

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE
INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA**

VICTOR GAMEIRO DRUMMOND

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Victor Gameiro Drummond; João Marcelo de Lima Assafim – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-611-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

O XXVII Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito - CONPEDI, ocorrido no final do primeiro semestre de 2018, em Salvador, Bahia, mesmo coincidindo com a abertura da Copa do Mundo da Rússia, e, na aurora da nova, e recém empossada, Representação da Área do Direito na CAPES, permitiu uma série de reflexões. Notadamente, além das preocupações regulatórias inerentes ao SNPG, aquelas outras, econômicas, relativas às políticas de desenvolvimento e, por que não dizer, ações anticrise.

O mês de junho do corrente ano não encerra, apenas, o primeiro semestre.

Reiterando o que dissemos antes, em outras oportunidades, mais que isso, o avanço do tempo recorda-nos do inexorável desafio de se enfrentar o dia seguinte – ou melhor, o biênio seguinte - com eventos de toda sorte, e, entre eles, alguns, que, por certo, foram não só desejados e esperados, mas, também, permitiram a realização de uma série de novos negócios. O país deve voltar a crescer. Em um passado próximo, consignei o fato de que o ano de 2016 marcara o nosso país pelo advento da realização dos Jogos Olímpicos, na cidade do Rio de Janeiro (Rio-2016). Assim como aconteceu quando da realização da Copa do Mundo de 2014, estes grandes eventos implicaram em uma relevante escala de negócios e, especialmente, no uso mais contundente da propriedade intelectual. Tais eventos – que implicam em surtos quantitativos de novos negócios - não ficaram restritos ao fenômeno midiático que, temporariamente, colocou o Brasil e o Rio de Janeiro, bem como outras cidades (como, por exemplo, Belo Horizonte, Brasília, Manaus e São Paulo – entre as 12 cidades sede da Copa do Mundo), no centro do mundo, mas, por um momento, foram capazes, sim, de provocar o incremento das oportunidades – e por quê não dizer, novos métodos de negócios. Mas, terminados ambos os marcos esportivos, pergunta-se: este ambiente propício aos negócios em torno do esporte permaneceu ou deixou algum fruto? Houve algum legado? Nessa hipótese, seriam consideradas, apenas, as incorporações imobiliárias de equipamentos e infraestrutura urbana (BRT, VLT, Metrô, Porto Olímpico, vias expressas, etc.)?

Por certo, presume-se haver algum legado cultural que transborde para o mundo dos negócios, e, por derivação, o do desenvolvimento. Pois bem, registrei, também, oportunamente, o fato de que muitos dos novos métodos de negócios realizados a partir de

grandes eventos nascem de inovações no âmbito da nova economia (ancorada na rede mundial de computadores). Tais negócios não têm sentido – do ponto de vista do plano de negócio ou business plan - sem o uso, não só estratégico, mas, sobretudo, comercial, da propriedade intelectual quando do desenvolvimento de produtos e serviços inovadores. As plataformas digitais, por certo, estão no centro da nova economia e, com efeito, aceleram o empuxo da, assim denominada, quarta revolução industrial (para alguns autores, já a quinta). A concorrência dinâmica dos mercados de inovação não pode ser ignorada pelas políticas de inovação nem pelo novo ambiente negocial. Nesse sentido, a intervenção do Estado é relevante, seja pela indução à inovação, seja pela regulação ou, mesmo, pela política de concorrência (incluindo-se, aí, não só a repressão à concorrência desleal, mas, também, a defesa da livre concorrência).

No entanto, o atual ambiente político e econômico do País traz um nevoeiro que turva a vista no horizonte. Após alguns anos, o que restou, afinal, de legado para a cultura e para a política de esportes no Brasil? Esse legado transbordou – ou tende a transbordar - para os negócios realizados a partir do investimento em pesquisa e portfólios de propriedade intelectual? A crise econômica e política teria impactado neste ambiente e poderia afetar os mercados de tecnologia e inovação? Certo é o fato de que o crescimento econômico e o desenvolvimento não cairão do céu, claro que não.

