poder de mercado e eventual aumento abusivo de preços, caracterizando, assim, uma infração à ordem econômica.

Da mesma forma, a repetição de uma conduta de ameaça ou violência contra um concorrente, como visto no tópico anterior, também apresenta a potencialidade de casuar um dano difuso como, por exemplo, excluir determinado concorrente do mercado ou retirar-lhe parcela da clientela aumentando o poder de mercado de quem praticou a conduta desleal.

De toda sorte, vale a observação de que, a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, no caso “Telemar” afastou a caracterização da infração à ordem econômica por entender que, *in casu*, os danos não haviam sido comprovados, ou seja, não ao invés da mera potencialidade, ela entendeu ser necessário que se comprovasse o efetivo dano.

Destaca-se que tal posicionamento parece confrontar o texto expresso do *caput* do art. 36 da Lei Federal nº 12.529/11 que caracteriza como infração à ordem econômica atos que “*possam produzir os (...) efeitos*” de limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros, ou exercer de forma abusiva a posição dominante. Ou seja, o texto legal é claro em indicar que a mera potencialidade de gerar danos difusos é passível de repressão.

Outra característica relevante da potencialidade de dano como elemento caracterizador do ilícito antitruste é a sua relação com o princípio da *regra da razão*, que impõem que os atos restritivos da concorrência não devem ser sempre reprimidos, sendo necessário que se investiguem os eventuais efeitos negativos deste ato. Somente os atos cujos efeitos são negativos é que teriam potencialidade de caracterizar uma infração antitruste.

Consideranto que a regra da razão, salvo nos casos de cartel (que consistem ilícitos *per se*), é aplicada a todos os casos de direito antitruste, incluindo casos de conduta unilateral, e que atos de concorrência desleal (ou a sua repressão) podem ter efeitos difusos sobre a concorrência, questiona-se porque os casos judiciais de concorrência desleal também não investigam os eventuais efeitos negativos de um ato desleal e sua eventual potencialidade de dano.

Retome-se, nesse sentido, o exemplo de um agente que detenha significativa parcela do mercado ser alvo de um ato desleal praticado por um agente entrante, como ocorre usualmente em casos de violação de *trade dress*.

Considerando o poder de mercado dos agentes envolvidos, não há como se ter certeza se a deslealdade do ato tem o condão de gerar efeitos negativos para a vítima do ato desleal, assim como não há como saber, de antemão, se este ato desleal não pode gerar efeitos positivos para a concorrência de forma difusa.

Apenas como exercício de imaginação, é possível que o uso de um *trade dress* semelhante pelo agente entrante reduza seus custos e o lhe confira maior poder competitivo, forçando o agente vítima do ato desleal a reduzir o seu preço com vistas a retomar parcela do consumidor conquistada pelo entrante.

Repise-se, tais efeitos positivos ou negativos, para a vítima do ato desleal e para o mercado não são conhecidos de antemão e precisam ser investigados, como ocorre nos casos de infração antitruste apreciados pelo CADE.

Indo em direção contrária, verifica-se jurisprudência bastante consolidada do Superior Tribunal de Justiça<sup>214</sup> no sentido de que violações à direitos de exclusiva ou práticas de concorrência desleal impõem um dever de reparação por danos morais e/ou materiais por mera presunção.

---

<sup>214</sup> Apenas a título de exemplificação, segue transcrição de ementa de recentemente julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que afirma sobre o posicionamento daquele tribunal no sentido afastar a necessidade de comprovação de dano em casos de concorrência desleal:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MARCA. CONJUNTO-IMAGEM. USO INDEVIDO. CONFUSÃO. CONSUMIDORES. SÚMULA Nº 7/STJ. JULGAMENTO EXTRA PETITA. SÚMULA Nº 211/STJ. ELEMENTO VOLITIVO. AUSÊNCIA. CONDENAÇÃO.

LUCROS CESSANTES. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. CONCORRÊNCIA DESLEAL.

DANOS MATERIAIS. PRESUNÇÃO. SÚMULA Nº 83/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de declaratórios, impede seu conhecimento, a teor do disposto na Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça. 3. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que mesmo as matérias de ordem pública devem observar o requisito do prequestionamento viabilizador da instância especial. 4. Na hipótese, rever a conclusão da Corte local no sentido de que há identidade entre o conjunto-imagem das marcas em confronto capaz de causar confusão entre os consumidores dependeria do reexame de fatos e provas, providência que esbarra na censura da Súmula nº 7/STJ.

5. No caso, a tese jurídica referente à necessidade de comprovação do propósito de imitar para que haja condenação em lucros cessantes não foi apreciada pelo acórdão recorrido, carecendo o recurso especial, no ponto, do indispensável prequestionamento. Incide, na hipótese, a Súmula nº 282/STF.

**6. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte quando afirma que na hipótese de concorrência desleal os danos materiais se presumem, tendo em vista o desvio de clientela e a confusão entre as marcas, podendo ser apurados em liquidação de sentença, o que atrai a incidência da Súmula nº 83/STJ.**

7. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1645776/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/09/2019, DJe 04/10/2019) – grifo nosso

Mais uma vez, evidenciava-se o descompasso entre o tratamento dado pela legislação brasileira a ilícito antitruste e à concorrência desleal, institutos que, como visto, são muito próximos e muitas vezes se sobrepõem.

#### *4.6 Insuficiente integração entre as dimensões público-privado da concorrência*

Como já foi reiteradamente examinado ao longo deste trabalho, buscou-se discutir se e como a tutela que o Estado realiza sobre a dimensão privada da concorrência – através da aplicação de normas de repressão à concorrência desleal pelo Poder Judiciário – se relaciona com a perspectiva pública da concorrência e, principalmente, como o instituto se adapta, se harmoniza e se compatibiliza com os diversos núcleos de interesse que compõem a ordem econômica segundo os fins constitucionais de desenvolvimento social.

Para tanto, adotou-se a premissa de que a política de defesa da concorrência teria arcabouço político, jurídico e analítico capaz de permitir que essa integração fosse realizada através da aplicação das regras do Direito Antitruste, uma vez que o art. 1º da Lei Federal 12.259/12 é enfático ao afirmar que a política de defesa da concorrência é “orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

Por esta razão, a presente pesquisa se dedicou a analisar as decisões proferidas pelo CADE que versaram sobre concorrência desleal, buscando entender se e como essa integração da concorrência privada seria integrada à perspectiva pública através do Direito Antitruste.

Contudo, através da revisão de literatura, verificou-se que a premissa de que a defesa da concorrência se integraria aos núcleos de interesse constitucional e aos fins de desenvolvimento social não necessariamente eram verdadeiros. A defesa da concorrência tradicionalmente atende ao interesse público na medida em que promove o bem-estar. Contudo, o conceito de bem-estar é bastante variado conforme a base teórica que se adote para analisar o Direito Antitruste. Ademais, a corrente teórica que durante anos exerceu principal influência na análise do antitruste e até hoje se vê adotada pela legislação pátria, é a da Escola de Chicago – que entende ocorrer o bem-estar social mediante a geração de riqueza – a qual não se dedica a discutir aspectos distributivos, sem o que não é possível promover o desenvolvimento social, particularmente em um país como o Brasil, marcado pela desigualdade<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> STIGLITZ, 2013.

Ademais, em que pese a pesquisa ter revelado que a política de defesa da concorrência, através do CADE, faz a integração entre os dois campos da concorrência ao apreciar casos de concorrência desleal, denota-se que esta integração é, na prática, superficial e insuficiente.

É superficial, pois as decisões analisadas não fazem qualquer reflexão sobre como a repressão à concorrência desleal pode atender aos objetivos da política de defesa da concorrência ou explicitar quais os fundamentos para se reprimir ou aceitar a conduta analisada. Apesar de as decisões do CADE contarem com um racional e instrumento analítico mais robusto do que o do Poder Judiciário, no que diz respeito à análise dos efeitos e dos fundamentos de proteção da livre concorrência, não se verificou qualquer discussão neste sentido nos resultados, havendo tão apenas uma aplicação direta e simples das regras do Direito Antitruste, o qual, por sua vez, como visto, não necessariamente se amolda aos ditames constitucionais.

Esperava-se de que as decisões proferidas pelo CADE discutissem a possibilidade de um ato de concorrência desleal ser descaracterizado como infração à ordem econômica em razão de trazer efeitos positivos à concorrência ou a outro núcleo de interesse tutelado pela Ordem Econômica Constitucional. Com efeito, em todas as decisões analisadas, não houve qualquer menção à possibilidade de flexibilização da proteção da concorrência em prol de outros interesses expostos na Constituição Federal ou em qualquer política pública. Verificou-se que as fundamentações utilizadas pelo CADE para afastar a caracterização da infração à ordem econômica foram todas relacionadas à ausência de comprovação da realização do ato ilícito ou da sua potencialidade de gerar danos confusos.

Ademais, verificou-se que as decisões versando sobre repressão à concorrência desleal proferidas pelo CADE não estabelecem ligações diretas ou indiretas com os resultados almejados pela política de defesa da concorrência e pela Constituição Federal, uma vez que nenhuma das decisões analisadas apresentou qualquer discussão expressa no que concerne aos objetivos da política de defesa da concorrência ou como a repressão a determinado ato de concorrência desleal serviria para atingir tais objetivos.

Concluiu-se que a quantidade de decisões é insuficiente para fincar conclusões finais, pois é ínfimo o número daquelas encontradas na presente pesquisa, tendo em vista o período investigado e as dimensões populacionais, geográficas e econômicas do Brasil.

Se considerada a inexistência de política pública que vise à aplicação da repressão à concorrência desleal e que o Poder Judiciário não se dedica a analisar estas questões – não só o CADE reconheceu tal fato ao apreciar o TCC no caso da “Ediouro”, mas a quantidade de

decisões que versavam sobre *sham litigation* (comparado ao universo analisado) comprovam tal assertiva –, restaria somente ao CADE fazer esta integração aqui discutida.

Apesar de as explicações sobre a escolha política do CADE terem focado sua atuação na análise dos atos de concentração,<sup>216</sup> nos últimos vinte e cinco anos (período investigado na base de dados do CADE) somente as decisões aqui analisadas representaram as oportunidades em que o Estado realizou integração da perspectiva pública da concorrência com o Direito Antitruste e os interesses e fins constitucionais, motivo pelo qual é possível concluir que este modelo institucional é praticamente inexistente e, por esta razão, ineficiente.

Como já mencionado, a repressão à concorrência desleal é instrumento importante de garantia da livre concorrência, da promoção de bem-estar social e, principalmente, do fomento de inovações e criações, em especial, por proteger o *leading time* do agente econômico inovador. Por sua vez, o seu uso abusivo pode criar restrições indevidas à concorrência, prejudicar o consumidor e, até mesmo, afetar a indústria nacional.

Se não existe política pública ou qualquer modelo institucional que promova de forma eficiente a integração da repressão à concorrência desleal com os interesses públicos<sup>217</sup> e os fins constitucionais, não apenas o Estado Brasileiro deixa de usar um importante instrumento para o desenvolvimento nacional, mas também permite o surgimento de todos os problemas decorrentes do uso abusivo do instituto, que causam distorções na concorrência.

#### 4.7 Sugestões de alternativas de estratégias de políticas públicas

Diante deste problema da falta de integração eficiente da repressão à concorrência desleal com a defesa da concorrência, da Constituição e seus interesses protegidos, são trazidas duas estratégias alternativas que eventualmente podem contribuir ao atual cenário institucional e legislativo brasileiro, quais sejam: (i) alteração do modelo institucional ou legislativo com vistas a unificar ou prever expressamente a necessidade de que as fontes normativas de repressão à concorrência desleal devam observar o interesse público; e (ii) uso, pelo Poder Judiciário, do racional e dos instrumentos analíticos do Direito Antitruste na repressão à concorrência desleal.

No que diz respeito à primeira sugestão, partindo da constatação de que o problema da integração insuficiente tem fundamento no modelo institucional e político adotado no país, em

---

<sup>216</sup> ATHAYDE, 2017.

<sup>217</sup> DREXLER, 2008, p. 313.

que a repressão à concorrência desleal é aplicada de forma casuística e difusa pelos Tribunais pátrios, uma possível solução seria a reestruturação do modelo institucional e/ou jurídico.

Tem-se a legislação alemã sobre concorrência desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, UWG) como exemplo de novo modelo jurídico, que traz expressamente em seu bojo a orientação de que a repressão à concorrência desleal visa proteger concorrentes, consumidores e outros participantes do mercado contra atos injustos de concorrência, bem como os interesses do público em geral em concorrência não distorcida.<sup>218</sup>

Por sua vez, uma possível reforma no modelo institucional seria o aumento de atribuições do CADE, em semelhança ao Federal Trade Commission (FTC) norte americano, que não apenas se dedica à aplicação das normas antitruste em conjunto com o Department of Justice (DOJ), mas também assume funções de proteção do consumidor e de promoção da concorrência,<sup>219</sup> o que afeta igualmente a repressão à concorrência desleal. Como decorrência, por uma única instituição tratar da concorrência em suas diversas perspectivas, as chances de haver melhor integração entre elas é maior. Na mesma trilha, tem-se a experiência peruana do Instituto Nacional para a Defesa da Concorrência e a Proteção da Propriedade Intelectual – INDECOPI, que exerce as funções de promoção do mercado e a proteção dos direitos do consumidor, promove uma cultura de concorrência leal e honesta na economia peruana e ainda protege todas as formas de propriedade intelectual<sup>220</sup>.

Como tanto a mudança jurídica ou institucional, de forma isolada, pode não surtir os efeitos desejados, uma alteração conjunta possibilitaria trazer maior eficácia.

Contudo, considerando que qualquer alteração legal ou institucional exige um complexo e demorado processo político, a segunda sugestão busca uma forma mais simples de promover a alteração no cenário de ausência constatado: a adoção, pelo Poder Judiciário, do racional e dos instrumentos analíticos utilizados pelo Direito Antitruste no julgamento de casos de concorrência desleal. Se a integração com a perspectiva pública não acontece por força de legislação específica ou por modelo institucional adequado, nada impede que possa ocorrer no campo teórico.

Por um lado, a utilização das teorias econômicas atualmente postas (Harvard, Chicago ou Schumpeteriana) permite a aplicação mais fundamentada da razão em se reprimir ou acolher determinado ato de concorrência de forma mais uniforme e precisa do que a aplicação

---

<sup>218</sup> Disponível em: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=349>

<sup>219</sup> Disponível em: <https://www.ftc.gov/policy>

<sup>220</sup> <https://www.indecopi.gob.pe/sobre-el-indecopi>. Último acesso em 28.06.2019.



baseada nos conceitos jurídicos de deslealdade, desonestidade e comportamento contraditório. Ademais, as teorias econômicas dialogam melhor com o interesse público na repressão da concorrência desleal do que as correntes jurídicas, focadas numa visão privatista de proteção do concorrente contra atos inesperados que possam prejudicar a sua expectativa de receita.

No mesmo sentido, o instrumental analítico do Direito Antitruste, que examina a concentração dos mercados e busca identificar efeitos líquidos positivos ou negativos das condutas sob sua análise, também aproxima as decisões proferidas pelo Poder Judiciário com o Direito Antitruste, na medida em que permite discutir os efeitos difusos do ato desleal *sub judice*.

Neste contexto, o uso deste racional e instrumental, tais como os testes POSCO e PRE, associados à visão social inerente ao Direito, pode permitir uma pacificação social até mais justa e mais eficiente do que a visão puramente econômica ou puramente jurídica.<sup>221</sup>

É necessário mencionar que, em que pese o Poder Judiciário não contar com aparato técnico como o do CADE – como a Secretaria de Acompanhamento Econômico, capaz de realizar cálculos econométricos de concentração de mercado relevante e possibilidade de exercício abusivo de poder econômico – existem outras formas de tais questões serem discutidas no âmbito judicial, desde a possibilidade de os magistrados oficiarem ao CADE, solicitando informações sobre tais questões, até permitir que as partes litigantes apresentem as informações, que poderão ser confirmadas ou ainda produzidas em sede pericial.

