

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONCORRÊNCIA LEAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Isabela Esteves TEMPORIM¹
Juliana Viotto CARNELÓS²

RESUMO: O presente trabalho se propôs a verificar como ocorre a prática da concorrência leal e a prática da concorrência desleal, já enraizada na cultura brasileira, fazendo uma abordagem histórica e identificando os fatores que estão atrelados uma a outra. Também, ocupou-se de verificar definições e pressupostos de existência daquele que se utiliza dessa prática, bem como os atos indevidos no comércio. Em seguida, uma passagem pelas consequências dos atos, destacando a importância de se manter a atividade empresarial imaculada de condutas imorais e ilegais para que prevaleça o bem estar da ordem econômica e do desenvolvimento do país.

Palavras-chave: Concorrência. Concorrência Desleal. Direito Empresarial. Empresário. Conduta Anticoncorrencial.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo tecer considerações sobre o importantíssimo ramo do direito empresarial tido pela concorrência. Com uma análise do desenvolvimento histórico da concorrência e de seu significado, o trabalho então se dedica a dispor a respeito da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse momento, as disposições legais constitucionais e de leis infraconstitucionais ganham importância para a discussão, quando se coloca em pauta o tratamento dado pela lei ao tema na atualidade brasileira.

Em seguida, o presente artigo busca adentrar na especificidade da concorrência leal e de seu significado tanto em matéria teórica quanto em matéria

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. bela.esteves@hotmail.com

² Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. julianaviotto@hotmail.com

legal, para que o próximo tópico possa discorrer sobre a concorrência desleal, seu significado e as penalidades para quem se vale de tal prática.

Finalmente, coloca suas considerações finais, sendo que a metodologia do trabalho constituiu-se sobre a pesquisa bibliográfica, usando os métodos indutivos e dedutivos e extraindo-se algumas das conclusões pelo método dialético.

2 DA CONCORRÊNCIA

Mais do que aparenta quando se fala em direito empresarial, o tema é ao mesmo tempo que rico, intrincado e deve ser tido com o devido cuidado. Lidar com o direito empresarial significa lidar com uma significativa parte da vida do homem moderno. Quando se entra no tema, tem-se disposto a regulamentação a respeito da atividade econômica e a tentativa de regulamentação do caráter competitivo do ser humano.

A atividade econômica sempre existiu na vida em sociedade. Da mais simples exploração da natureza de quando era nômade, a criatura humana evoluiu e tornou-se produtora, com a descoberta da criação de animais e da agricultura. O sedentarismo e a produção estimularam então a melhoria de instrumentos para o aprimoramento das atividades que estavam sendo realizadas.

Cada vez mais aprimorada, a sociedade que ali se constituía passou a trabalhar com um excedente de produção. De início, esse excedente significava uma moeda de troca, visto que com a diversificação de atividades possíveis, cada qual especializa-se no que era cabível.

Contudo, a atribuição de um valor simbólico na troca de cada um dos itens excedentes desencadeou a divisão entre os indivíduos da sociedade, e é na tentativa de sanar os efeitos prejudiciais de uma fragmentação na comunidade que surge o Estado. Este, ente superior, é a forma de organização política encontrada pelo homem com o intuito de manter ordem e harmonia.

O homem passou por diversos momentos para chegar ao seu momento atual. Dos escravos, passando pela sociedade feudal até o comércio

burguês, que finalmente lança as bases do capitalismo comercial que hoje se conhece, que evolui, até hoje, todos os dias.

Constituindo-se a economia pelos tópicos como excedentes e negociações de venda, produção, trabalho, salário e livre arbítrio sobre o que cada um faz com a sua moeda de troca, o direito teve que inovar para acompanhar as mudanças sociais.

Durante o período que permeou a Segunda Guerra Mundial e a Guerra Fria, o mundo dividiu-se em um polo capitalista e outro, socialista. O predomínio do capitalismo demonstrou conflito entre suas próprias facetas. O liberalismo desenfreado não foi eficaz, ao mesmo tempo que o intervencionismo exacerbado do Estado nas ações privadas gerou as mais diversas crises econômicas.

É por fim que a medida de equilíbrio está novamente no liberalismo, com o cuidado de que não seja manifestado ao mesmo modo que o liberalismo clássico (COELHO, 2015, p. 23). A reliberalização é, sobretudo, acompanhada do direito.

Como dispõe Fábio Ulhoa Coelho (2015, p. 23)

A crescente complexidade da economia e da própria vida, a necessidade de se evitarem ao máximo as periódicas crises do capitalismo e a política afastam, de qualquer cenário projetado, o ressurgimento do estado do *laissez-faire*. A alteração que a reliberalização em curso provavelmente projetará no direito deve ser igualmente restrita.