Estes questionamentos, anteriormente já suscitados, em que pesem as dificuldades no âmbito político e econômico, ressurgem, agora, no âmbito do CONPEDI, mais especificamente, no Grupo de Trabalho relativo ao Direito da Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência, cujo objetivo consiste em lançar luzes sobre a perspectiva de estabilização da economia ou, oxalá, de retomada do crescimento econômico – e respectivos reflexos desse cenário para a propriedade intelectual-.

Pois bem, se a concorrência dinâmica dos mercados de inovação não pode ser ignorada pelas políticas de inovação, nem pelo novo ambiente negocial, certo é o fato de que as disciplinas regulatórias dos vários ângulos da nova economia e da livre concorrência estão em ebulição com essas novas preocupações.

Por este motivo que a Ligue International du Droit de la Concurrence – LIDC (sediada em Paris), com o apoio da ABPI (como vetor de inserção social), em evento realizado no mês de outubro de 2017 (com publicação prevista para outubro de 2018 e lançamento em Budapeste), organizou seu Congresso Internacional no Rio de Janeiro. Pela primeira vez, um Congresso fora da Europa. Naquela oportunidade, foram discutidas duas questões acadêmicas: A) What are the major competition/anti-trust issues generated by the growth of

online sales platforms, and how should they be resolved?, e, B) “To what extent do current exclusions and limitations to copy - right strike a fair balance between the rights of owners and fair use by private individuals and others?”

Portanto, são vários os fora dedicados ao estudo da articulação entre inovação e concorrência. A ratificação da hipótese – de ebulição das discussões sobre a matéria concorrencial a partir da inovação – mostra-se cristalina quando tais eventos coincidem, também, com a criação da Comissão de Direito da Livre Concorrência da Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Estado do Rio de Janeiro (OAB-RJ). Trata-se de um relevante esforço destes vários grupos o labor de estudar e divulgar esta matéria, tão diretamente envolvida com a competitividade (ou a falta dela) dos produtos e serviços brasileiros. Assim, é, inequivocamente, motivo de orgulho participar das iniciativas de inserção social do CONPEDI - em todos estes eventos e associações, seja como Editor, International Reporter ou Presidente de Comissão.

Esperamos que o legado desta combinação de eventos seja um ambiente fértil para novos negócios sobre propriedade intelectual.

Finalmente, em que pese a importância do debate político em ano eleitoral, fato é que, em matéria de políticas de inovação e desenvolvimento, não há mais tempo a se perder com debates superficiais, ideológicos, “dicotomias” infrutíferas e “démodés”, e, após a dissipação do nevoeiro, os brasileiros esperam, de fato, um novo tempo. Um tempo em que se trabalhe duro em uma, verdadeira, legítima e séria Política de Estado, em um efetivamente novo Projeto de Brasil, que gere empreendimentos, empregos e impostos, enfim, o tão desejado desenvolvimento.

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Prof. Dr. Victor Gameiro Drummond – UNIFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

TANGENCIAMENTO CONCORRENCIAL NO FASHION LAW: ESTUDO DO CASO LOUIS VUITTON.

CONCORRENCIAL TANGENCING IN LA FASHION LAW: LOUIS VUITTON CASE STUDY.

Veronica Lagassi ¹

Carla Izolda Fiuza Costa Marshall ²

Resumo

O Direito da Concorrência é fio condutor da regulação do livre mercado, a partir do estabelecimento de regras a serem seguidas pelos agentes econômicos para realização de políticas públicas e consequente melhoria na qualidade de vida. No entanto, tem seu papel abalado com o surgimento quase imperceptível de práticas propostas pelos agentes econômicos que visam minar “a livre concorrência” e, consequentemente impedir os objetivos maiores. Essas práticas denominam-se tangenciamento concorrencial, pois tangenciam a linha imaginária e divisória daquilo que é permitido do que não é pelo Direito Concorrencial. E para sua análise, será apresentado estudo de caso no Fashion Law.