Desde que tal tipo de discussão seja admitido nos tribunais, é certo que há formas de produzir as informações necessárias. Ademais, existe a vantagem de que tal medida imputa às partes os custos relativos à produção destas informações, em lugar de onerar o CADE ou outra instituição pública com tais custos.

Com efeito, estes são apenas uns dos possíveis caminhos para se alcançar uma solução para o descompasso entre as tutelas exercidas pelo poder público ao ilícito antitruste e à concorrência desleal, o que leva a uma falta de integração entre essas diferentes perspectivas da livre iniciativa e da livre concorrência, princípios que exercem fundamental papel para o objetivos de desenvolvimento econômico e social e redução de desigualdade, previstos na constituição federal e essenciais para a construção de uma nação e uma sociedade mais justa e promissora.

---

<sup>221</sup> A este respeito, merece destaque o artigo de Hovenkamp, Janis and Lemley (2003, p. 1.719), em que os autores debatem os custos e benefícios de os tribunais discutirem os efeitos de concorrências em disputas sobre propriedade intelectual.

## 5 CONCLUSÃO

A proteção jurídica prevista na Constituição Federal à livre iniciativa e à livre concorrência impõe um dever de preservação da ordem econômica, dos agentes produtores, do mercado consumidor, do fundo de comércio e aviamento, da expectativa justa de receita, da ética e a moral concorrencial, dos usos e costumes do comércio, entre outros aspectos igualmente relevantes para a manutenção do modelo de produção capitalista. A violação a qualquer um destes elementos pode, portanto, acabar afetando a livre iniciativa, a livre concorrência, a ordem econômica e os objetivos que ela busca promover.

Em que pese um ato de concorrência desleal ter por escopo atingir os interesses imediatos de outro agente econômico (plano microjurídico), é possível que as lesões produzidas pela concorrência desleal a um destes elementos de natureza privada, listados acima, comprometa também as estruturas da livre concorrência (plano macrojurídico) e importe igualmente em infração da ordem econômica.

A presente pesquisa, portanto, se dedicou a estudar a relação entre as perspectivas do âmbito público e privado da concorrência (planos micro e macrojurídicos) no âmbito nacional, tendo em vista a necessidade e os benefícios decorrentes da melhor integração do instituto da repressão à concorrência desleal com o interesse público, o Direito Antitruste e os interesses e fins previstos da Constituição Federal.

Partindo da pergunta geral de pesquisa *“como se relacionam a concorrência privada, tutelada pelo instituto da repressão à concorrência desleal, e a política brasileira de defesa da concorrência?”*, desenvolveu-se a hipótese de que, como a repressão à concorrência desleal é feita pelo Poder Judiciário de forma casuística, difusa e, tradicionalmente, sob perspectiva exclusivamente privatista, o CADE, na qualidade de órgão de aplicação da política antitruste brasileira, ao analisar casos versando sobre concorrência desleal, faria a integração deste instituto com os objetivos da defesa da concorrência e, ainda, de forma reflexa, com o atendimento aos fins constitucionais.

Com base na análise empírica das decisões proferidas pelo CADE que versam sobre concorrência desleal ou Propriedade Intelectual foi possível confirmar parcialmente a hipótese proposta. Apesar de restar demonstrado que o CADE busca, sim, realizar a integração deste instituto com os objetivos da defesa da concorrência, verificou-se que isso ocorre de forma pouco eficiente, em razão do reduzido número de decisões, bem como porque não há posição uniforme daquela Autarquia nas suas análises sobre o tema.

Assim, a resposta à pergunta geral de pesquisa é a de que o instituto da repressão à concorrência desleal guarda estreita relação com a política da defesa da concorrência, na medida em que promove todos os benefícios almejados pelo Direito Antitruste de promoção de bem-estar, eficiência e fomento de inovação; além de que, ao mesmo passo, o seu uso abusivo pode gerar efeitos deletérios difusos sobre a concorrência, o consumidor e o interesse público em geral.

Neste tocante, foi possível verificar que as diversas teorias econômicas que fundamentam o Direito Antitruste servem igualmente na repressão à concorrência desleal. Da mesma forma, o instrumental analítico empregado pelo CADE para apurar infrações à ordem econômica foi utilizado e se adaptou aos casos de repressão à concorrência desleal.

Ademais, foi possível alcançar o objetivo de inferir destas decisões elementos objetivos que permitam ajudar a identificação da infração à ordem econômica em futuros casos, sem a pretensão de tomá-las como regras gerais. Identificou-se que as seguintes características são aptas a indicar a potencialidade de um ato de concorrência desleal ter efeitos difusos sobre a concorrência:

- Que seja comprovada a prática de ato de concorrência desleal (portanto, ato ilícito<sup>222</sup>);
- Que o ato de concorrência desleal tenha a potencialidade de gerar efeitos difusos (o que pode ocorrer pelo fato de o agente que o praticou ter poder de mercado, ou porque o ato foi diversas vezes repetido ou, até mesmo, pelas próprias características da conduta desleal).

Vale ressaltar que estes são apenas indicadores e não garantem que a sua constatação irá importar na caracterização da conduta como infração à ordem econômica.

Portanto, a análise das decisões permitiu constatar que os atos de concorrência desleal podem, sim, impactar de forma difusa a concorrência e que há direta relação entre a aplicação deste instituto com a política antitruste.

No mesmo sentido, é possível concluir que a repressão à concorrência desleal também pode fundamentar indevidas restrições à concorrência, como observado nos casos de uniformização de preço por entidades de classe e nos casos de *sham litigation* fundados em alegação de violação à Propriedade Intelectual.

---

<sup>222</sup> Art. 186 do Código Civil.

Em tal contexto, é possível afirmar que há harmonia na aplicação, pelo CADE, dos institutos jurídicos da concorrência desleal e da defesa da concorrência, uma vez que eles não se excluem ou se sobrepõem, mas se complementam.

Contudo, na realidade, o baixo número de decisões apuradas, considerando especialmente o contexto brasileiro, revela que é praticamente inexistente qualquer relação entre a concorrência privada, tutelada pelo instituto da repressão à concorrência desleal, e a política brasileira de defesa da concorrência.

Sendo, em tese, a principal forma de promover a integração entre estas duas perspectivas da concorrência (tendo como premissa que o Poder Judiciário não atenta para esta questão), o ínfimo número de decisões evidencia que não há pouca eficácia da atuação do CADE neste mister.

Ademais, as poucas decisões não estabelecem quaisquer correlações diretas ou indiretas com a repressão ao ato desleal sob análise da autarquia, o que revela que não só a tentativa de integração é pouco eficiente, mas superficial.

Com o sentido de tentar contribuir para a melhoria deste cenário, foram propostas as seguintes estratégias alternativas de política pública:

- i) uma reforma jurídica, que declare e imponha dispositivos no sentido de que os atos de concorrência desleal e sua repressão devam se adaptar à proteção do direito do consumidor e do interesse público, em conjunto com uma reforma institucional, que atribua ao CADE ou a outro órgão público maiores poderes para enfrentar, sob o viés do interesse público, questões relacionadas à concorrência privada e à repressão à concorrência desleal.
- ii) que o Poder Judiciário passe a utilizar os ferramentais teóricos e analíticos típicos do Direito Antitruste ao apreciar casos sobre concorrência desleal, de forma a lhe permitir ter embasamento para discutir os efeitos difusos sobre a concorrência decorrentes da questão sob litígio.

Por fim, como sugestão para futuras pesquisas, destaca-se a necessidade de análise a respeito de como o Judiciário enfrenta a mesma questão aqui analisada, o que certamente complementaria a presente discussão sobre a relação (e harmonia) entre as perspectivas públicas e privadas da concorrência.

De igual forma, também contribuiria para incrementar o conhecimento sobre este tema a realização de pesquisa com o objetivo de verificar se as decisões aqui analisadas, proferidas pelo CADE, foram impugnadas judicialmente, se foram anuladas e sob qual fundamento, com

vistas a identificar a eventual harmonia ou contradição entre a visão do CADE e do Judiciário sobre o mesmo tema.

De toda sorte, não obstante as limitações da presente pesquisa, resta certo que ela permitiu comprovar parcialmente não só a estreita relação entre as perspectivas de âmbito público e privado da concorrência, mas demonstrar que a aplicação da repressão à concorrência desleal pode funcionar como instrumento relevante de política pública com vistas a atender os mais diversos fins e atender os interesses constitucionais, embora isso não venha ocorrendo em razão dos modelos legal e institucional atualmente adotados no país.

Espera-se, assim, que os resultados aqui levantados sobre como e com que eficácia ocorre a adequação da repressão à concorrência desleal ao interesse público, colaborem para que a visão jurídica sobre o instituto em análise deixe de ser tão focada no aspecto privatista e, ao mesmo tempo, possam contribuir tanto para futuras pesquisas sobre o tema, como para futuras discussões sobre políticas públicas, legislações ou reformas institucionais a este respeito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício. *Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito*. 2015. Disponível em: [https://www3.ufpe.br/moinhojuridico/images/ppgd/7.3%20bases\\_metodologia\\_pesquisa\\_em\\_direito\\_adeodato.pdf](https://www3.ufpe.br/moinhojuridico/images/ppgd/7.3%20bases_metodologia_pesquisa_em_direito_adeodato.pdf). Acesso em: 17.04.2018.
- ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do Direito e Concorrência Desleal*. São Paulo: QuartierLatin, 2004.
- AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2ª ed. São Paulo : Saraiva e Companhia Editores, 1932.
- ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas*. 1ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016.
- ARDISSONE, Carlos Maurício. *Propriedade Intelectual e Relações Internacionais nos Governos FHC e Lula: Os Rumos das Negociações Globais e das Políticas Pública*. 1. ed – Curitiba :Appris, 2014.
- ASCENSÃO, José Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: ed. Almedina, 2002.
- ATHAYDE, Amanda. *As três ondas do antitruste no Brasil: A Lei 12.529/2011 e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. 01/11/2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017>. Último acesso em: 20.07.2019.
- BARBOSA, Denis Borges. *A concorrência desleal, e sua vertente parasitária*. Agosto de 2011. Disponível em: [http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/concorrenca\\_desleal.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/concorrenca_desleal.pdf). Último acesso em: 21.06.2019.
- BARBOSA, Denis Borges. *Tratado de propriedade intelectual: Tomo I*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade Intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2003. Disponível em: [http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/livros/livros\\_download.html](http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/livros/livros_download.html). Acesso em: 17.08.17.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes & CASTRO, Raul Murad Ribeiro de. O design sem desenho industrial registrado: mitos e hipóteses de tutela. *Revista da Propriedade Industrial*, n. 135, maio/jun. de 2015.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito Civil da Propriedade Intelectual: O Caso da Usucapião de Patentes*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *E-stabelecimento*. 1. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2018. v. 1. 351p.
- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Princípio da Função Social da Propriedade e as marcas de alto renome. *Revista da ABPI*, n. 110, jan./fev. de 2011.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos & RODRIGUES NETTO, Silvia Marina L. Batalha. *O poder econômico perante o direito: estudos de direito econômico*. São Paulo : LTr, 1996.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo : Ed. 34, 2010.

- BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico aplicado: estudos e pareceres*. São Paulo : Editora Contracorrente, 2016.
- BESANKO, David et al. *A economia da estratégia*. Trad. Cristiane de Brito. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2012.
- BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual: da inovação tecnológica ao abuso de poder*. São Paulo: Singular, 2010.
- BRANDÃO, Clarissa. *Direito Internacional da Cocorrência: Aspectos Constitucionais e Comércio Internacional*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016.
- CALIEXTA, Simone Letícia de Souza. Regime Jurídico da concorrência: diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. Curitiba : Juruá, 2004.
- CANE, Peter & KRITZER, Herbert M. (ed.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research, 976–1001*. New York: Oxford University Press, 2011.
- CARVALHO, Thiago Moreira de & THOMÉ, Karim Marini. A Função Social do Direito de Propriedade Intelectual brasileiro segundo uma Perspectiva Sociológica Econômica. *Revista da Universidade Católica de Brasília*, v. 14, n. 1, 2015. Disponível em: <https://bdtd.ucb.br/index.php/RDA/article/view/6713>. Último acesso em: 17.03.2019.
- CARVALHO, Américo da Silva. *Ilícito Concorrecional e Dano*. 1ª ed. Coimbra : Coimbra Edutiram 2011.
- CERQUEIRA, J. Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. v. II
- CHANG, Ha-Joon. *Chutando a Escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora UNESP, 2004.
- CLÈVE; Clèmerson Merlin & FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014.
- COASE, Ronald. O problema do custo social. Trad. Francisco Kummel F. Alves, Renato Vieira Caovilla. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, article 9, 2008.
- COMPARATO, Fauzi Konder. *A civilização Capitalista: para compreender o mundo em que vivemos*. 2ª ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.
- COOTER, Robert & ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman Companhia Editora, 2010.
- CORIAT, B. *From Natural-Resource Commons to Knowledge Commons. Common Traits and Differences*. Laboratory of Economics and Management Working Paper Series. Sant’Anna School of Advanced Studies, p. 1-25. July 2011. Disponível em: <http://www.lem.sssup.it/WPLem/files/2011-16.pdf>. Acesso em: 07.07.2018.
- CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*. Trad. Luciana de Oliveira da Rocha. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- DINIZ, Cláudio Smirne. *Estado e desenvolvimento econômico*. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Palo Todescan (Coord.) *Direito Concorrecional e regulação econômica*. Belo Horizonte : Fórum, 2010. p; 241 – 257.
- DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste*. 2010. 318 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo,

2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5437>. Último acesso em: 05.03.2019.

DREXL, Josef. *Reserach Handbook on Intellectual Property and Competition Law*. Edward Elgar Publishing Limited, 2008.

DUVAL, Hermano. *Concorrência desleal*. São Paulo, Saraiva, 1976.

FERRAZ, André Santos. As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e de Chicago. *RDC*, v. 2, n. 2, nov. 2014, pp. 180-206. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/124/77>. Último acesso em: 01.07.2019.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. Da Abusividade do Poder Econômico. *Revista de Direito Econômico*, n. 21, p. 23-30, out./dez. de 1995.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: RT, 2015.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Ensaio Reunidos*. São Paulo : Editora Singular, 2004.

FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE; Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. 512p.

GALLIGAN, Dennis J. Legal Theory and Empirical Research. In: CANE, Peter and KRITZER, Herbert M. (ed.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, 976–1001. New York: Oxford University Press, 2011.

GERBER, David J. The origins of European competition law in fin-de-siècle Austria, *The American Journal of Legal History*, v. 36, n. 4, october 1992.

GELLHORN, Ernest. *Antitrustlaw and economics in a nutshell*. West Publishing Co., 1981.

GOMES, Orlando & VARELA, Antunes. *Direito Econômico*. São Paulo : Saraiva, 1977.

GOYDER, D.G. *EC Competition Law*. Oxford University Press, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU-KUNZ, Karin. Da defesa da concorrência. *Revista da ABPI*, n. 145, 2016

HOVENKAMP, Herbert J. IP and Antitrust Policy: A Brief Historical Overview (December 2005). *U Iowa Legal Studies Research Paper* No. 05-31. Disponível em: SSRN:<https://ssrn.com/abstract=869417> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.869417>.

HOVENKAMP, Herbert J. *Schumpeterian Competition and Antitrust*, *Competition Policy Internacional*, v. 4, 2002, Autumn, 2008.