Assim, notável após experiências práticas de que é preciso uma regulamentação por parte do Estado, mas não um intervencionismo de modo a colocar todo o poder em suas mãos. A fiscalização estatal sobre algumas condutas humanas é necessária para que o *id* freudiano de cada um não tome a frente.

Pela sensibilização do tema, claro fica que as atividades econômicas são especialmente afetadas por essa necessidade de regulamentação. Um ponto sensível dentro do tema e que permeia a ação da atividade econômica e que merece destaque é a concorrência - intrínseca ao ser humano e que deve ser observada constantemente pelo Grande Olho.

A concorrência é um fenômeno econômico, marcada pela disputa, pela competição sobre o mercado econômico. Parte da vida humana, a concorrência estava presente nos percalços do liberalismo e de uma economia centralizadora, até que se encontrasse um equilíbrio entre a liberdade do particular e o intervencionismo do Estado.

Sua evolução seguiu a lógica dos modelos de administração política e intervencionismo estatal da época, assim como dos meios de produção que se desenvolvem. O direito então se preocupa em "regular esse fenômeno de natureza complexa e pluridimensional, a competição, para assegurar-lhe um caráter de lealdade (...)" (BAPTISTA, 1996, p. 5).

Após tanto mudar e evoluir, interessa saber como que concorrência se dispõe no ordenamento jurídico brasileiro, e como o legislador optou por regular as matérias que a envolva.

2.1 A Concorrência Vigente no Brasil

O Direito Empresarial é tido pelo estudo doutrinário e pela prática forense como um dos ramos mais entranhados do direito geral. Não visa, como parece, apenas o estudo da figura do empresário, mas sim toda a complexidade de estudos ligados a atividade empresarial e seu desenvolvimento.

A sua diversificação se mostra em suas subdivisões, como por exemplo o direito cambiário, que visa o estudo dos títulos de crédito; o direito societário, que qualifica as sociedades empresariais; o direito falimentar, que cuida das soluções para insolvência empresarial e da Falência e Recuperação de Empresas; o direito de propriedade industrial e intelectual, que carrega a regulamentação jurídica a respeito de patentes e marcas; e o direito da concorrência.

A Constituição Federal vigente, em seu Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), traz logo em seu capítulo I os chamados "Princípios Gerais da Atividade Econômica". Dispostos nos artigos 170, caput e inciso IV, e 173, §§3º e 4º, seus vetores e fundamentos são marcados pela característica da livre iniciativa, com o cuidado para que seja exercida dentro dos limites e sem a prática de atos que visem concentração de mercado de maneira desleal.

Assim encontram-se

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

(...)

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

(...)

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

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

(...)

Notável pois as peculiaridades que o direito concorrencial carrega. Tais detalhes existem pela sua característica de o Estado estar regulamentando a atividade econômica privada com a justificativa de fiscalização, para assegurar que os participantes das atividades econômicas exerçam seus objetivos e compromissos dentro da lei, não se utilizando de meios ilícitos e desleais.

Nesse sentido, a legislação concorrencial é capaz de relacionar, por exemplo, o equilíbrio do mercado com a variedade que permeia o custo de produção. Resta lógico que ao se obter na realização das atividades econômicas boas condutas e convivência, o objetivo da legislação concorrencial será atingido, para que não haja excessos e abusos dentro da economia..

Assim trata Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2011)

A proteção à livre concorrência está diretamente ligada à existência de uma economia de mercado (...). Justamente para atuar na prevenção e repressão do chamado abuso de poder econômico que existem mecanismos institucionais que visam garantir uma ampla e justa competição. Assim, a Constituição indica que o poder econômico pode existir, mas dele não pode decorrer o abuso.

No Brasil, a base legal do direito de concorrência era, até novembro de 2011, a Lei 8.884/1994. Foi modificada pela atual 12.529/2011, que cuida da estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que guarda em seu bojo a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica brasileira.

Junto do conhecido SBDC, atua o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - o CADE -, e também a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, cada qual com suas atribuições previstas na Lei.

Aqui, merece destaque especial o CADE, sendo uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Derivado da responsabilidade do Poder Executivo, tem capacidade para investigar e decidir em última instância sobre matéria concorrencial, como também zela pela livre concorrência de mercado e procura distribuir a conscientização sobre a necessidade a sua não violação.

3 CONCORRÊNCIA LEAL

É possível dizer que o ordenamento jurídico brasileiro aborda a concorrência em aspecto individual e institucional. Quando individual, dizem respeito à atividade que é desenvolvida pelos concorrentes - à clientela, à propriedade industrial, com fulcro em outros ramos do direito como o que se dedica ao direito privado e ao direito penal.