Palavras-chave: Palavras-chave: direito da concorrência, Tangenciamento, Fashion law, Livre-mercado, Agentes econômicos

Abstract/Resumen/Résumé

Competition Law is the guiding principle of free market regulation, based on the establishment of rules to be followed by economic agents in order to carry out public policies consequent improvement in the quality of life. However, its role is shaken by the almost imperceptible emergence of practices proposed by economic agents that aim to undermine "free competition", consequently, to prevent larger objectives. These practices are called competitive tangency, because they touch the imaginary line and divide what is allowed from what is not by the Competition Law. For your analysis, a case study will be presented at Fashion Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: competition law, Tangency, Fashion law, Free-market, Economic agents

¹ Doutora e Mestre em Direito, Especialista em Direito Empresarial e Docência do Ensino Superior, além de Professora dos Cursos de Graduação em Direito da FACHA e do IBMEC-RJ

² Doutora e Mestre em Direito, Especialista em Direito Empresarial e da Concorrência, além de Professora do curso de Direito do IBMEC-RJ.

Introdução.

1. Concorrência: Livre Mercado e razões para tutelá-lo.

O termo “concorrência” tal como especificado no dicionário tem por significado o ato ou efeito de concorrer, ele representa em si, a ideia de competição e de rivalidade¹. Na realidade, pode-se dizer que a concorrência estará presente sempre que houver competição com vista a uma mesma oportunidade, seja ela de venda, troca etc.

Notadamente, a concorrência é um instituto sobre o qual o homem já detinha atenção desde a Grécia Antiga com Aristóteles, no entanto, naquela ocasião ela não possuía um viés ou prisma econômico que estabelecesse a sua correlação com “preço justo” e apenas buscava regular o mercado. O fato é que o instituto da concorrência passou por três evoluções, que lhe garantem três diretrizes até hoje perseguidas pelo Direito Concorrencial, a saber:

Num primeiro momento, a concorrência visa a regulação do comportamento dos agentes econômicos no mercado com vistas a resultados eficazes, ao mesmo tempo em que detecta e exclui distorções típicas. Já a partir desta primeira etapa de evolução, a segunda surge quando a concorrência passa a ser legitimada como instituto ou disciplina responsável em proteger o mercado, impedindo que se autodestrua, passando assim a assumir seu sentido técnico sob o enfoque econômico. E por fim, depois de consolidar-se como disciplina necessária à regulação do comportamento dos agentes econômicos no mercado, a concorrência passou a agregar mais um valor a ser tutelado que seria o de implementar políticas públicas como forma de corrigir ou impedir efeitos danosos ao mercado, além de um viés educacional.

A partir dessa evolução ou transmutação da conotação da concorrência, ela se torna de suma importância para o Direito e para a Economia. Assim,

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Eletrônico Aurélio**. Versão 1,0. 4ª ed. São Paulo: Editora Positivo, 2008.

hodiernamente para o Direito a sua concepção é muito mais ampla, posto que também representa melhoria do produto ou serviço ao mesmo tempo em que gera a redução de seu preço para o consumidor.

A competição no mercado, considerando dois ou mais agentes econômicos, que atuem no mesmo segmento, por si só, fará com que busquem inovações e redução de custos, obviamente, com melhoria de sua qualidade, com o fim de atrair público consumidor, quantitativamente superior a seus concorrentes, ganhando maior poder de mercado, em relação aos demais.

A “livre concorrência”, muito embora seja uma expressão utilizada, inclusive, no texto constitucional de 1988, não significa liberdade absoluta, nem poderia ser de outra forma, pois aqueles agentes que detivessem maior poder econômico iriam se conduzir de modo a aniquilar seus concorrentes. Mais uma vez, portanto, identifica-se a necessidade de uma regulação, que dê conta de aperfeiçoar o princípio da igualdade de ingresso e permanência no mercado, que, por sua vez, decorre do princípio de liberdade de comércio e de indústria, que emergiu da Lei Le Chapelier (1791), que, segundo André de Laubadère² se define como a garantia conferida aos particulares de exercer as atividades correspondentes ao comércio e a indústria, mas, ao mesmo tempo, confere à autoridade pública o poder de impor limitações.