HOVENKAMP, Herbert J.; JANIS, Mark D.; LEMLEY, Mark A. Anticompetitive Settlement of Intellectual Property Disputes. *Minnesota Law Review*, v. 87, p. 1.719, 2003; UC Berkeley, *Public Law and Legal Theory Research Paper* No. 113. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=380841>. Acesso em: 17.08.17

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Editori Laterza, 1998.

JABUR, Wilson Pinheiro & DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. *Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. São Paulo : Saraiva, 2007.



- JONES, Ian W. & POLLIT, Michael G. *Economics, ethic and unfair competition*. 1995. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/4800952\\_Economics\\_Ethics\\_and\\_Unfair\\_Competition](https://www.researchgate.net/publication/4800952_Economics_Ethics_and_Unfair_Competition). Último acesso em: 30.10.2018.
- KUPFER, D. & HASENCLEVER, L. (orgs.). *Economia Industrial*. Fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2002, cap. 18.
- LANDES, W.M. & POSNER, R.A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, Massachusetts, and London, England. The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS*. São Paulo : Quartier Latin, 2014.
- LEMLEY, Mark A., *Faith-Based Intellectual Property* (March 30, 2015). 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law WorkingPaper No. 2587297. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2587297>. Acesso em: 22.09.2017.
- MAGGIOLINO, Mariateresa. *Intellectual Property and Antitrust - A Comparative Economic analysis of US and EU Law*. Edward Elgar Publishing, 2011.
- MAGGIOLINO, Mariateresa. *The Economics of Antitrust and IP Rights*. In: ANDERMAN, Steven & EZRACHI, Ariel. *Intellectual Property and Competition Law – New Frontiers*. Oxford University Press, 2011.
- MARCONI, Marina de Andrade & LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MASKUS, Keith E. *Intellectual Property Rights in the Global Economy*. Institute For International Economics, Washington, 2000.
- MELLO, Maria Tereza Leopardi. *Defesa da Concorrência*. In: KUPFER, D., HASENCLEVER, L. (orgs.). *Economia Industrial*. Fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2002. cap. 21.
- MELLO, Maria Tereza Leopardi. *Propriedade intelectual e concorrência*. *Revista Brasileira de Inovação*, v. 8, p. 445-482, 2009.
- MELO, Milena Barbosa de & PAULO, Christiane Ramosa Barbosa de. *O desequilíbrio entre a função social das patentes de medicamentos e o interesse individual das empresas farmacêuticas*. *Âmbito Jurídico*, n. 98, 2012.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo – Belo Horizonte : Fórum*, 2014.
- MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MONTEIRO Filha, Dulce Corrêa; PRADO, Luiz Carlos Delorme; LASTRES, Helena Maria Martins. *Estratégias de Desenvolvimento, Política Industrial e Inovação*, BNDES, 2014.
- MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973.
- MOTTA, Massimo & SALGADO, Lucia Helena. *Política de Concorrência: Teoria e Prática e sua aplicação no Brasil*. Trad. Lucia Helena Salgado. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.
- MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

NIELSEN, Laura Beth. The need for multi-method approaches in empirical legal research. In: CANE, Peter and KRITZER, Herbert M. (ed.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, 976–1001. New York: Oxford University Press, 2011

NUNES, António José Avelãs. *A Crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2012.

OCDE (2019), *Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil*. Disponível em: [www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-andpolicy-brazil-2019.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-andpolicy-brazil-2019.htm). Último acesso em: 25.05.2019.

OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge: University Press, 1990.

PAIS, Sofia Oliveira. *Entre inovação e Concorrência: em defesa de um modelo europeu*. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2011.

PARTINGTON, Martin. Empirical Legal Research and Policy-Making. In: CANE, Peter e KRITZER, Herbert M. (org). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. New York: Oxford University Press, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Trad. Fanny Wrabel. 2. ed.- Rio de Janeiro: Campus, 2000. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/262942/mod\\_resource/content/2/A\\_grande\\_transfor\\_mac%CC%A7ao\\_as\\_origens\\_de\\_nossa\\_epoca\\_Polanyi.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/262942/mod_resource/content/2/A_grande_transfor_mac%CC%A7ao_as_origens_de_nossa_epoca_Polanyi.pdf). Acesso em: 19.05.2018.

PONTES DE MIRANDA, F. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. Tomo XVI

POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2<sup>nd</sup> ed. The University of Chicago Press, 2001.

POSNER, Richard A. Intellectual Property: The Law and Economics Approach. *Journal of Economic Perspectives*, v. 19. n. 2., 2005. pp. 57-73

POSSAS, Mario. *Concorrência Schumpeteriana*. In: KUPFER, D., HASENCLEVER, L. (org.). *Economia Industrial*. Fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

PRADO, L.C.D. Defesa da Concorrência e Desenvolvimento: Notas sobre o Debate e sua aplicação no Caso Brasileiro. In: MONTEIRO Filha, Dulce Corrêa; PRADO, Luiz Carlos Delorme & LASTRES, Helena Maria Martins. *Estratégias de Desenvolvimento, Política Industrial e Inovação*, BNDES, 2014.

RIBEIRO, Maria de Fatima; FERRER, Walkiria M. H. *Manual de Metodologia da Pesquisa Jurídica e Científica*: Orientações quanto à elaboração e apresentação gráfica do Projeto de Pesquisa e da Dissertação. Revisto e atualizado segundo alterações da NBR 14724:2011 – Trabalhos acadêmicos e NBR 15287:2011 – Projetos de pesquisa, 2012. Disponível em: [http://www.unimar.br/cursos/posgraduacao/strictosensu/manual\\_direito-unimar.pdf](http://www.unimar.br/cursos/posgraduacao/strictosensu/manual_direito-unimar.pdf). p. 11 22.

ROSAS, Roberto. *Do abuso de direito ao abuso de poder*. São Paulo : Editora Malheiros, 2011

ROSENBERG, Barbara. *Considerações sobre o direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual*. In: ZANOTTA, Pedro & BRANCHER, Paulo. *Direito da Concorrência*, São Paulo : Singular, 2008

- SALGADO, Lucia Helena. *Defesa da Concorrência no Brasil: Aspectos Institucionais, Desempenho Recente e Perspectivas de Reforma*. 2009. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1386.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1386.pdf). Último acesso em: 12.05.2019.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - as condutas*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- SCASSA, Teresa. *Extension of Intellectual Property Rights*. IN: BOYER, Marcel *et al.* Canada : Irwin Law Inc., 2009.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. *Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento: o caso da transferência de tecnologia e do software*. Luciano Benetti Timm e Pedro Paranaguá (Orgs.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- SIDAK, Gregory & TEECE, David J. Dynamic Competition and Antitrust Law. *Journal of Competition Law & Economics*, v.5, n.4, 581-631, November, 2009.
- SILVA, Alberto Luís Camelier da. *Concorrência Desleal: atos de confusão*. São Paulo : Saraiva, 2013.
- SILVA, Miguel Moura e. *Direito da Concorrência: uma introdução jurisprudencial*. Coimbra : Almedina, 2008.
- SOUSA, Letícia Severo e. Das Práticas Concorrenciais Ilícitas: As Diferenças Entre Concorrência Desleal E Infração À Ordem Econômica. *Revista de Direito Brasileira*. Ano 6. Vol. 14. 2016. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2947/2734>. Último acesso em 12.09.2019.
- SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. Campos dos Goytacazes: Editora da FDC, 2005.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do direito nas relações privadas*. Rio de Janeiro : Elsevir, 2013.
- SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>. Último acesso em: 12.09.2019.
- STIGLITZ, Joseph E. *O preço da desigualdade*. Lisboa : Bertreand Editora, 2013.
- SWANN, G. M. Peter. *The economics of innovation an introduction*. Edward Elgar Publishing, 2009.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3ª ed. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : Método, 2011.
- TIMM, Luciano Benetti & PARANAGUÁ, Pedro (org.). *Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento: o caso da transferência de tecnologia e do software*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. O Livre Mercado como Fundamento da repressão à concorrência desleal. *Revista da ABPI*, n. 139, 2015.
- VINER, Jacob. Adam Smith and the Laissez Faire. *Journal of Political Economy*, v. 35, n. 2, Apr., 1927, pp. 198-232.

ZEGER. Arthur. Mercado e Concorrência: Abuso de Poder Econômico e Concorrência Desleal. Revista SJRJ, Rio de Janeiro. V. 17, n. 28, p. 47-68, 2010.

## PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

CADE Processo administrativo nº 08700.010110/2012-46, Nota Técnica nº 29/2015/CGAA4/SGA1/SG/CADE. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgS JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9zUIqcJdiTK4ITft1zVM7wlWbp9M8i P3mRDd-QyoDWC6pmF62B7sKF-adV\\_Q-dBeHPflbrY2Sec\\_ZGwxVBKNX-](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgS JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9zUIqcJdiTK4ITft1zVM7wlWbp9M8i P3mRDd-QyoDWC6pmF62B7sKF-adV_Q-dBeHPflbrY2Sec_ZGwxVBKNX-) Último acesso em: 29.05.2019.

CADE Processo nº 08700.010110/2012-46. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2 uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPUcxS2ZJTmOn1E8XTlnxDryazckHe4\\_PtnfFW53pgEDcKqW YGHfDeiZWv3W4YUDYfBps2gv-vrQtbbn6zb4sb.](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2 uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPUcxS2ZJTmOn1E8XTlnxDryazckHe4_PtnfFW53pgEDcKqW YGHfDeiZWv3W4YUDYfBps2gv-vrQtbbn6zb4sb.) Último acesso em: 29.05.2019.

CADE. *Guia Para Análise Da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica.*

Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf).

CADE. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal.* Disponível em:

[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view). Acesso em: 04.05.2019.

CADE. Processo administrativo nº 08000.026056/96-30. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2 uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN\\_g5UdP6WBFUcfvQbRNHrQPkiYWCYGIHocNVZLbeB2S bjszwMhvsbfobEBt1dX8VLKWE0-8LVP6a5UmbkzibZ.](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2 uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN_g5UdP6WBFUcfvQbRNHrQPkiYWCYGIHocNVZLbeB2S bjszwMhvsbfobEBt1dX8VLKWE0-8LVP6a5UmbkzibZ.) Último acesso em: 15.04.2019.

CADE. Processo administrativo nº 08012.006450/2000-97. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgS JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-ccW\\_879eNoBW4VWnqNm0W4cppKoiuHndAfg4znGe2HpcS1vxEnXav1S57hXkwKJ0iHx NrJjhiZZCbvLxs2wv8.](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgS JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-ccW_879eNoBW4VWnqNm0W4cppKoiuHndAfg4znGe2HpcS1vxEnXav1S57hXkwKJ0iHx NrJjhiZZCbvLxs2wv8.) Último acesso em: 15.04.2019.

CADE. Processo nº 08700.003082/2016-34. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2 uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPSs8zbSflhjmg9ztKYA-CRarHDKh9T-LaJMtoMXF2mx0wUUbL3JEodbU0fa\\_Ug\\_azQNYU0tzOvg6FjgGorBBmU.](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2 uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPSs8zbSflhjmg9ztKYA-CRarHDKh9T-LaJMtoMXF2mx0wUUbL3JEodbU0fa_Ug_azQNYU0tzOvg6FjgGorBBmU.) Último acesso em: 15.06.2019.

CADE. Processo nº 08012.002673/2007-51

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2 uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPGtBWuMjRPQ16EG2yzGIIWHYkJLBDhoKaY03wSuN436cL NgX4bHQ0Ru2n9Bx6R\\_5weggoG9GM9x2VEmkrQm7yh.](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2 uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPGtBWuMjRPQ16EG2yzGIIWHYkJLBDhoKaY03wSuN436cL NgX4bHQ0Ru2n9Bx6R_5weggoG9GM9x2VEmkrQm7yh.) Último acesso em: 30.05.2019.

CADE. Processo nº 08012.002673/2007-51. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2 uWeaYicbuRZEFhBt-](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2 uWeaYicbuRZEFhBt-)

[n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yObp51ftgVZUQIYYsXXrJ5RdKdXsehO7TDvn5IQkWTJ4Pemzp2wFOXN74QUOLYcTbzkRAfEbLYFF8ZLTYH0uEyZ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgS_JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8oxuHra0isCUGR8FW68GixtIO-0eg8lwBbitzhVTPCkgJJH_ulVfgP3Bvs43_aKqkECbFSz_rAh7MYOwDBpXhh). Último acesso em: 15.05.2019.

CADE. Processo nº 08012.003918/2005-04: Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgS\\_JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8oxuHra0isCUGR8FW68GixtIO-0eg8lwBbitzhVTPCkgJJH\\_ulVfgP3Bvs43\\_aKqkECbFSz\\_rAh7MYOwDBpXhh](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgS_JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8oxuHra0isCUGR8FW68GixtIO-0eg8lwBbitzhVTPCkgJJH_ulVfgP3Bvs43_aKqkECbFSz_rAh7MYOwDBpXhh). Último acesso em: 03.05.2019.

CADE. Processo nº 08012.003918/2005-04: Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgS\\_JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8ehvCSBhRFsJX5YuHdfXcoamSzjf30GIXiA5DkrXCuuLb4TpTCHOQgvW6xYAdPqsP09II3aDnM75ds\\_PGqnb2](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgS_JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8ehvCSBhRFsJX5YuHdfXcoamSzjf30GIXiA5DkrXCuuLb4TpTCHOQgvW6xYAdPqsP09II3aDnM75ds_PGqnb2). Último acesso em: 03.05.2019.

CADE. Processo nº 08012.005727/2006-50. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yORZY4ELoTPLJOUUNsTEcwypz0QxbyUGJow5-ZcFzT\\_jkpUBzN\\_vQwDjADDbqtcD9DLpDsj7zVWTRBU4nSPSxmB](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yORZY4ELoTPLJOUUNsTEcwypz0QxbyUGJow5-ZcFzT_jkpUBzN_vQwDjADDbqtcD9DLpDsj7zVWTRBU4nSPSxmB). Último acesso em: 03.07.2019.

CADE. Processo nº 08012.006377/2010-25. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP1geXQIXShQfVrFaJqTR-5ovkJc9k0wbLg09YORtAxcnpPwEfIPStJfn8oTZQEB\\_aBmBa5jUq\\_EDNNIWOPqde2](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP1geXQIXShQfVrFaJqTR-5ovkJc9k0wbLg09YORtAxcnpPwEfIPStJfn8oTZQEB_aBmBa5jUq_EDNNIWOPqde2). Último acesso em 22.05.2019.

CADE. Processo nº 08012.007155/2008-13. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMikDvFu69rwzaRbBPfHeWCGp5VmhogHtO4a5066xSmg7HqCc4NX5o9QHupJpvGM6nWk07vP2WgK6xfE2HTGOTV](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMikDvFu69rwzaRbBPfHeWCGp5VmhogHtO4a5066xSmg7HqCc4NX5o9QHupJpvGM6nWk07vP2WgK6xfE2HTGOTV). Último acesso em: 23.06.2019.

CADE. Processo nº 08012.007155/2008-13. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yM1HSSAqMKAr6QxD2smQYJQIB5sdF3sMnT5TvVscjVNW RtBVEPGUOvqzSmGJ-VR0LqBEOU9Wf94Kx1xK1r57dje](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yM1HSSAqMKAr6QxD2smQYJQIB5sdF3sMnT5TvVscjVNW RtBVEPGUOvqzSmGJ-VR0LqBEOU9Wf94Kx1xK1r57dje). Último acesso em: 11.05.2019.

CADE. Processo nº 08012.011508/2007-91. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgS\\_JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM98EZn6wPgAA4S5qa8PY3kHZNkkhQsXqyoBEKE-QO53flqG5lav2fhcDbqzn7pI9D98IPhFtEItPa5ZxbeSnq9](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgS_JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM98EZn6wPgAA4S5qa8PY3kHZNkkhQsXqyoBEKE-QO53flqG5lav2fhcDbqzn7pI9D98IPhFtEItPa5ZxbeSnq9). Último acesso em: 31.05.2019.