Quando institucional, diz respeito as práticas que estão ligadas à livre concorrência e livre iniciativa. As infrações a essas determinações provocam a ordem econômica e as estruturas de mercado, e por isso, são de caráter institucional, com prejuízo maior a coletividade.

Para que seja possível existir a concorrência na atividade econômica, é preciso que se configure um cenário no qual empreendedores disputem a mesma clientela de um mercado, o que significa produtos de mesma natureza mas de diferentes fontes, com potencial de venda.

Como todo empreendedor deseja naturalmente que o seu produto seja o mais comercializado, a concorrência apresenta uma conduta leal quando todos os envolvidos observam as disposições legais e morais, todas regadas pela boa-fé, que deve ser a base dos competidores entre si e, também, diante de seus consumidores.

Fonte de renda, é preciso que o empresário se valha de sua atividade empresarial com lealdade, visto que a concorrência leal estimula uma melhor prestação de bens e serviços a toda comunidade ao mesmo tempo em que gera o faturamento e lucro.

Para que se possa falar em concorrência leal, é preciso que antes de tudo o empresário siga as regras instituídas em lei. É preciso que tenha seu devido registro perante a Junta Comercial, apresente seus balanços devidos, sendo também submetido ao crivo do CADE em análise de requisitos implícitos da concorrência leal.

É também pela letra da lei expressamente proibido qualquer tipo de ato que signifique concentração da atividade, com o objetivo de eliminar a concorrência do mercado relevante, e que também possam criar uma dominação de mercado.

Apesar disso, como o objetivo é sempre a melhor prestação de serviços que vise a comunidade, tais atos podem ser realizados quando, dentro do limite do respeito que a lei busca, visar aumentar a produtividade ou competitividade para melhora da economia, com beneficiamento da qualidade dos bens e serviços prestados.

A lei segue no raciocínio da permissão quando também forem assegurados o desenvolvimento tecnológico e econômico, sendo estes sempre repassados ao consumidor. Quando por exemplo um dos concorrentes nesse seguimento não transfere os benefícios relevantes ao consumidor, já não mais encontra-se a situação de concorrência leal.

Claro fica que o que se busca com a permissão de certas condutas que de primeiro são tidas como proibidas pela lei é uma busca pela economia saudável e harmoniosa, não cabendo o uso dessa premissa como tentativa de monopolizar algum segmento econômico.

Pela letra da Lei 12.529/2011, algumas sessões do dispositivo 88 são importantes referente ao mencionado

Art. 88. (...)

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

§ 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

(...)

Nesse sentido, as condutas que permeiam uma concorrência leal devem ser pautadas no respeito a boa-fé, aos consumidores, aos demais que se dedicam a atividade econômica e, também, ao respeito que o próprio empresário deve ter por sua sociedade empresária.

4 CONCORRÊNCIA DESLEAL

A concorrência leal vincula-se ao princípio da correlação profissional, o que significa que a execução de cada profissão sofre vinculação à idiosincrasia. Todas as profissões jurídicas estão ligadas a um complexo comportamento que devem compreender a ética, moral, caráter e escrúpulo de cada indivíduo.

Não diferente, o princípio rege as relações jurídicas empresariais no que diz respeito a realizar um trabalho com justiça, sem esquecer dos interesses das pessoas que servem vinculado aos seus, como no que se diz respeito a agir de modo ético para que a coletividade não reste desamparada.

A deontologia é um ramo da filosofia que se dedica ao estudo dos deveres e da moral, de modo que cada indivíduo norteia-se através dessa moral ao decidir o que deve ser feito. O princípio da correção profissional está intrinsecamente ligado a esse estudo, e não longe, a atuação forense e do empresário.

A correção se ajuiza ao profissional que atua corretamente, protegendo não apenas seu próprio interesse, mas também o de todos aqueles que direta ou

indiretamente estão a ele vinculados. Não sem razão, o princípio se aplica as atividades empresariais, como já frisado.

Como nas atividades empresariais, o ramo da concorrência é atingido de maneira frequente pela discussão a respeito de comportamentos éticos, morais e legais. A concorrência desleal pode se apresentar desde a materialização do negócio como para mantê-lo, evitando atingir potenciais concorrentes.

Ao atingir tais concorrentes, o empresário que está se valendo de uma conduta desleal pode tanto afetar o negócio dos demais empresários diretamente como atingir seus clientes, o que reflete muitas vezes irreversivelmente em empresa alheia.