Na verdade, a base para que floresçam os princípios da ordem econômica, consiste na livre iniciativa, que consta do texto constitucional brasileiro, já no artigo 1º., indicado como fundamento da República, em seu inciso IV, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

No segundo momento, há a indicação da “livre iniciativa” como fundamento da ordem econômica, ao inaugurar a Ordem Econômica e Financeira, no *caput* do art. 170, antes de relacionar os princípios da atividade econômica.

Ressalte-se que nem mesmo a iniciativa está livre de anteparos legais, conforme dispõe o mencionado artigo em seu parágrafo único, muito embora a

² LAUBADÉRE, André. Direito Público Econômico. Coimbra: Almedina, 1985.

regra seja o livre exercício de qualquer atividade econômica, há casos em que a lei estabelece restrições e formalidades imprescindíveis para que aquelas atividades possam ser implementadas.

Identifica-se, portanto, que no ordenamento jurídico brasileiro a “livre concorrência” é um dos princípios constitucionais à ordem econômica, dos quais também estão elencados a propriedade privada, a soberania nacional e a defesa do consumidor, nos termos do art. 170, da CRFB/88³.

Na verdade, será a quadrilogia de princípios constitucionais, que darão ensejo ao Direito Antitruste ou Direito da Concorrência como sendo a *técnica utilizada pelo Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência*⁴. Tal assertiva advém da interpretação literal e teleológica de que os supracitados princípios são interdependentes entre si quando o termo concorrência é concebido em seu sentido jurídico, conforme anteriormente explicitado.

Não se pode olvidar que, para temperar tais princípios há, ainda, a identificação de “abordagem constitucional de mercado interno indicada em seu art. 219, muito embora, no contexto de capítulo dedicado à ciência e tecnologia”⁵, mas que nem por isso pode ser desconhecido, definindo o mercado interno como sendo integrante do patrimônio nacional, devendo ser incentivado com vistas a “viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei”. Portanto, evidencia-se a importância do mercado, local de atuação dos agentes econômicos, constituindo-se em patrimônio nacional a ser incentivado, mas tendo o anteparo legal como limite de atuação.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB)**. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 06.07.2017.

⁴ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, P. 29.

⁵ MARSHALL, Carla. Algumas reflexões preliminares sobre o novo marco legal da defesa da concorrência: Lei no. 12.529/11 in CURY, Ieda Tatiana (idealizadora). *Lições de Direito de Propriedade Intelectual e Concorrencial*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2016, p. 366.

O Direito da Concorrência busca ditar regras para atuação dos agentes econômicos no mercado não com vistas a prejudicar o exercício de suas atividades e desenvolvimento, mas a fim de que o mesmo ocorra de forma ética e economicamente sustentável, de modo que simultaneamente venha a gerar enriquecimento/crescimento do agente econômico e melhoria nas condições ou qualidade de vida do consumidor.

No caso da melhor qualidade de vida do consumidor, pode-se dizer que, potencialmente, irá refletir-se na aquisição de produtos por um menor preço ou de qualidade superior que lhe traga conforto e qualidade de vida. Daí surge então, a razão inexorável de se tutelar o livre mercado, pois ao deixá-lo totalmente livre não estaríamos apenas possibilitando a sua autodestruição com os agentes econômicos mais fortes adquirindo o monopólio ou por meio de condutas que infringem a ordem econômica nos mais diversos segmentos de atividades econômicas, mas também estaríamos fadados a um acentuado decréscimo na qualidade de vida. Seja porque pagaríamos mais caro por um dado produto ou serviço, seja porque o mesmo seria de qualidade inferior dado ao total desinteresse de investir-se em novas tecnologias.