CADE. Processo nº 08700.003082/2016-34. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOIwEp6nDKUkt0Z0FopkC\\_E39LK1BBC7pQo9a47Y68cN24f-fo2uyaL1NetIx\\_p-dOQHmFldj3gut6eBjBqbk9G](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOIwEp6nDKUkt0Z0FopkC_E39LK1BBC7pQo9a47Y68cN24f-fo2uyaL1NetIx_p-dOQHmFldj3gut6eBjBqbk9G). Último acesso em: 15.06.2019.

CADE. Processo nº 08700.006964/2015-71. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-)

[n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOcXG1XMZRO1jacYuDgk8XRn0wQxNuy\\_37iWNeSlz4J93vANk8FdEViJc2\\_5cb83H9GDm0HXiRV8MBj569\\_M7Cm](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOcXG1XMZRO1jacYuDgk8XRn0wQxNuy_37iWNeSlz4J93vANk8FdEViJc2_5cb83H9GDm0HXiRV8MBj569_M7Cm). Último acesso em: 14.05.2019.

CADE. Processo nº 08700.010110/2012-46 .Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPXIuwKuBEpKwYdmzE2LA\\_i2CzkvM9zc7gFY3NcOqb8BT9SXZThi75YqMtVp1-hP-\\_FAj0xJU-3m8kPvOZ2H6Dc](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPXIuwKuBEpKwYdmzE2LA_i2CzkvM9zc7gFY3NcOqb8BT9SXZThi75YqMtVp1-hP-_FAj0xJU-3m8kPvOZ2H6Dc). Último acesso em: 29.05.2019.

CADE. Processo nº 08700.010110/2012-46. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPUcxS2ZJTmOn1E8XTlnxDryazckHe4\\_PtnfFW53pgEDcKqWYGHfDeiZWv3W4YUDYfBpsb2gv-vrQtbbn6zb4sb](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPUcxS2ZJTmOn1E8XTlnxDryazckHe4_PtnfFW53pgEDcKqWYGHfDeiZWv3W4YUDYfBpsb2gv-vrQtbbn6zb4sb). Último acesso em: 28.05.2019.

CADE. Processo nº 08700.010110/2012-46. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOOQIKdKJWN3SVInD1EcFRQZk03V6buuKpiU4NaHXhMebdge3e0BpVvkn96PPVe9h\\_jfx0tCbII0AyniZsEUly8](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOOQIKdKJWN3SVInD1EcFRQZk03V6buuKpiU4NaHXhMebdge3e0BpVvkn96PPVe9h_jfx0tCbII0AyniZsEUly8). Último acesso em: 29.05.2019.

CADE. Processo nº 08700.010110/2012-46. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMjA2RVy9iqs8yZQKhyVmUnZ7uaIvCfjF12\\_VgvySTBeR3ehpnlyyje6XGtQ8gCWmu3qzScpYSgC\\_InmFJo9R75](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMjA2RVy9iqs8yZQKhyVmUnZ7uaIvCfjF12_VgvySTBeR3ehpnlyyje6XGtQ8gCWmu3qzScpYSgC_InmFJo9R75). Último acesso em: 29.05.2019

**ANEXO I. CASOS ENCONTRADOS EM LEVANTAMENTO NO BANCO DE DADOS DO CADE**

Resultado dos processos encontrados utilizando o termo "concorrência desleal"	
<b>TOTAL DE RESULTADOS</b>	<b>TOTAL DE RESULTADOS NÃO REPETIDOS</b>
25	23
Resultado dos processos encontrados utilizando os termos "concorrência" e "desleal"	
<b>TOTAL DE RESULTADOS</b>	<b>TOTAL DE RESULTADOS NÃO REPETIDOS</b>
32	5
Resultado dos processos encontrados utilizando o termo "Propriedade Intelectual"	
Processo	Observação
<b>TOTAL DE RESULTADOS</b>	<b>TOTAL DE RESULTADOS NÃO REPETIDOS</b>
33	14
Resultado dos processos encontrados utilizando os termos "Propriedade" e "Intelectual"	
<b>TOTAL DE RESULTADOS</b>	<b>TOTAL DE RESULTADOS NÃO REPETIDOS</b>
38	0
Resultado dos processos encontrados utilizando os termos " <i>sham litigation</i> " e "patente"	
<b>TOTAL DE RESULTADOS</b>	<b>TOTAL DE RESULTADOS NÃO REPETIDOS</b>
11	0
Resultado dos processos encontrados utilizando os termos " <i>sham litigation</i> " e "marca"	
<b>TOTAL DE RESULTADOS</b>	<b>TOTAL DE RESULTADOS NÃO REPETIDOS</b>
9	0
Resultado dos processos encontrados utilizando os termos " <i>sham litigation</i> " e "direito autoral"	
3	0
	<b>TOTAL GERAL DE RESULTADOS NÃO REPETIDOS</b>
	42

## ANEXO II. TABELA COM RESUMO DOS CASOS ANALISADOS

CASO 1	
Processo:	08700.003188/2018-08
Tipo:	Finalístico: Requerimento de TCC
Data de Registro do Processo:	15/05/2018
Conselheiro Relator:	Polyanna Ferreira Silva Vilanova
Interessados:	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
Data de publicação do julgamento:	28.02.19
Ementa	Termo de Compromisso de Cessação (TCC). Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04. Supostas condutas unilaterais de litigância abusiva anticompetitiva ( <i>sham litigation</i> ), restrição pura à concorrência ( <i>naked restraint</i> ) e discriminação de preços e condições de contratação. Mercados nacionais de recebimento, transporte e entrega de correspondências e encomendas expressas. Hipóteses passíveis de enquadramento no art. 36, incisos I, II e IV, c/c o seu § 3º, incisos III, IV, V, X e XI da Lei nº 12.529/2011. TCC proposto no Tribunal. Negociação de acesso restrito. Voto pela homologação do TCC.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, homologou a proposta de compromisso de cessação de conduta, nos termos do voto da Conselheira Relatora.

CASO 2	
Processo:	08012.006377/2010-25
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	16/06/2010
Conselheiro(a) Relator(a):	Polyanna Ferreira Silva Vilanova
Interessados:	Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos. Representados: Lundbeck Brasil LTDA. e H. Lundbeck A/S
Data da decisão:	04/10/2018
Ementa:	Não se aplica
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo em relação aos Representados Lundbeck Brasil LTDA. e H. Lundbeck A/S., nos termos do voto da Conselheira Relatora.

CASO 3	
Processo:	08700.006964/2015-71
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	08/07/2015
Conselheiro(a) Relator(a):	Mauricio Oscar Bandeira Maia
Interessados:	Representantes: Diretório Central dos Estudantes Honestino Guimarães e Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Representados: Associação Boa Vista de Táxi – Ponto 1813; Sindicato dos



	<p>Permissionários de Taxi e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal; Sindicato dos Motoristas e Trabalhadores nas Empresas de Táxi no Estado de São Paulo; Sindicato dos Taxistas Autônomos de São Paulo; Sindicato Intermunicipal dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários, Taxistas e Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens de Minas Gerais; Sindicato dos Taxistas do Distrito Federal; Associação de Assistência aos Motoristas de Táxi do Brasil; José Renan de Freitas; Sérgio Aureliano e Silva; Antônio Raimundo Matias dos Santos; Natalício Bezerra Silva; Ricardo Luiz Faedda; e André de Oliveira</p>
Data de publicação da decisão	09/07/2018
Ementa:	<p>Processo Administrativo. Representantes: Diretório Central dos Estudantes Honestino Guimarães e Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Representadas(os): Associação Boa Vista de Táxi – Ponto 1813; Sindicato dos Permissionários de Taxi e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal, Sindicato dos Motoristas e Trabalhadores nas Empresas de Táxi no Estado de São Paulo; Sindicato dos Taxistas Autônomos de São Paulo; Sindicato Intermunicipal dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários, Taxistas e Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens de Minas Gerais; Sindicato dos Taxistas do Distrito Federal; Associação de Assistência aos Motoristas de Táxi do Brasil; José Renan de Freitas; Sérgio Aureliano e Silva; Antônio Raimundo Matias dos Santos; Natalício Bezerra Silva; Ricardo Luiz Faedda e André de Oliveira. Supostas práticas de litigância abusiva anticompetitiva (“sham litigation”) e de pressão coordenada e emprego de violência ou grave ameaça para exclusão de concorrente. Transporte remunerado individual de passageiros. Índícios insuficientes. Infrações não configuradas. Recomendação de arquivamento. Remessa do processo ao Tribunal.</p>
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo em relação a todos os Representados, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

CASO 4	
Processo:	08012.002673/2007-51
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	04/04/2007
Conselheiro(a) Relator(a):	Paulo Burnier da Silveira
Interessados:	<p>Representante: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – Anfape.</p> <p>Representadas: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda.; Fiat Automóveis S.A.; e Ford Motor Company Brasil Ltda..</p>
Data de publicação da decisão	20.03.2018
Ementa:	<p>Processo Administrativo. Montadoras. FIAPs. Propriedade Intelectual. Concorrência. Mercado de Peças de Reposição. Registro de Desenho Industrial. Regra da Razão. Exercício Regular. Oponibilidade Erga Omnes. Voto pelo arquivamento do Processo Administrativo.</p>
Resultado do julgamento:	<p>Representadas. Decisão: O Plenário, por maioria, determinou o arquivamento do processo em relação a todas as Representadas, nos termos do voto vista do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Vencidos os Conselheiros Paulo Burnier da Silveira, João Paulo de Resende e o Presidente do Cade, que se manifestaram pela condenação das Representadas. O Plenário, por unanimidade, determinou o envio da decisão ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual e a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência do Ministério da Fazenda. O Plenário, por maioria, rejeitou a proposta de determinação de cessação de conduta por parte da Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças - Anfape, em razão desta parte não ter configurado no polo passivo do</p>

	presente processo. Vencida neste ponto a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.
--	--

CASO 5	
Processo:	08012.007155/2008-13
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	03/07/2008
Conselheiro(a) Relator(a):	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt
Interessados:	Representante: ZF Serviços Ltda Representados: Associação dos Centros Comerciais Atacadistas de Santa Catarina (ACECOMVI) e Jorge Luiz Seyfferth
Data de publicação da decisão:	19/12/2017
Ementa:	Processo Administrativo. Criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas concorrentes no mercado de comércio atacadista de têxteis em Santa Catarina. Art. 20, I c/c art. 21, V da lei 8.884/94 (art. 36, I, e §3º, IV da lei 12.529/11). Pareceres convergentes pela condenação. Condenação. Sanções.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, determinou a condenação dos Representados e, por maioria, determinou a aplicação das penalidades previstas no voto vogal do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Parcialmente vencidos a Conselheira Relatora e o Conselheiro João Paulo de Resende que divergiram quanto a dosimetria das multas.

CASO 6	
Processo:	08700.002061/2018-63
Tipo:	Finalístico: Representação
Data de Registro:	27/03/2018
Conselheiro(a) Relator(a):	Felipe Leitão Valadares Roquete
Interessados:	SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE COMBUSTÍVEIS E DE LUBRIFICANTES – SINDICOM
Data de publicação da decisão:	09/04/2018
Ementa:	Não se aplica
Resultado do julgamento:	Após a análise dos da documentação encaminhada - a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) não identificou indícios de infração da ordem econômica, nos termos do artigo 36 da Lei 12.529/11, que justificassem a instauração de Inquérito Administrativo ou de Processo Administrativo.

CASO 7	
Processo:	08700.006444/2016-49
Tipo:	Finalístico: Ato de Concentração Ordinário
Data de Registro:	19/09/2016
Conselheiro(a) Relator(a):	João Paulo de Resende
Interessados:	

	Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. e Alesat Combustíveis S.A.
Data de publicação da decisão:	08/08/2017
Resumo do Caso:	ATO DE CONCENTRAÇÃO. AQUISIÇÃO DA ALESAT COMBUSTÍVEIS S/A PELA IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A. Hipótese de subsunção: faturamento. Concentração horizontal nos mercados de: (i) distribuição, (ii) revenda e (iii) movimentação e armazenagem portuárias de combustíveis automotivos líquidos, (iv) comercialização de lubrificantes, e (v) comercialização e revenda de gás natural veicular (GNV). Integração vertical nos mercados de: (i) produção de derivados de petróleo, (ii) distribuição, (iii) revenda e (iv) movimentação e armazenagem portuárias de combustíveis automotivos líquidos, (v) produção e comercialização de lubrificantes. Operação realizada no Brasil. Procedimento ordinário. Mercado Geográfico de Distribuição Regional. Possibilidade de Exercício de Poder de Mercado. Entrada insuficiente. Rivalidade limitada. Provável exercício de poder coordenado. Eficiências insuficientes. ACC. Proposta de acordo insuficiente. Reprovação da operação.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, conheceu da operação e, no mérito, a reprovou, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

CASO 8	
Processo:	08700.002566/2017-47
Tipo:	Finalístico: Inquérito Administrativo
Data de Registro:	27/04/2017
Conselheiro(a) Relator(a):	Ainda não designado
Interessados:	Representante: CADE "Ex Officio" Representados: Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Município do Rio de Janeiro; Associação de Repórteres Fotográficos e Cinematográficos do Estado de São Paulo; Sindicato dos Fotógrafos e Cinegrafistas Profissionais Autônomos do Distrito Federal; Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Estado do Espírito Santo (Sindijornalistas/ES)
Data de publicação do julgamento:	Ainda não houve. Processo em fase de inquérito
Resultado do julgamento:	Ainda não houve julgamento

CASO 9	
Processo:	08700.010110/2012-46
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	26/11/2012
Conselheiro(a) Relator(a):	Conselheiro João Paulo de Resende
Interessados:	Representante: Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel Representados: Telemar Norte Leste S.A. e Brasil Telecom S.A. - Oi S.A.
Data de publicação do julgamento:	16/11/16
Ementa:	CORTE DE CABOS. CANCELAMENTO FRAUDULENTO DE PORTABILIDADE. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NÃO CONFIGURADO. ARQUIVAMENTO. Impossibilidade de se estabelecer, com os elementos probatórios constante dos

	autos, um nexa entre as condutas atribuídas à OI e o exercício abusivo de posição dominante.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo em relação aos Representados, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

CASO 10	
Processo:	08700.003082/2016-34
Tipo:	Finalístico: Requerimento de TCC
Data de Registro:	18/04/2016
Conselheiro(a) Relator(a):	Paulo Burnier da Silveira
Interessados:	Ediouro Publicações S.A
Data de publicação do julgamento:	02/08/2016
Ementa:	Termo de compromisso de cessação. Processo Administrativo nº 08012.005335/2002-67. Suposta prática de infração à ordem econômica consistente no impedimento da constituição e desenvolvimento de concorrentes no mercado de revistas de passatempo no Brasil. Abuso do direito de petição – sham litigation. Acordos judiciais de não-concorrência. Tentativa de dificultar o acesso de concorrentes aos meios de distribuição. Artigo 21, incisos IV, V e VI c/c art. 20, inciso I, ambos da Lei 8.884/94, correspondentes aos incisos III, IV e V do art. 36, §3º c/c art. 36, I, todos da Lei 12.529/2011. TCC proposto no Tribunal. Negociação confidencial. Homologação do TCC.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, homologou a proposta de Compromisso de Cessação, nos termos do voto do Conselheiro Relator