Para aquele que pratica a conduta desleal, pouco preocupa-se dos meios pelos quais irá atingir seu resultado - se pelo prejuízo de outros empresários, clientes, administração pública e toda a sociedade. O importante é que este seja atingido e que a sua atividade empresarial e objetivos pessoais destaque-se dos demais.

Ocorre com frequência que a concorrência desleal leva à prática de infrações de ordem econômica, e essa situação permite aplicação de sanção nos dois âmbitos, tanto civil como penal.

Como bem põe Fábio Ulhoa Coelho (2015, p. 260, 261), a livre iniciativa é composta pelo dever de respeitar. Não é simples ainda que se diferencie a concorrência leal da desleal.

O que torna um empresário um concorrente desleal é o meio para suas finalidades. Valendo-se de meios inidôneos, pratica concorrência desleal que pode ser tanto a tida como específica (de tipificação penal das condutas) como genérica (de responsabilidade extracontratual).

4.1 Penalidades Previstas em Lei às Condutas Anticoncorrenciais

A violação às disposições legais que se referem à ordem econômica está diretamente vinculada a ilícitos administrativos. As penalidades podem ser de dois tipos, conhecidas como as de natureza pecuniária e as de natureza não pecuniária.

As sanções de natureza pecuniária são as que se referem a uma multa aplicada para a pessoa jurídica direito empresarial. O critério para a aplicação do valor da multa baseia-se no faturamento bruto da sociedade empresária, que é aplicada também ao administrador da pessoa jurídica como pessoa física, com base nas referências de multa aplicada a que estava sob sua gerência.

A sanção pecuniária tem por objetivo punir o abuso do poder econômico que pode ser realizado tanto pela pessoa jurídica como por pessoa física, e até pessoa jurídica não empresarial, como no caso de um ente despersonalizado (aqui, o valor fixo independente do faturamento bruto, já que não têm finalidade lucrativa).

São definidas de regra pelo faturamento bruto pois é justamente o aumento do faturamento e dos lucros que levam à prática das condutas anticoncorrenciais. Coibi-las repressivamente deve significar que o intuito de quem as pratica não pode ser concretizado.

As sanções de cunho não pecuniário, por sua vez, visam coibir que aquele que a praticou seja reprimido de modo que não volte a reincidir. Envolvem situações como a publicação sobre a prática anticoncorrencial, inserção dos dados de quem realiza a prática no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor e a proibição de participar de licitações, por exemplo.

Visam aqui não mais atingir o faturamento de uma sociedade empresária, e sim expor socialmente a prática de conduta anticoncorrencial para que o consumidor não estimule nem seja mais atingido pelo concorrente desleal.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou tecer considerações a respeito da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, realizou-se uma passagem histórica sobre a origem da concorrência e de seu significado.

Em seguida, ocupou-se de tratar do que significa a concorrência no ordenamento jurídico nos dias de hoje, incluindo quais são os órgãos responsáveis pela fiscalização das atividades empresariais e do comportamento de seus empresários.

O trabalho adentrou em seu bojo quando então trouxe a concorrência leal, para que em contrapartida, explicasse o que significa a concorrência desleal, suas bases e meios de identificação, para arrematar com as penalidades cabíveis para o concorrente desleal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Origens do Direito da Concorrência**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/buscalegis.pdf>>. Acesso em 22 de agosto de 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial. Direito de Empresa**. Vol 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. O que é o Cade?. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?63c344cc53b172c89c>>. Acesso em: 08 jun. 2013.

COSTA, Dahyana Siman Carvalho da. **Concorrência Desleal**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/concorr%C3%A2ncia-desleal>>. Acesso em 22 de agosto de 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito da Concorrência**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-da-concorrenca/7732>>. Acesso em 22 de agosto de 2017.

FRANCISCHINI, Nadialice. **Aspectos Gerais Sobre o Direito da Concorrência**. Disponível em <<http://revistadireito.com/aspectos-gerais-sobre-o-direito-da-concorrenca/>>. Acesso em 22 de agosto de 2017.

MENDES, Paulo Parente Marques. ALMEIDA JUNIOR, José Roberto de. **Concorrência Desleal - atos de imitação sem indução de erro**. Disponível em <<http://www.dibiasi.com.br/download/Concorrenca%20desleal%20Derechos%20Intelectuales.pdf>>. Acesso em 22 de agosto de 2017.

SOLON, Ari Marcelo. **A Concorrência Desleal na Lei de Propriedade Industrial**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI157937,101048-A+Concorrenca+Desleal+na+Lei+da+Propriedade+Industrial>>. Acesso em 22 de agosto de 2017.