Há doutrinadores, todavia, que seguem uma linha muito mais liberal proposta por Adam Smith e que vai defender que o “*mercado se auto regula*”, dentre os quais destacamos Leonardo Vizeu de Figueiredo. Concepção que a nosso ver, seria a mais adequada caso partíssemos de um pressuposto de uma sociedade educada, consciente de seus direitos e que, por consequência lógica, teria total condição de rechaçar um produto ou serviço inadequado. No entanto, essa não é a realidade da grande maioria das sociedades e sim, apenas daquelas que constituem os países desenvolvidos. Cujas educação e conhecimento de seus direitos básicos propiciam a auto regulação. Por outro lado, o mesmo não pode ser concebido em países que não tenham alcançado um padrão maior de desenvolvimento porque estaria fadado ao fracasso, ante a ausência de intervenção estatal para regular ainda que minimamente o mercado.

Na verdade, a concorrência não é, naturalmente, perfeita, daí a necessidade de regras, que impeçam a livre atuação dos agentes econômicos. Claro está que o foco do Direito da Concorrência não é impedir o desenvolvimento e nem estabelecer comportamentos, que inviabilizem a gestão de estratégias de conquista de mercado.

Assim, em poucas linhas pudemos demonstrar a importância do Direito da Concorrência, o qual no Brasil é consubstancialmente disciplinado na Lei nº 12.529/2011. Passaremos agora a discorrer sobre um atual óbice ao Direito Concorrencial e conseqüentemente, as suas diretrizes.

2. Tangenciamento Concorrencial e Direito de Concorrência.

Por tangenciamento concorrencial vamos definir um ato lícito praticado por um dado agente econômico, mas que ao praticá-lo visa causar prejuízo ao seu concorrente, a fim de obter uma desestabilização mercadológica e, conseqüentemente, maior vantagem competitiva. Portanto, o agente que pratica o tangenciamento faz uso de meios lícitos para ter como resultado um dano ao seu concorrente, de modo a conquistar uma maior parcela do mercado. Daí a origem do termo “tangenciamento”, porque o agente age tangenciando. Isto é, passando próximo da linha limítrofe que delimita o certo e o errado no que concerne às práticas lícitas de concorrência.

No Brasil, são exemplos clássicos de tangenciamento concorrencial a obtenção de financiamento junto ao BNDES pela empresa TNLS Telefonia S.A. (Oi), mediante pagamento de juros baixíssimos e dificilmente concedidos a pequenos ou médios empresários, mas que no caso da referida empresa acarreta no efeito de desestabilizar o mercado ao resultar numa vantagem de capital para investimento inalcançado por nenhuma outra empresa do segmento. O que propiciou que a “Oi” tivesse fôlego para manter por muito tempo a oferta de promoções incompatíveis as demais operadores daquele segmento.

Outro caso típico de tangenciamento foi o da Universidade Estácio de Sá que ao fazer uma campanha maciça de descontos e até mesmo isenções para o pagamento de mensalidades, termina por enfraquecer e até mesmo eliminar as demais concorrentes do segmento.

Observe-se que em ambos os casos não há aparentemente ato condenável praticado pelos agentes econômicos supracitados. O que faz com que o tangenciamento concorrencial seja um ato mais sutil praticado pelo agente econômico, a fim de que não recaia em práticas já tipificadas no ordenamento jurídico pátrio.

Dentre as práticas tipificadas na Lei nº 12.529/2011 e que já eram condenadas pela doutrina e pelas quais o tangenciamento concorrencial perpassa temos as políticas de bônus, descontos e programas de fidelidade e o *price-squeeze*.

A princípio, políticas de bônus, descontos ou de programas de fidelidade são tidas como práticas comuns de mercado, pois possivelmente favorecem ao consumidor. No entanto, elas podem ser maléficas quando praticadas por agentes econômicos que possuam posição dominante ou relevante poder de mercado, posto que podem resultar em restrições à concorrência ao criarem barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes e eventualmente gerarem, igualmente, aumento de custos aos seus concorrentes⁶. Esse último, que é também tipificado e denominado *price-squeeze*. Assim, o *price-squeeze* tanto pode advir de políticas de bônus, descontos ou de programas de fidelidade como pode, do mesmo modo, advir de condutas praticadas pelo agente econômico e voltadas a criar dificuldades ou aumentar os custos dos demais competidores. Neste último caso, pode ser materializado nos preços ou em outras variáveis concorrenciais⁷.