CASO 11	
Processo:	08012.001518/2006-37
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	13/03/2006
Conselheiro(a) Relator(a):	Paulo Burnier da Silveira
Interessados:	Representante: Marimex Despachos Transportes e Serviços Ltda. Representado: Rodrimar S/A Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais.
Data de publicação do julgamento:	14/08/2018
Ementa:	Processo Administrativo. Cobrança de Terminal Handling Charge 2 (THC2) com posição dominante na área de influência do Porto de Santos no Estado de São Paulo. Art. 20, incisos I, II e IV, e Art. 21, incisos IV, V, XII e XIV, da Lei n.º 8.884/94 correspondentes ao artigo 37, incisos I, II, IV e §3º, incisos III, IV, X e XII da Lei n.º 12.529/2011. Conduta unilateral. Operador portuário. Mercados de movimentação e armazenagem de contêineres no Porto de Santos no Estado de São Paulo. Pareceres da Superintendência-Geral, da Procuradoria Federal Especializada e do Ministério Público Federal pela condenação parcial da conduta. Voto pela condenação total da conduta. Aplicação de multa. Envio de cópia do voto à Antaq.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por maioria, rejeitou a preliminar suscitada na questão de ordem arguida pela Conselheira Cristiane Alckmin no sentido de existirem fatos novos suficientes a tornarem insubsistentes os votos anteriormente proferidos. O Plenário, por maioria e nos termos do Voto do Conselheiro Relator, determinou a condenação da Representada pela prática de infração à ordem econômica prevista no artigo 20,

	incisos I, II, IV e artigo 21, incisos IV, V XII, XIV, ambos da Lei nº 8.884/1994 (com correspondência no artigo 37, incisos I, II, IV e §3º, incisos III, IV, X e XII da Lei nº 12.529/2011), com aplicação de multa no valor de R\$ 972.961,17 (novecentos e setenta e dois mil, novecentos e sessenta e um reais e dezessete centavos) e ainda determinou à Representada que se abstenha de cobrar pela liberação de contêineres dos recintos alfandegados independentes, bem como pela aplicação, em caso de continuidade da cobrança após a decisão final do Tribunal, de multa diária no valor de R\$ 20.000 (vinte mil reais) e pelo envio de cópia da decisão à Antaq. Vencidos a Conselheira Cristiane Alckmin e o Conselheiro João Paulo de Rezende. O Plenário, por unanimidade, ao acatar questão de ordem arguida pelo Procurador Regional da República Márcio Barra Lima, determinou o encaminhamento de cópia da decisão ao Ministério Público Federal em São Paulo.
--	---

CASO 12	
Processo:	08012.004283/2000-40
Tipo:	Finalístico: Procedimento Administrativo
Data de Registro:	09/09/2000
Conselheiro(a) Relator(a):	Vinícius Marques de Carvalho.
Interessados:	Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados Box 3 Vídeo e Publicidade - Programa Shop Tour São Paulo Léo Produções e Publicidade Ltda - Programa Shop Tour Campinas
Data da sessão de julgamento:	15/12/2010
Ementa:	Processo Administrativo. Denúncia de abuso do direito de petição com reflexos na concorrência. Despacho instaurador para averiguar conduta tipificada no art. 20, I, II e IV c/c o art. 21, IV, V e VI da Lei 8.884/94. Conduta unilateral. Empresas Box 3 Vídeo e Publicidade (produtora do programa "Shop Tour" São Paulo) e Léo Produções Publicidade Ltda (Produtora do programa "Shop Tour" Campinas), no segmento de programas de vendas e promoções veiculados nas emissoras de televisão. Mercado de veiculação de programas de venda pela TV em âmbito nacional. Pareceres da SDE, PROCADE, MPF pela não condenação. Entendimento do relator contrário aos pareceres, pela configuração de infração contra a ordem econômica, em razão do abuso do direito de petição. Voto pela condenação das representadas ao pagamento de multa e publicação da decisão em jornal de grande circulação.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, acolheu o recurso de ofício e determinou a condenação da Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. ao pagamento de multa no valor de R\$ 1.774.312,66 (um milhão, setecentos e setenta e quatro mil, trezentos e doze reais, e sessenta e seis centavos) e à publicação de extrato descritivo da decisão condenatória, nos termos do voto do Conselheiro-Relator, por infração à ordem econômica enquadrada nos artigos 20 e 21, IV e V, ambos da Lei nº 8.884/94. As cominações deverão ser cumpridas no prazo de 30 (trinta) dias. Determinou-se também que a SDE instaure procedimento administrativo, em consonância com a sugestão do MPF e da PROCADE, para avaliar se outras pessoas físicas ou jurídicas (como Luiz Galebe, Leo Produções, Shop Tour Internacional, etc) também realizaram este tipo de prática.

CASO 13	
Processo:	08012.000778/2011-52
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	11/01/2011

Conselheiro(a) Relator(a):	Márcio de Oliveira Júnior
Interessados:	Representante: CADE "ex officio" Representados: Luiz Antônio Cury Galebe, MC 3 Vídeo Produções Ltda., Léo Produções e Publicidade Ltda., Shop Tour Internacional e Shop Tour TV Ltda.
Data de publicação do julgamento:	14.06.2016
Ementa:	Processo Administrativo. Abuso de posição dominante. Art. 20, incisos I, II e III, e art. 21, incisos IV e V, ambos da Lei 8.884/94. Caso Shop Tour. Conduta unilateral. Mercado de veiculação de programas de venda pela TV em âmbito nacional. Pareceres da SG, ProCADE e MPF pela condenação. Voto do Relator pela condenação. Pedido de vista. Grupo econômico. Conduta já analisada no Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40 (Caso Box 3). Bis in idem. Arquivamento.
Resultado do julgamento:	Após o voto do Conselheiro Relator pela condenação dos Representados pela prática de infração contra a ordem econômica, prevista no artigo 20, incisos I, II e III e no artigo 21, incisos IV e V da Lei nº 8.884/1994, com correspondência no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, e pela aplicação de multas nos seguintes valores, a serem pagas no prazo de 30 (trintas) dias a contar a publicação da decisão: a) Luiz Antonio Cury Galebe, multa no valor de R\$ 24.359,66 (vinte e quatro mil trezentos e cinquenta e nove reais e sessenta e seis centavos); b) Shop Tour TV Ltda., multa no valor de R\$ 308.363,16 (trezentos e oito mil trezentos e sessenta e três reais e dezesseis centavos); c) Shop Tour Internacional, multa no valor de R\$ 159.615,00 (cento e cinquenta e nove mil seiscentos e quinze reais); d) MC 3 Vídeo Produções Ltda., multa no valor de R\$ 19.215,00 (dezenove mil duzentos e quinze reais); e) Léo Produções e Publicidade Ltda., multa no valor de R\$ 19.215,00 (dezenove mil duzentos e quinze reais); o julgamento do processo foi suspenso em razão de pedido de vista do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Na presente sessão de julgamento o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo apresentou voto-vista pelo arquivamento do processo em relação a todos os Representados; na sequência manifestou-se o Conselheiro Alexandre Cordeiro aderindo ao voto do Conselheiro Relator pela condenação dos Representados, mas divergindo quanto à dosimetria da pena; após, o Conselheiro João Paulo de Resende proferiu voto acompanhando o voto-vista; o Conselheiro Paulo Burnier apresentou voto vogal aderindo ao voto-vista do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo pelo arquivamento do processo em face de todos os representados com registro de divergência com relação aos fundamentos do arquivamento; a Conselheira Cristiane Alkmin acompanhou integralmente o voto-vista. Decisão: O Plenário, por maioria, determinou o arquivamento do processo em relação a todos os Representados, nos termos do voto-vista do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos. Vencidos o Conselheiro Relator e o Conselheiro Alexandre Cordeiro que se manifestaram pela condenação dos Representados.

CASO 14	
Processo:	08012.009606/2011-44
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	28/09/2011
Conselheiro(a) Relator(a):	Alexandre Cordeiro Macedo
Interessados:	Representante: Procuradoria da República em Campinas - MPF/SP Representados: ONCOCAMP - Clínica de Oncologia Diagnose e Terapia S/C Ltda., IOC - Instituto de Oncologia Clínica S/S Ltda., Instituto do Radium de Campinas Ltda., OCC Oncologia Clínica de Campinas S/C Ltda., Oncologia e Hematologia de Campinas S/C Ltda
Data de publicação	31/05/2016

do julgamento:	
Ementa:	Processo Administrativo. Cartel. Mercado de prestação de serviços médicos oncológicos no Município de Campinas. Poder de Mercado. Pareceres da Superintendência-Geral, da ProCADE e do MPF pela condenação. Condenação. Aplicação de multa. Determinação de publicação de extrato da decisão.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, determinou a condenação dos Representados ONCOCAMP - Clínica de Oncologia Diagnose e Terapia S/C Ltda., IOC - Instituto de Oncologia Clínica S/S Ltda., Instituto do Radium de Campinas Ltda., OCC Oncologia Clínica de Campinas S/C Ltda., Oncologia e Hematologia de Campinas S/C Ltda., pela prática de infração à ordem econômica prevista no artigo 20, incisos I, II e IV, c/c artigo 21, inciso IV, V e XII da Lei nº 8.884/94, com aplicação de multas nos seguintes valores: a) à ONCOCAMP - Clínica de Oncologia Diagnose e Terapia S/C Ltda., multa no valor de R\$ 1.915.376,72 (um milhão, novecentos e quinze mil trezentos e setenta e seis reais e setenta e dois centavos); b) IOC - Instituto de Oncologia Clínica S/S Ltda., multa no valor de R\$ 1.126.074,82 (um milhão, cento e vinte e seis mil setenta e quatro reais e oitenta e dois centavos); c) OCC Oncologia Clínica de Campinas S/C Ltda., multa no valor de R\$ 720.396,81 (setecentos e vinte mil trezentos e noventa e seis reais e oitenta e um centavos); d) Oncologia e Hematologia de Campinas S/C Ltda., multa no valor de R\$ 88.605,44 (oitenta e oito mil seiscentos e cinco reais e quarenta e quatro centavos), e) ao Instituto do Radium de Campinas Ltda., multa no valor de R\$ 2.413.489,51 (dois milhões, quatrocentos e treze mil quatrocentos e oitenta e nove reais e cinquenta e um centavos); que deverão ser pagas no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação da presente decisão e, adicionalmente à obrigação de publicação, às custas dos Representados, proporcionalmente ao faturamento de cada um, em meia página, por dois seguidos, por 3 semanas consecutivas, de extrato da decisão, em jornal de maior circulação no município de Campinas, obrigação esta que, alternativamente, poderá ser feita em revista de maior tiragem no setor médico do Estado de São Paulo, em meia página, em três edições mensais consecutivas, em edição impressa e digital, esta última se disponível, bem como publicação no site da Representada, se existente, com link direto e claramente visível na página principal do site; tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator

CASO 15	
Processo:	08700.012252/2014-00
Tipo:	Finalístico: Averiguação Preliminar
Data de Registro:	22/06/2008
Conselheiro(a) Relator(a):	Alexandre Cordeiro
Interessados:	Representante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais  Representados: Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil em São Paulo, Distrito Federal, Goiás e Rio de Janeiro
Data de publicação do julgamento:	31/05/2016
Ementa:	Averiguação Preliminar. Suposto estímulo a comportamento uniforme por parte Seccionais da OAB (SP, GO, DF e RJ). Edição de tabela de preços. Competência do CADE para fiscalizar e julgar possíveis ilícitos comerciais na atividade da advocacia. Pareceres da SDE, PFE-CADE e MPF convergentes pelo arquivamento. Arquivamento.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, negou provimento ao recurso de ofício e determinou o arquivamento do processo, nos termos do voto do Conselheiro Relator. O Plenário, por unanimidade, negou provimento ao recurso de ofício e determinou o arquivamento do processo, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

CASO 16	
Processo:	08012.009462/2006-69
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	10/10/2006
Conselheiro(a) Relator(a):	Olavo Zago Chinaglia
Interessados:	Representante: Mattel do Brasil Ltda. Representados: Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos (ABRINQ) e Synésio Batista da Costa.
Data de publicação do julgamento:	25.08.2015
Ementa:	Processo administrativo. Afastamento das preliminares. Fronteira entre o direito de associação e o ilícito concorrencial. Troca de informações concorrencialmente sensíveis. Infração à ordem econômica. Influência à adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes. Mercado nacional de fabricação e comercialização de brinquedos. Parecer da SDE, Parecer da ProCADE e voto do Presidente Vinicius Marques de Carvalho pela condenação. Parecer do MPF e votos do Conselheiro-Relator Olavo Chinaglia, do Conselheiro Marcos Paulo Verissimo e do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis pelo arquivamento. Voto pela condenação dos Representados
Resultado do julgamento:	Após o voto-vista do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira aderindo ao voto-vista do Presidente do Cade, o Plenário, por maioria, determinou a condenação dos epresentados ABRINQ - Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos e Synésio Batista da Costa nos termos do voto-vista do Presidente do Cade, Vinicius Marques de Carvalho. Vencidos do Conselheiro Relator e os Conselheiros Marcos Paulo Verissimo e Alessandro Octaviani Luis

CASO 17	
Processo:	08012.011142/2006-79
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	08/07/2014
Conselheiro(a) Relator(a):	Alessandro Octaviani Luis
Interessados:	Representados: Anor Pinto Filipi, Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem, Associação Brasileira de Cimento Portland, InterCement Brasil S.A. (atual d(nominação da Camargo Corrêa Cimentos S.A.), CCB - Cimpor Cimentos do Brasil Ltda., C a de Cimento Itambé, Empresa de Cimentos Liz S.A. (atual denominação da Soeicm S. k.), Holcim Brasil S.A., Itabira Agro Industrial S.A., Karl Franz Bühler, Lafarge Brasil S. ., Marcelo Chamma, Renato José Giusti, Sérgio Bandeira, Sérgio Mações, Sindicato Nacional da Indústria do Cimento e Votorantim Cimentos Ltda.
Data de publicação do julgamento:	18.11.2016
Ementa:	Processo Administrativo. Infração à ordem econômica prevista no artigo 20, incisos I, II, III e IV c/c artigo 21, incisos I, II, III e IV, da C 8.884/94. Formação de cartel nos mercados de cimento e de concreto no Brasil. Conduta colusiva. Mercado de cimento e de concreto no Brasil. Realiza diligência de busca e apreensão pela SDE. Nota Técnica da SDE e Pareceres da Procuradoria do CADE e do Ministério Público Federal (i) pela condenação dos Representados Holcim do Brasil S.A., Votorantim Cimentos S.A., InterCement Brasil S.A., Cimpor Cimentos do Brasil Ltda., Itabira Agro Industrial S.A., Cia de Cimento Itambé, Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem, Associação Brasileira de Cimento Portland, Sindicato Nacional da Indústria do Cimento, Anor Pinto Filipi, Renato



	<p>José Giusti, Marcelo Chamma, Sérgio Bandeira, Sérgio Mações e Karl Franz Bühler; (ii) pelo arquivamento do Processo Administrativo, recorrendo-se de ofício ao CADE, em relação à Representada Lafarge Brasil S.A. por força do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta celebrado; e (iii) pelo arquivamento do Processo Administrativo, recorrendo-se de ofício ao CADE, em relação à Representada Empresa de Cimentos Liz S.A. por insuficiência de provas de sua participação na conduta investigada. TCC celebrado entre o CADE e a Representada Lafarge Brasil S.A. Apresentação e recusa de proposta de TCC pelas Representadas InterCement Brasil S.A. e CCB - Cimpor Cimentos do Brasil Ltda. Condenação dos Representados Holcim do Brasil S.A., Votorantim Cimentos S.A., InterCement Brasil S.A., CCB - Cimpor Cimentos do Brasil Ltda., Itabira Agro Industrial S.A., Cia de Cimento Itambé, Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Concretagem, Associação Brasileira de Cimento Portland, Sindicato Nacional da Indústria do Cimento, Anor Pinto Filipi, Renato José Giusti, Marcelo Chamma, Sérgio Bandeira, Sérgio Mações e Karl Franz Bühler. Desprovisionamento do recurso de ofício interposto pela SDE, de modo a manter o arquivamento do Processo Administrativo em relação à Representada Lafarge Brasil S.A. por força do TCC celebrado. Desprovisionamento do recurso de ofício interposto pela SDE, de modo a manter o arquivamento do Processo Administrativo em relação à Representada Empresa de Cimentos Liz S.A. por insuficiência de provas de sua participação na conduta investigada. Aplicação de multa com base no artigo 37, incisos I e II, da Lei nº 12.529/2011, e no artigo 23, inciso III, da Lei nº 8.884/94. Imposição de venda de ativos com base no artigo 38, inciso V, da Lei nº 12.529/2011. Aplicação de outras penalidades e recomendações com base no artigo 38, incisos I, II, III, IV e VIII, da Lei nº 12.529/2011.</p>
Resultado do julgamento:	<p>O Plenário, por unanimidade, conheceu dos embargos de declaração e, no mérito, negou-lhes provimento, nos termos do voto do Conselheiro Relator. O Plenário, por unanimidade, determinou, de ofício, a correção de: a) erro material constante da decisão para indicar que a multa imposta à Votorantim Cimentos S.A. passe a constar no valor de R\$ 1.563.785.328,00 (um bilhão, quinhentos e sessenta e três milhões, setecentos e oitenta e cinco mil, trezentos e vinte e oito reais); sem qualquer alteração dos critérios de dosimetria ou de fundamentação atinente ao mérito do julgado.; b) erro material constante do voto proferido em sede de julgamento dos embargos de declaração opostos pelo Sindicato Nacional da Indústria do Cimento, para passar a constar com a seguinte redação: "deu provimento aos embargos do Sindicato Nacional da Indústria do Cimento e, (...) esclarecendo que os prazos previstos no voto-vista do Conselheiro Márcio de Oliveira Junior - 3 (três) meses para coleta e 6 (seis) meses para divulgação - continuam sendo exigidos para a coleta e a divulgação dos dados desagregados", tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator.</p>

CASO 18	
Processo:	08012.000643/2010-14
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	21/01/2010
Conselheiro(a) Relator(a):	Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo
Interessados:	Representante: SDE ex officio Representado: Conselho Federal de Contabilidade - CFC
Data de publicação do julgamento:	19.06.2015
Ementa:	<p>Processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. Suposto abuso de posição dominante e influência de conduta uniforme, nos termos do art. 20, inc. I, III e IV, c/c art. 21, inc. II e X, da Lei nº 8.884/94 e art. 36, inc. I e IV c/c § 3º, inc. II e III, da Lei nº 12.529/2011. Caso CFC. Conduta unilateral. Serviços de contabilidade e auditoria independente. Pareceres pela condenação do Representado. Caracterizada infração à ordem</p>

	econômica. Enquadramento da mera participação em licitações na modalidade pregão como infração ao Código de Ética da profissão. Condenação. Pena pecuniária e obrigação de fazer.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, determinou a condenação do Conselho Federal de Contabilidade pela prática de infração à ordem econômica prevista no art. 36, inc. I e IV c/c § 3º, inc. II e III, da Lei nº 12.529/2011, com aplicação de multa R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) e imposição de obrigação de enviar ofício-circular a todos os Conselhos Regionais de Contabilidade, informando sobre a presente decisão, e determinando que estes notifiquem os profissionais sob sua jurisdição, por meio eletrônico, sobre (i) a ilegalidade da fixação de parâmetros obrigatórios de formação de honorários, especialmente quando houver previsão de punição disciplinar ou ética, e (ii) a ilegalidade de criar óbices à participação de profissionais em licitações cujo critério de seleção seja o melhor preço; obrigação que deverá ser comprovada ao Cade em até 30 dias da presente decisão, contados da publicação da decisão do Tribunal no Diário Oficial da União, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

CASO 19	
Processo:	08700.006673/2015-82
Tipo:	Finalístico: Procedimento Preparatório
Data de Registro:	01/07/2015
Conselheiro(a) Relator(a):	Ainda não foi designado
Interessados:	Representante: SDE ex officio Representado: Conselho Regionais de Contabilidade
Data de publicação do julgamento:	Não se aplica
Ementa:	Não se aplica
Resultado do julgamento:	Não se aplica

CASO 20	
Processo:	08012.011508/2007-91
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	11/09/2007
Conselheiro(a) Relator(a):	Ana Frazão
Interessados:	Representante: Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos - Pró Genéricos Representados: Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company
Data de publicação do julgamento:	30/06/2015
Ementa:	Processo administrativo instaurado para apurar suposta conduta de <i>sham litigation</i> . Alteração de escopo de patente, omissão de informações, obtenção indevida de monopólio (EMR), <i>forum shopping</i> . Pareceres da SG, da ProCADE e do MPF pela condenação. Existência de abuso de direito de petição e de efeitos lesivos à concorrência. Voto pela condenação.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, determinou a condenação das Representadas pela prática de infração à ordem econômica, prevista nos arts. 20, I e IV c/c art. 21, IV, V e XVI da Lei nº 8.884/1994, com aplicação de multa no valor de R\$ 36.679.586,16 (trinta e seis milhões, seiscentos e setenta e nove mil, quinhentos e oitenta e seis reais e dezesseis centavos).

CASO 21	
Processo:	08700.006965/2013-53
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	22/11/2013
Conselheiro(a) Relator(a):	Márcio de Oliveira Júnior
Interessados:	Representante: Foto São José Digital Representados: Sindicato dos Fotógrafos, Lojistas e Cinegrafistas do Estado do Piauí e Francisco das Chagas Machado Sobrinho
Data de publicação do julgamento:	28.04.2015
Ementa:	Processo Administrativo. Influência à adoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes. Serviços de fotografia e de filmagem profissionais no Estado do Piauí. Fixação de preços mínimos, uniformização de conduta. Escopo da conduta: Teresina/PI. Pareceres da SG, da ProCADE e do MPF convergentes pela condenação. Condenação do representado, conforme artigo 36, <i>caput</i> , incisos I e IV e § 3º, inciso II, da Lei 12.529/2011.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, determinou a condenação dos Representados pela prática de infração à ordem econômica prevista no artigo 36, <i>caput</i> , incisos I e IV e § 3º, inciso II, da Lei 12.529/2011, com aplicação de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) ao Sindicato dos Fotógrafos, Lojistas e Cinegrafistas do Estado do Piauí e no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao Representado Francisco das Chagas Machado Sobrinho.

CASO 22	
Processo:	08012.008855/2003-11
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	13/11/2003
Conselheiro(a) Relator(a):	Paulo Burnier da Silveira
Interessados:	Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico  Representadas: Intercement Brasil S.A. (antiga Camargo Corrêa Cimentos S.A.), CCB Cimpor Cimentos do Brasil Ltda., Ciplan – Cimento Planalto S.A., Votorantim Cimentos Ltda., Cia. de Cimento Itambé, Holcim Brasil S.A., Lafarge Brasil S.A., Itabira Agro Industrial S.A., Itatinga Agro Industrial S.A., Cimentos do Brasil S.A. – Cibrasa, Itapicuru Agro Industrial S.A., Itapissuma S.A., Ibacip – Indústria Barbalhense de Cimento Portland S.A., Itapetinga Agro Industrial S.A., Itapessoca Agro Industrial S.A., Itaguassu Agro Industrial S.A., Cimento Tupi S.A. (incorporadora da antiga CP Cimento e Participações S.A.) e Empresa de Cimentos Liz S.A. (antiga Soeicom S.A. – Sociedade de Empreendimentos Industriais, Comerciais e Mineração)
Data de publicação do julgamento:	25.10.2016
Ementa:	Processo Administrativo. Suposta prática de recusa concertada de venda de cimentos que não o CP III. Artigo 20, I, II e IV c/c com artigo 21, I, IV e V, da Lei nº 8.884/1994, equivalente ao artigo 36, I, II e IV, e §3º, I, III e IV, da Lei nº 12.529/2011. Acusação de recusa de venda de cimento. Mercado de fabricação e venda de cimento. Pareceres da Superintendência-Geral e da Procuradoria-Federal especializada junto ao CADE pela condenação de Holcim Brasil S.A., Votorantim Cimentos Ltda. e Cimento Tupi S.A., bem como pelo arquivamento em relação às outras Representadas. Parecer do Ministério Público Federal pelo arquivamento em relação a todas as Representadas. Voto pelo arquivamento em relação a todas as Representadas.

Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo em relação a todos os Representados, nos termos do voto do Conselheiro Relator
--------------------------	---

CASO 23	
Processo:	08012.003918/2005-04
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	02/03/2011
Conselheiro(a) Relator(a):	Márcio de Oliveira Júnior
Interessados:	Representante: Secretaria de Direito Econômico - SDE ex officio Representados: Telemar Norte Leste S/A.
Data de publicação do julgamento:	17.03.15
Ementa:	Mercado de telefonia fixa na Região I do Plano Geral de Outorgas – PGO. Monitoramento de ligações realizadas para o Serviço de Atendimento ao Consumidor de concorrentes. Ação de <i>telemarketing</i> ofertando vantagens comerciais de acordo com a duração da chamada ao SAC, o grau de adimplência e a média mensal de serviços utilizados pelos clientes. Conduta passível de enquadramento no art. 20, I e IV c/c art. 21, IV e V, da Lei 8.884/94. Pareceres da SG e da ProCADE pela condenação. Parecer do MPF pelo arquivamento. Voto do Relator também pelo arquivamento. Voto-vogal pela condenação.
Resultado do julgamento:	Após o voto do Conselheiro Relator pelo arquivamento do processo por insuficiência de indícios de infração à ordem econômica; a Conselheira Ana Frazão apresentou voto vogal pela condenação da Representada pela prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, I e IV c/c art. 21, IV e V, da Lei 8.884/94, com aplicação de multa no valor de R\$ 26.588.422,59 (vinte e seis milhões, quinhentos e oitenta e oito mil, quatrocentos e vinte e dois reais e cinquenta e nove centavos); o Plenário, por maioria, determinou a condenação da Representada, nos termos do voto vogal da Conselheira Ana Frazão. Vencido o Conselheiro Relator.

CASO 24	
Processo:	08700.000719/2008-21
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	11/02/2008
Conselheiro(a) Relator(a):	Alessandro Octaviani Luis
Interessados:	Representante: SDE ex officio Representados: Sindicato das Empresas Segurança Privada, Segurança Eletrônica, Serviços de Escolta e Cursos de Formação do Estado de São Paulo - SESVES José Jacobson Neto Jose Adir Loiola
Data de publicação do julgamento:	14/08/2014
Ementa:	Processo Administrativo. Prática de imposição de conduta comercial uniforme. Artigo 20, incisos I e II e artigo 21, incisos II, IV e VIII da Lei nº 8.884/1994. Mercado de licitações públicas para contratação de serviços de segurança privada no Estado de São Paulo. Afastamento das preliminares. Nota técnica da SG, Pareceres da ProCADE e do MPF pela condenação. Conduta prejudicial à livre concorrência.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, determinou a condenação dos Representados por incorrerem nas práticas descritas nos art. 20, incisos I e II e era. 21, incisos II, IV e VIII da Lei nº 8.884/94, com aplicação de multas nos seguintes termos: (i) multa de 300.000 ufir ao Sindicato das Empresas de Segurança Privada, Segurança Eletrônica, Serviços de Escolta e Cursos de Formação do Estado de São Paulo –

	SEESP; e (ii) 30.000UFIR, individualmente aos Representados José Adir Loyola e José Jacobson Neto; nos termos do voto do Conselheiro Relator.
--	---

CASO 25	
Processo:	08700.001323/2018-72
Tipo:	Finalístico: Requerimento de TCC
Data de Registro:	28/02/2018
Conselheiro(a) Relator(a):	João Paulo de Resende
Interessados:	B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão
Data de publicação do julgamento:	09/10/2018
Ementa:	Proposta de Termo de Compromisso de Cessação – TCC referente ao Inquérito Administrativo nº 08700.002656/2016-57. Investigação sobre supostas prática de discriminação e recusa de contratar por parte da B3 em relação à ATS e ACS, no mercado de bolsa de valores. Conveniência e oportunidade na assinatura do TCC. Contribuição pecuniária. Recomendação de Homologação do TCC.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por maioria, homologou a proposta de compromisso de cessação de conduta, nos termos do Despacho Pres nº 217/2018. Vencidos o Conselheiro João Paulo de Resende e a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, que rejeitaram a proposta.

CASO 26	
Processo:	08700.006723/2015-21
Tipo:	Finalístico: Ato de Concentração Ordinário
Data de Registro:	02/07/2015
Conselheiro(a) Relator(a):	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt
Interessados:	Requerentes: TV SBT Canal 4 de São Paulo (“SBT”), Rádio e Televisão Record S.A. (“Record”) e TV Ômega Ltda. (“Rede TV!”). Terceiros Interessados Sky Brasil Serviços Ltda. (“Sky”), Claro S.A. (“Claro-NET”, “Claro” ou “NET”), Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (“ABTA”)
Data de publicação do julgamento:	17.05.2016
Ementa:	Ato de Concentração. Operação realizada no Brasil. Procedimento Ordinário. <i>Joint Venture</i> de negociação de sinal digital de programação de televisão aberta para distribuidora de televisão por assinatura. Subsunção ao art. 88 da Lei nº 12.529/2011. Mercado relevante na dimensão produto: sinal de TV aberta para operadora de TV por assinatura. Mercado relevante na dimensão geográfica: Brasil. Concentração horizontal. Ausência de probabilidade de entrada, importação ou rivalidade. Poder compensatório na compra. Decisão da Superintendência-Geral favorável à aprovação sem restrições. Subida por recurso. Voto da Relatora pela reprovação. Aprovação com restrições.
Resultado do julgamento:	Na 80ª SOJ manifestaram-se oralmente o economista Cleveland Prates, pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura - Terceira Interessada; o advogado Tomás Ribeiro Paiva, pela Sky Brasil Serviços Ltda. - Terceira Interessada e a advogada Maria Eugênia Novis, pela Requerente TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A.. Após o voto da Conselheira Relatora pelo conhecimento e reprovação da operação, o julgamento do processo foi suspenso em razão de pedido de vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro. Na presente sessão o Conselheiro Alexandre Cordeiro apresentou voto-vista pela aprovação da operação condicionada à celebração e ao cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações anexo ao voto, bem como pela rejeição dos recursos interpostos; o Conselheiro João Paulo de

	Resende manifestou-se pela rejeição da proposta de Acordo em Controle de Concentrações e aderiu ao voto da Conselheira Relatora no sentido da reprovação da operação; o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira acompanhou o voto-vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro; o Conselheiro Márcio de Oliveira Junior apresentou voto-vogal pela aprovação da operação sem restrições, com rejeição dos recursos interpostos; o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo e o Presidente do Cade também seguiram o voto-vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro pela aprovação da operação condicionada à celebração e ao cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações. Decisão: O Plenário, por maioria, aprovou a operação condicionada à celebração e ao cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações e rejeitou os recursos interpostos, nos termos do votovista do Conselheiro Alexandre Cordeiro. Vencidos a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt e o Conselheiro João Paulo de Resende que se manifestaram pela reprovação da operação, bem como o Conselheiro Márcio de Oliveira Junior que votou pela aprovação sem restrições.
--	--

CASO 27	
Processo:	08012.011668/2007-30
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	12/09/2007
Conselheiro(a) Relator(a):	Ana Frazão
Interessados:	Representante: Departamento de Polícia Civil do Paraná - DPC/PR Representados: Djalma Eugênio Guarda, Itauby Netto José Ramalho Guarda, Claudir Osmir Bolognesi, Jonatas Cerqueira Leite, Mauro César Guarda, Djalma Eugênio Guarda Júnior, Édson Fernandes Gimenes, Sérgio Goés de Oliveira, Emílio Sérgio Santaella, Márcio Jiovane Matiazi, José Eduardo Maluf Adelton Antônio Fevereiro, Oil Petro Brasileira de Petróleo.; Auto Posto Bonanza; Auto Posto Versailles; Auto Posto Versailles II; Auto Posto Versailles ifi; Auto Posto • Flamboyant; Posto Paizão; Auto Posto Exposição; Posto Meninão; Auto Posto Paiguás Ltda.; Auto Posto 10 de Dezembro Ltda.; Posto Tropical; Posto Novo Oriente Ltda.; N. Matiasi & Cia Ltda. (Auto Posto Portelão); AA Fevereiro & Asbahr Ltda.; Posto Carajás; Kahlan Comércio de Combustíveis Ltda (Auto Posto Leblon).
Data de publicação do julgamento:	29.10.2013
Ementa:	Processo Administrativo. Suposta formação de cartel de preços no mercado de revenda de combustíveis de Londrina/PR, passível de enquadramento no art. 20, 1, c/c art. 21, 1 e II, da Lei nº 8.884/94. Cartel de postos de combustíveis. Conduta colusiva. Empresas atuantes no mercado de revenda de combustíveis no Município de Londrina/PR. Pareceres da SDE, ProCADE e MPF pela condenação de parte dos Representados. Decisão pela condenação de parte dos Representados. Aplicação da lei sancionadora mais benéfica. Imposição de multa nos termos dos arts. 37, incisos 1 e II e 45 da Lei 12.529/11 e dos arts. 23, inciso III, e 27 da Lei 8.884/94.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo em relação às pessoas físicas Marcio Jiovane Matiazi, Adelton Antônio Fevereiro, José Eduardo Maluf e Emílio Sérgio Santaella e às empresas por eles representadas, quais sejam, N. Matiasi & Cia Ltda. (Auto Posto Portelão), A.A. Fevereiro, Domo & Machado Ltda. (antiga AA Fevereiro & Asbahr Ltda.), Kalahan Comércio de Combustíveis Ltda. e Auto Posto Carajás Ltda.; bem como determinou a condenação dos demais Representados pela prática de infrações à ordem econômica previstas no art. 20, 1, c/c art. 21, 1 e II, da Lei nº 8.884/94, com aplicação de multas.