⁶ GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. P 150.

⁷ Idem citação anterior. P. 151.

Observe-se que nos casos anteriormente apontados da Oi e da Universidade Estácio de Sá não houve qualquer representação de seus concorrentes junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Órgão criado pela Lei nº 4.137/62 e posteriormente, erigido à Autarquia Federal pela Lei nº 8.884/94. Essa última que foi derogada pela Lei nº 12.529/2011, em virtude de ainda manter em vigor os art. 86 e 87. E a esta situação atribuímos o fato de que não há lesão ou afronta direta ao concorrente, muito pelo contrário ela se faz sucinta ao tangenciar aos limites daquilo que é legalmente permitido. Daí, o perigo do uso contínuo desse instituto. Pois, ele não servirá apenas para obtenção ou ascensão num dado segmento do mercado e sim, pode promover a aniquilação indireta dos concorrentes e a consequente, obtenção do monopólio. O que habitualmente não é saudável para a promoção de um desenvolvimento econômico sustentável no que tange a melhoria das condições de vida e até mesmo de produção.

Antes de avançar no estudo de caso do tangenciamento concorrencial no Fashion Law é de destacar que a mesma norma que cria restrições à determinadas práticas, também aponta para outras possibilidades e alternativas e que conduzem à utilização de parcerias entre, naturais, concorrentes.

Tal fato não é novidade e, também não era na Lei 8.884/94. Contudo, com a promulgação da Lei 12.529/11 tornou-se, ainda mais viável alianças entre agentes econômicos, que competem em diferentes mercados, independentemente de terem atuação ou não no mesmo setor da economia.

Na economia de mercado, agentes econômicos competem em mercados para a obtenção de fatias mais consideráveis que seus concorrentes. Todavia, nada impede que, em outros mercados, aliem forças, com vistas a exploração conjunta, nesse caso, vale a expressão “cooperar para competir”⁸ e isso pode se dar no mesmo segmento ou com setores complementares, ou mesmo setores que, a princípio, não teriam sequer correlação.

⁸ Ver mais profundamente em DIAS, Reinaldo e MATOS, Fernanda. Alianças Estratégicas: cooperar para competir. São Paulo: Alínea Editora, 2012.

No Fashion Law as alianças tem sido importante filão, pois marcas, historicamente direcionadas a quem possui maior poder aquisitivo, com a parceria estão viabilizando o consumo ao alcance de uma faixa que, não necessariamente, teria condições de adquirir determinados bens.

As alianças ou parcerias entre agentes econômicos deverão observar os limites que a norma concorrencial estabelece, não devendo ganhar contornos que, como citado anteriormente, são compatíveis com práticas desleais, não pelos meios, mas pelos reais efeitos a serem alcançados.

Exemplo disso é a parceria entre a Cia. Marítima, para a coleção de *beachwear*, com a C&A, que possui uma cadeia de distribuição, considerada de longo alcance, com preços compatíveis com os consumidores de *fast fashion*⁹.

Não se pode confundir o mecanismo de parcerias entre agentes econômicos concorrentes ou não, com a prática do tangenciamento concorrencial, pois esse se demonstra predatória, como se verá a seguir.