CASO 28	
Processo:	08012.002917/2002-91
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo

Data de Registro:	08/05/2002
Conselheiro(a) Relator(a):	Ana Frazão
Interessados:	Representante: Publicações Técnicas Internacionais Ltda – PTI Representados: Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e Target Engenharia e Consultoria – Ltda
Data de publicação do julgamento:	04.08.2015
Ementa:	Processo administrativo para apurar suposta conduta anticompetitiva decorrente de cláusula de exclusividade e de venda casada no mercado de normas técnicas digitais. Pareceres da SG, da ProCADE e do MPF pelo arquivamento. Ausência indícios de infração à ordem econômica. Justificativa empresarial legítima para a exclusividade. Inexistência de venda casada. Voto pelo arquivamento.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo nos termos do voto da Conselheira Relatora

CASO 29	
Processo:	08012.001057/2000-36
Tipo:	Finalístico: Ato de Concentração Sumário
Data de Registro:	04/02/2000
Conselheiro(a) Relator(a):	Thompson Almeida Andrade.
Interessados:	Requerentes: Cisco Systems, Inc. e Pirelli S.p.a.
Data de publicação do julgamento:	18.10.00
Ementa:	Ato de Concentração. Aquisição, pela Cisco Systems, Inc, da totalidade das ações das empresas Pirelli Optical Systems Holding N. V. e Pirelli Optical Systems Itália. Operação realizada no exterior com reflexos no Brasil. Hipótese prevista no parágrafo 30, artigo 54 da Lei 8.884/94, em razão do faturamento dos grupos Requerentes superar R\$ 400 milhões. Apresentação tempestiva. Inexistência de impactos de concentração horizontal ou de integração vertical. Aprovado sem restrições.
Resultado do julgamento:	Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE aprovar, por unanimidade, o ato de concentração sem restrições, considerando, por maioria, tempestiva a apresentação da operação. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros Mércio Felsky, João Bosco Leopoldino, Hebe Romano, Thompson Andrade, Celso Campilongo e Afonso A. de Mello Franco Neto. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo

CASO 30	
Processo:	08700.004494/2018-53
Tipo:	Finalístico: Ato de Concentração Ordinário
Data de Registro:	20/07/2018
Conselheiro(a) Relator(a):	Polyanna Ferreira Silva Vilanova
Interessados:	Requerentes: The Walt Disney Company (Brasil) Ltda. e Twenty-First Century Fox, Inc.
Data de publicação do julgamento:	28/02/2019

Ementa:	Ato de Concentração. Requerentes: The Walt Disney Company (Brasil) Ltda. e Twenty-First Century Fox, Inc. Aquisição e controle. Mercados de Produção, licenciamento e programação de conteúdo audiovisual para TV por Assinatura e para distribuição cinematográfica. Sobreposições horizontais. Altas barreiras e rivalidade insuficiente no mercado de programação para TV por Assinatura. Possibilidade e probabilidade de exercício de poder de mercado. Aprovação condicionada ao cumprimento de restrições comportamentais unilateralmente impostas pela Conselheira-Relatora.
Resultado do julgamento:	Após o voto da Conselheira Relatora conhecendo da operação e, no mérito, pela aprovação condicionada ao cumprimento das restrições comportamentais unilateralmente impostas, manifestou-se em voto vogal o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira pela aprovação da operação condicionada à celebração de Acordo em Controle de Concentrações - ACC proposto pelas Requerentes. A Conselheira Paula Azevedo acompanhou o voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira; o Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia aderiu ao voto da Conselheira Relatora. O Presidente do Cade seguiu o voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Decisão: O Plenário, por unanimidade, conheceu da operação e, por maioria, aprovou-a condicionada à celebração de Acordo em Controle de Concentrações, nos termos do voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Vencida a Conselheira Relatora e o Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia que se manifestaram pela aprovação condicionada ao cumprimento de restrições comportamentais unilateralmente impostas

CASO 31	
Processo:	08700.001097/2017-49
Tipo:	Finalístico: Ato de Concentração Ordinário
Data de Registro:	20/02/2017
Conselheiro(a) Relator(a):	Paulo Burnier da Silveira
Interessados:	Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft (“Bayer”) e Monsanto Company (“Monsanto”)
Data de publicação do julgamento:	16.02.2018
Ementa:	to de Concentração. Lei nº 12.529/2011. Procedimento ordinário. Sobreposição horizontal em sementes em diversas culturas, biotecnologia em algodão e soja e defensivos, em especial herbicidas. Integração vertical entre biotecnologia e sementes e entre sementes e defensivos agrícolas. Efeitos conglomerados. Rivalidade insuficiente. Eficiências insuficientes. Nota Técnica da Superintendência-Geral pela impugnação da operação ao Tribunal. Proposta de Acordo em Controle de Concentrações. Mitigação dos problemas concorrenciais. Aprovação com restrições.
Resultado do julgamento:	Após o voto do Conselheiro Relator pela aprovação da operação condicionada a celebração e ao cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações, a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt apresentou voto pela aprovação da operação com aplicação de restrições unilaterais e, se vencida quanto a este entendimento, pela rejeição da operação; o Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia e a Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova seguiram o voto do Relator; o Conselheiro João Paulo de Resende manifestou-se pela reprovação da operação, o Presidente do Cade aderiu ao voto do Conselheiro Relator. Decisão: O Plenário, por maioria, aprovou a operação condicionada a celebração e ao cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações, nos termos do voto do Conselheiro Relator. Vencidos a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt e o Conselheiro João Paulo de Resende que votaram pela reprovação da operação.

CASO 32	
Processo:	08700.008419/2016-08



Tipo:	Finalístico: Consulta
Data de Registro:	16/12/2016
Conselheiro(a) Relator(a):	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo
Interessados:	Requerentes: Warner Bros Home Entertainment Inc. e EA Swiss Sàrl
Data de publicação do julgamento:	24.02.2017
Ementa:	Consulta. Warner Bros. Home Entertainment Inc. e EA Swiss Sàrl. Resolução CADE nº 12/2015. Resolução CADE nº 17/2016. Contrato de Licenciamento de Videogames. Software de entretenimento interativo. Formato físico de mídia ótica digital para Consoles e PCs. Consulta sobre a possibilidade de enquadramento do contrato de licenciamento como contrato associativo sujeito à notificação prévia. Requisitos da Resolução CADE nº 12/2015. Consulta conhecida. Requisitos da Resolução CADE nº 17/2016. Ausência dos requisitos de notificação para modalidade contrato associativo.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, conheceu do processo e emitiu manifestação pela não obrigatoriedade de notificação do contrato submetido à consulta, em conformidade com a Resolução CADE nº 17/2016, nos termos do voto do Conselheiro Relato

CASO 33	
Processo:	08012.012740/2007-46
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	14/07/2007
Conselheiro(a) Relator(a):	Márcio de Oliveira Júnior
Interessados:	Representante: Ministério Público Federal, Procuradoria da República do Rio Grande do Sul Representado: Administradora Gaúcha de Shopping Center S/A; Companhia Zaffari Comércio e Indústria; Bourbon Administração, Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda.; Isdralit Indústria e Comércio Ltda.; Shopping Rua da Praia Ltda.; Condomínio Civil Shopping Center Iguatemi Porto Alegre; Condomínio Shopping Moinhos (Fundo de Investimento Imobiliário Pateo Moinhos de Vento); Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.; Iguatemi Empresa de Shopping Centers S/A; Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas; Br-Capital Distribuidora de Títulos de Valores Mobiliários S/A; e Niad Administração Ltda.
Data de publicação do julgamento:	6.09.2016
Ementa:	Processo Administrativo. Restrição vertical. Art. 20, inciso I, e art. 21, incisos IV e V, ambos da Lei nº 8.884/94 (com correspondência no art. 36 da Lei nº 12.529/11). <i>Shopping centers</i> tradicionais da cidade de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Imposição de cláusula de raio aos lojistas nos contratos de locação de espaço comercial de <i>shopping center</i> . Análise sob a regra da razão. Relação assimétrica entre lojista-locatário e shopping-locador. Ausência de razoabilidade nas dimensões das cláusulas. Vigência indeterminada. Dimensão geográfica imposta unilateralmente pelo <i>shopping</i> locador. Objetos amplos. Marca e ramo de atividade. Sujeitos não locatários. Imposição de multa. Pareceres convergentes da SG, ProCADE e MPF pela condenação. Condenação das administradoras que assinavam contratos. Pelo arquivamento em relação aos condomínios que não assinavam contratos de locação.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo em relação aos Representados Condomínio Civil Shopping Center Iguatemi Porto Alegre, Condomínio Shopping Moinhos, Shopping Rua da Praia Ltda., e a condenação dos Representados Administradora Gaúcha de Shopping Center Ltda., Isdralit Indústria e Comércio Ltda., Iguatemi Empresa de Shopping Center S.A., Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda., Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas,

	Bourbon Administração, Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda., Companhia Zaffari Comércio e Indústria, Niad Administração Ltda. e BR-Capital Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, nos termos do voto do Conselheiro Relator.
--	--

CASO 34	
Processo:	08700.003636/2016-01
Tipo:	Finalístico: Ato de Concentração Ordinário
Data de Registro:	11/05/2016
Conselheiro(a) Relator(a):	Alexandre Cordeiro
Interessados:	Requerentes: Legion Consumer Assets I LLC e União de Lojas Leader S.A.
Data de publicação do julgamento:	2.08.2016
Ementa:	Ato de Concentração. Rito ordinário. Aquisição da totalidade de ativos da União Lojas Leader S.A pela Legion Cosumer Assets I LLC. Aprovação sem restrições pela Superintendência-Geral. Despacho de Avocação para instrução complementar do caso. Fundamentos da avocação pautados em dúvidas quanto ao mercado relevante; possível pratica de <i>gun jumping</i> e ausência de prejuízo às Requerentes. Análise ampla da SG por cestas-padrão de produtos e por linhas de produtos. Definição tradicional de mercado relevante eficaz. Definição conservadora subsidiária. Provas para arguição de <i>gun jumping</i> que não demonstram a concretização prévia da operação, mas atos permitidos pelo CADE. Voto pela não homologação do despacho de avocação, para confirmar a decisão da SG, nos termos do artigo 131, inciso I do RICADE.
Resultado do julgamento:	Plenário, por maioria, confirmou a decisão da Superintendência-Geral pela aprovação da operação sem restrições, com a consequente não homologação do Despacho 10/2016/GAB2/CADE, da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, referente a avocação do processo. Manifestou-se pela homologação do despacho o Conselheiro João Paulo de Resende.

CASO 35	
Processo:	08700.010790/2015-41
Tipo:	Finalístico: Ato de Concentração Ordinário
Data de Registro:	27/10/2015
Conselheiro(a) Relator(a):	João Paulo de Resende
Interessados:	Requerentes: Banco Bradesco S.A., HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo e HSBC Serviços e Participações Ltda. Terceiros Interessados: Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários, Financeiros e Empresas do Ramo Financeiro de Curitiba e Região
Data de publicação do julgamento:	14.06.2016
Ementa:	Ato de Concentração. Lei nº 12.529/2011. Requerentes: HSBC Brasil e Banco Bradesco S.A. Produtos e serviços financeiros e não financeiros. Sindicato admitido como Terceiro Interessado: denúncia de <i>gun jumping</i> e pedido de manutenção dos empregos como eficiência global da operação não acolhidos. Ambiente concorrencial caracterizado por elevada concentração, alto nível de rentabilidade e limitado grau de concorrência. Mercado geográfico local. Preferência pela análise individualizada do mercado de produto em vez de análise por <i>clusters</i> . Sobreposição horizontal. Aplicação de filtros quantitativos de <i>screening</i> (UPP, GUPPI e CPPI). Possibilidade de exercício de poder de mercado. Elevadas barreiras à entrada, rivalidade limitada e incentivos ao exercício de poder coordenado. Probabilidade de exercício de poder de mercado.

	Nível de eficiências insuficiente para compensar provável elevação de preços. Remédios comportamentais. Obrigação de "não comprar". Incentivo à portabilidade de crédito. Aprovação com restrições. Acordo em Controle de Concentrações (ACC).
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, conheceu da operação e aprovou-a condicionada à celebração e ao cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

CASO 36	
Processo:	08700.011836/2015-49
Tipo:	Finalístico: Apuração de Ato de Concentração
Data de Registro:	01/12/2015
Conselheiro(a) Relator(a):	Paulo Burnier da Silveira
Interessados:	Representante: CADE ex officio Representadas: Technicolor S/A e Cisco Systems, Inc
Data de publicação do julgamento:	26/01/2016
Ementa:	Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração (APAC). Análise de operação de notificação obrigatória: aquisição de controle e ativos. Consumação da operação em desacordo com o art. 88, §3º, da Lei 12.529/2011 e o art. 1º, inciso I, da Resolução nº 13/2015 do CADE. <i>Gun jumping</i> . Operação mundial de compra de parte da Cisco pela Technicolor. Mercado de desenvolvimento de tecnologia para banda larga e outros. Acordo. Reconhecimento de infração. Contribuição pecuniária no valor de R\$ 30.000.000 (trinta milhões de Reais).
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, reconheceu a ocorrência de infração ao art. 88, §3º, da Lei nº 12.529/2011 e homologou o Acordo em Controle de Concentrações - ACC proposto pelas Representadas, nos termos do voto do Conselheiro Relator

CASO 37	
Processo:	08700.001437/2015-70
Tipo:	Finalístico: Ato de Concentração Ordinário
Data de Registro:	03/03/2015
Conselheiro(a) Relator(a):	Paulo Burnier da Silveira
Interessados:	Requerentes: Dabi Atlante S.A. Indústrias Médico Odontológica e Gnatus Equipamentos Médico-Odontológicos Ltda
Data de publicação do julgamento:	02.12.2015
Ementa:	.Ato de Concentração. Operação realizada no Brasil. Procedimento ordinário. Fusão entre empresas Dabi Atlante S/A Indústrias Médico Odontológica e Gnatus Equipamentos Médico-Odontológicos Ltda. Rito da Lei n.º 12.529/2011. Conhecimento da operação com base no artigo 88, incisos I e II, da Lei 12.529/2011 e da Portaria interministerial n.º 994/2012. Prazo de apreciação pelo CADE: 267 dias corridos. Taxa processual recolhida. A empresa Sirona Dental Comércio de Produtos e Sistemas Odontológicos Ltda. figura como terceiro interessado. Mercado relevante de produtos odontológicos. Mercado relevante geográfico nacional. Concentração horizontal. Parecer da SG pela impugnação da operação. Nota Técnica do DEE. Manifestação das Requerentes de oposição à impugnação da SG. Aprovação condicionada à celebração de Acordo em Controle de Concentrações. Medidas estruturais e comportamentais.

Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, conheceu da operação e aprovou-a condicionada à celebração e ao cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações, nos termos do voto do Conselheiro Relator.
--------------------------	---

CASO 38	
Processo:	08700.006567/2015-07
Tipo:	Finalístico: Ato de Concentração Ordinário
Data de Registro:	26/06/2015
Conselheiro(a) Relator(a):	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo
Interessados:	Requerentes: Ball Corporation e Rexam PLC Terceiros Interessados: Ambev S.A., Brasil Kirin Indústria de Bebidas Ltda., Cervejaria Petrópolis S.A., Crown Embalagens Metálicas da Amazônia S.A., Can-Pack S.A., Cervejarias Kaiser Brasil S.A.
Data de publicação do julgamento:	15.12.2015
Ementa:	Ato de Concentração. Operação realizada no Brasil e no exterior. Procedimento ordinário. Aquisição da totalidade do capital social da Rexam pela Ball. Terceiros interessados habilitados no processo. Mercado relevante de latas de alumínio para bebidas de dimensão regional. Sobreposição horizontal. Impugnação da operação pela Superintendência-Geral. Exercício de poder de mercado considerado possível e provável. Ausência de eficiências. Aprovação condicionada à assinatura e cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações. Desinvestimento.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, conheceu da operação e aprovou-a condicionada à celebração e ao cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

CASO 39	
Processo:	08012.012032/2007-13
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	26/09/2007
Conselheiro(a) Relator(a):	Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior
Interessados:	Representante: Ministério Público Federal Representados: Comitê de Integração das Entidades de Representação dos Médicos e dos Estabelecimentos Assistenciais de Saúde - CIER - Saúde, Instituto do Sangue Ltda., Hemolabor Hematologia e Laboratório de Pesquisa Clínicas, Instituto de Hemoterapia de Goiânia, Associação de Combate ao Câncer em Goiás - Banco de Sangue do Hospital Araújo Jorge, Banco de Sangue Modelo de Anápolis e Associação Brasileira de Sangue - ABBS
Data de publicação do julgamento:	22.09.015
Ementa:	Processo Administrativo. Prática de uniforme de preços em acordo com concorrentes. Bancos de sangue privados. Cartel. Imposição em bloco, a operadoras de planos de saúde, de preços e condições de contratos homogêneos. Boicotes a operadoras de planos de saúde. Mercados relevantes de prestação de serviços hemoterápicos na área metropolitana de Goiânia/GO. Pareceres da SG, da ProCADE e do MPF convergentes pela condenação. Condenação, conforme art. 20, incisos I, II e IV, e no art. 21, incisos I, II, V e X, ambos da Lei 8.884/94.
Resultado do julgamento:	Plenário, por unanimidade, determinou a condenação dos Representados Instituto do Sangue Ltda., Instituto de Hematologia de Goiânia Ltda., Banco de Sangue Goiano, Hemolabor Hematologia e Laboratório de Pesquisa Clínicas, Instituto de Hemoterapia de Goiânia, Associação de Combate ao Câncer em Goiás - Banco de Sangue do Hospital Araújo Jorge e Banco de Sangue Modelo de Anápolis pela

	prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, incisos I, II e IV, e no art. 21, incisos I, II, V e X, ambos da Lei 8.884/94, determinando que, além de multa, a Associação Brasileira de Bancos de Sangue - ABBS: a) abstenha-se de promover negociações coletivas que tenham por objeto reivindicações que visem a uniformizar preços e/ou condições de prestação de serviços médicos, uma vez que cada banco de sangue deverá entabular sua própria negociação com as operadoras de planos de saúde; b) abstenha-se de promover, apoiar ou fomentar movimentos de boicote, paralisação coletiva de atendimentos aos beneficiários de planos de saúde por tempo longo ou indeterminado ou descredenciamentos em massa; c) abstenha-se de impedir ou dificultar a negociação direta e individual de honorários entre bancos de sangue e operadoras de planos de saúde ou entre hospitais e médicos; d) disponibilize síntese desta decisão na página principal de seu sítio eletrônico por 30 (trinta) dias corridos, de forma visível e legível, a contar da data da publicação da decisão, comprovando tal divulgação perante o CADE ao final dos 30 (trinta) dias; e) divulgue aos associados o teor da presente decisão, por qualquer meio a sua escolha e de forma eficaz, comprovando tal divulgação perante o CADE no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação da decisão; tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator
--	--

CASO 40	
Processo:	08700.009988/2014-09
Tipo:	Finalístico: Ato de Concentração Ordinário
Data de Registro:	25/11/2014
Conselheiro(a) Relator(a):	Márcio de Oliveira Júnior
Interessados:	Requerentes: Tigre S.A. - Tubos e Conexões e Condor Pinceis Ltda.
Data de publicação do julgamento:	09.09.2015
Ementa:	Ato de Concentração. Operação realizada no Brasil. Procedimento ordinário. Aquisição do negócio de pintura e acessórios do Grupo Condor (Condor Pinceis Ltda.) pela Tigre S.A. - Tubos e Conexões (pertencente ao Grupo Tigre). Rito da Lei 12.529/2011. Conhecimento da operação com base no artigo 88, incisos I e II, da Lei 12.529/2011. Prazo de apreciação pelo CADE: 239 dias corridos. Taxa processual recolhida. Parecer da SG pela impugnação da operação. Mercado relevante de pincéis, trinchas, broxas e escovas, acessórios para pintura e rolos. Mercado relevante geográfico nacional. Sobreposições horizontais nos mercados de pincéis, trinchas, broxas e escovas, acessórios e rolos. Possibilidade de exercício de poder de mercado nos mercados de pincéis, trinchas, broxas e escovas, acessórios e rolos. Ausência de integração vertical. Pareceres do DEE pela não aprovação da operação tal como apresentada, com rejeição das eficiências trazidas pelas Requerentes. Parecer da Superintendência-Geral pela impugnação da operação. Rivalidade apenas nos mercados trinchas, broxas e escovas, acessórios e rolos. Probabilidade de exercício de poder de mercado em pincéis. Eficiências apresentadas pelas Requerentes e rejeitadas. Ausência de repasse ao consumidor. Ausência de verificabilidade e mensurabilidade por mercado. Cláusula de não-concorrência em conformidade com a jurisprudência do CADE. Reprovação. Necessidade de remédios estruturais e de remédios comportamentais.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, conheceu da operação e não a aprovou, nos termos do voto do Conselheiro Relator

CASO 41	
Processo:	08012.000456/2012-94
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	18/01/2012
Conselheiro(a) Relator(a):	Márcio de Oliveira Júnior

Interessados:	Representante: SDE ex officio Representados: Sindicato das Empresas de Conservação, Manutenção e Instalações de Elevadores do Estado de São Paulo - SECIESP
Data de publicação do julgamento:	26.05.2015
Ementa:	Processo Administrativo. Influência à adoção de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes. Prestação de serviços de modernização, manutenção, conservação e reparo de elevadores. Troca de informações sensíveis, tentativa de uniformização de conduta dos prestadores de serviços de modernização, manutenção, conservação e reparo de elevadores no município de São Paulo/SP. Mercado relevante de prestação de serviços de manutenção de elevadores em São Paulo/SP. Pareceres da SG, da ProCADE e do MPF convergentes pela condenação. Condenação do representado, conforme art. 20, inciso I, e art. 21, inciso II, ambos da Lei 8.884/94.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, não conheceu dos embargos de declaração interpostos por Jomar Miguel Alegre Cardoso. O Plenário, por unanimidade conheceu dos Embargos de Declaração interpostos pelo Sindicato das Empresas de Conservação, Manutenção e Instalação de Elevadores do Estado de São Paulo - SECIESP e, no mérito, negou-lhes provimento, nos termos do voto do Conselheiro Relator

CASO 42	
Processo:	08700.008607/2014-66
Tipo:	Finalístico: Ato de Concentração Ordinário
Data de Registro:	13/10/2014
Conselheiro(a) Relator(a):	Márcio de Oliveira Júnior
Interessados:	Requerentes: GlaxoSmithKline PLC. e Novartis AG
Data de publicação do julgamento:	03.03.2015
Ementa:	Ato de Concentração. Operação com efeitos no Brasil. Procedimento ordinário. Criação de <i>joint venture</i> relacionada ao negócio de medicamentos OTC entre a Novartis e a GSK. Rito da Lei 12.529/2011. Conhecimento da operação com base no artigo 88, incisos I e II, da Lei 12.529/2011. Prazo de apreciação pelo CADE: 134 dias corridos. Taxa processual recolhida. Parecer da SG pela aprovação da operação condicionada à celebração de Acordo em Controle de Concentrações. Ausência de Instrução Complementar. Produção e comercialização de medicamentos sem prescrição. Mercado geográfico de dimensão nacional. Sobreposição horizontal nos mercados de Antifúngicos Dermatológicos para Uso Tópico, Analgésicos Não-narcóticos e Antipiréticos de Venda Livre e Produtos Antitabagismo. Classes ATC D1A1, N2B2 e N7B. Ausência de integração vertical. Probabilidade de exercício de poder coordenado de mercado. Cláusula de não-concorrência em conformidade com a jurisprudência do CADE. Aprovação condicionada ao cumprimento de ACC.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, conheceu da operação e aprovou-a condicionada à celebração e ao cumprimento do Acordo em Controle de Concentração anexo ao voto, nos termos do voto do Conselheiro Relator

CASO 43	
Processo:	08700.004185/2014-50
Tipo:	Finalístico: Ato de Concentração Ordinário
Data de Registro:	20/05/2014
Conselheiro(a) Relator(a):	Ana Frazão
Interessados:	Requerentes: Continental Aktiengesellschaft e Veyance Technologies, Inc.

Data de publicação do julgamento:	04.02.2015
Ementa:	Ato de Concentração. Hipótese prevista no art. 88, incisos I e II, da Lei n.º 12.529/2011. Aquisição do controle da “Veyance” pela “Continental”. Sobreposição horizontal nos mercados de molas pneumáticas para veículos de carga pesada de peças originais, molas pneumáticas para veículos de carga pesada de peças de reposição, correias transportadoras pesadas de tecidos, correias transportadoras pesadas de cabos de aço, correias de transmissão de potência para produtos automotivos originais, correias de transmissão de potência para produtos automotivos de reposição, correias de transmissão de potência para o segmento industrial e mangueiras industriais de borracha. Probabilidade de exercício de poder de mercado nos mercados de molas pneumáticas para veículos de carga pesada de peças originais e correias transportadoras de cabo de aço. Integração vertical entre mangueiras automotivas a granel para ar condicionado e mangueiras automotivas adaptadas para ar condicionado. Inexistência de risco de fechamento de mercado. Impugnação da operação pela Superintendência Geral perante o Tribunal do CADE. Impossibilidade de aprovação sem restrições diante dos significativos riscos concorrenciais existentes. Acordo em Controle de Concentração – ACC.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, conheceu da operação e aprovou-a condicionada à celebração e ao cumprimento do Acordo em Controle de Concentração anexo ao voto, nos termos do voto do Conselheira Relatora.

CASO 44	
Processo:	08012.006450/2000-97
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	30/11/2000
Conselheiro(a) Relator(a):	Eduardo Pontual
Interessados:	Representantes: Pepsico&Cia Representadas: Recofarma Indústria do Amazonas Ltda e SPAL Indústria de Refrescos S/A
Data de publicação do julgamento:	23 de dezembro do 2013
Ementa:	EMENTA: Processo Administrativo. Apuração de indícios de conduta anticoncorrencial passível de enquadramento no art. 20, incisos I e II, e art. 21, caput e inciso V, da Lei no 8.884/94. Análise econômica concluiu pela não ocorrência de efeitos anticoncorrenciais da conduta investigada. Ausência de provas. Pareceres da SEAE, SDE, SG, ProCADE convergentes. Arquivamento.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

CASO 45	
Processo:	08000.026056/1996-30
Tipo:	Finalístico: Averiguação Preliminar
Data de Registro:	30/10/1996
Conselheiro(a) Relator(a):	Luiz Carlos Delorme Prado
Interessados:	Representante: Oxigases Ltda. Representado: White Marfins Gases Industriais S.A.
Data de publicação do julgamento:	2 de fevereiro de 2007
Ementa:	Recurso de ofício em Averiguação Preliminar. Apuração de possíveis condutas infringentes à ordem econômica passíveis de enquadramento no art. 20 c/c art. 21 da

	Lei nº 8.884/94. Ilícito anticoncorrencial e crime de concorrência desleal Extrapola a esfera privada e fere a ordem econômica a conduta que atinja os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, caracterizando interesse difuso, de natureza pública. Não provimento do recurso em função da insuficiência de provas.
Resultado do julgamento:	Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, conhecer do presente Recurso de Ofício em Averiguação Preliminar, negando-lhe provimento, determinando seu arquivamento, nos termos do voto do Relator.

CASO 46	
Processo:	08012.005727/2006-50
Tipo:	Finalístico: Averiguação Preliminar
Data de Registro:	29/05/2006
Conselheiro(a) Relator(a):	César Costa Alves de Mattos
Interessados:	Representante; Ministério Público Federal do Estado de Minas Gerais Representada: Alcoa Alumínio S.A.
Data de publicação do julgamento:	30/04/2010.
Ementa:	EMENTA: Recurso de ofício em Averiguação Preliminar. Suposta prática de: i) sham litigation, por meio de depósitos de registro de desenho industrial (DI) junto ao INPI, sem requisito de novidade, no segmento de perfis de alumínio destinados a portas e janelas; ii) enganiosidade na distribuição de comunicados ao mercado, em que a representada estaria acusando as concorrentes de prática de pirataria em face de perfis dos quais sequer detinha direito patentário; e recusa de venda, tudo nos termos do art. 2º, II, c/c art. 21, IV e XIII, da Lei 8.884/94. Infrações não configuradas. Exames de mérito dos registros de DI realizados pelo INPI. Comunicado defende direito de linhas de perfis de marcas pertencentes à própria representada. Acusação de recusa de venda insubsistente. Voto pelo arquivamento.
Resultado do julgamento:	O Plenário, por unanimidade, negou provimento ao recurso de ofício e determinou o arquivamento da averiguação preliminar, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

CASO 47	
Processo:	08012.005335/2002-67
Tipo:	Finalístico: Processo Administrativo
Data de Registro:	05/08/2002
Conselheiro(a) Relator(a):	Paulo Burnier da Silveira
Interessados:	Representante: Editora Nova Atenas Ltda. e Ponto da Arte Editora Ltda. Representado: Ediouro Publicações S.A.
Data de publicação do julgamento:	Não se aplica
Ementa:	Não se aplica
Resultado do julgamento:	Caso resolvido por meio de TCC (Processo nº 08700.003082/2016-34)