3. Tangenciamento Concorrencial no Fashion Law: estudo do caso *Louis Vuitton*.

Conforme demonstrado, o incentivo à livre concorrência é extremamente saudável não só para o mercado e seus atores, se compreendido como motriz para melhoria na qualidade de vida e de consumo. E, esse mesmo raciocínio, caso aplicado ao mundo da moda não é diferente. Para tanto, basta ler o depoimento divulgado em matéria jornalística que correlacionava preço, concorrência e consumo no universo da moda, a saber:

Sophie Fizman, executiva financeira em Paris, costumava comprar apenas marcas de moda europeia, como *Louis Vuitton* e *Gucci*. Agora, compra na loja *Michael Kors*, na elegante *Rue Saint-Honoré*,

⁹ Redação Glamour/Fashion News. Cia Marítima + C&A: os maiôs/*bodies* desejo da parceira de *beachwear*, 18/11/2016.

na capital francesa. Recentemente, ela comprou uma bolsa azul de estampa de pele de cobra na loja. Ficou satisfeita por ter encontrado uma que gostava e que custava menos de € 300. “O preço é muito bom pelo que você recebe”, afirma Sophie, executiva-chefe adjunta da OFI Asset Management. “Gosto do novo estilo que eles têm.”¹⁰

A partir da transcrição acima, pode-se identificar a percepção do mercado sob a ótica do consumidor. Ele quer um produto bom, de qualidade e identidade, mas que ao mesmo tempo se enquadre no seu orçamento. Muito embora, essa percepção se distinga um pouco quando o tema são as grandes marcas como *Louis Vuitton*, *Gucci* ou *Hermès*, dentre outras. Pois, neste caso a identificação com o produto e a ideia do quanto ele vale, perpassa ao seu custo físico e corresponde a um ideal de valor paulatinamente criado no imaginário do público consumidor. Trata-se do fenômeno do imaginário e da valoração de uma marca, correspondendo a todo um trabalho desenvolvido durante anos para criação de um *branding*. Ou seja, de uma identidade própria para a marca que lhe permite a valoração de seu produto para além dos valores já existentes de similares no mercado. Esse é o caso de uma bolsa da *Louis Vuitton*, por exemplo.

Mas, apesar da dominação de mercado por meio da concepção e valoração de seu produto se comparado aos demais, infelizmente, as grandes marcas fazem uso ainda da prática do tangenciamento concorrencial como foi o caso da própria *Louis Vuitton* que adquiriu paulatinamente e na surdina ações de sua concorrente direta *Hermès*. Ela chegou a obter mais de 20% de participação acionária da última, que ao tomar ciência promoveu incontáveis ações judiciais na tentativa de proteger-se de seu agressor, agora interno. Por fim, o conglomerado *Louis Vuitton Mœt Henessy* ficou impedido por cinco anos de comprar novas ações da fabricante de selas, bolsas e acessórios por decisão da Corte da França, a qual também na mesma decisão determinou que os 23% do patrimônio acionário que ele já possuía da *Hermès*, deveria ser redistribuído internamente para outras marcas do grupo e investidores

¹⁰ COTTEN, Timberlake. Matéria: Preço faz Michael Kors avançar na Europa: Luxo diante de um consumidor mais atento aos gastos, vendas da grife americana mais que dobram na região. **Jornal Valor Econômico**. Caderno B-Empresas. 06.05.2014. P. 10. Disponível no site: http://www1.dnit.gov.br/anexo/Aviso/Aviso_edital0241_14-08_1.pdf, acesso em: 10.05.2017.

institucionais como, por exemplo, para a *Dior* que passou a ter 8,5% de participação na *Hermès*¹¹.

Conforme se pode perceber, toda a ação da *Louis Vuitton* observou as regras vigentes, resultando num caso típico de tangenciamento concorrencial. Posto que a *Louis Vuitton* fez uso de todo o aparato legal para minar ou prejudicar a sua concorrente *Hermès*.

Afortunadamente, o Brasil dificilmente seria palco para o caso relatado acima. Pois, a própria Lei nº 6.404/76, que regula as sociedades por ações, já cria óbices para a intromissão ou interferência de sociedade concorrente. Nesse sentido, Nelson Eizirik chama atenção para o § 3º, do art. 147, da Lei de S/A, o qual impede a eleição daquele que represente interesse concorrente ou conflitante para os cargos de gestão ou fiscalização da S/A¹². E mais adiante o referido autor conclui:

O objetivo da norma contida no inciso I é impedir que seja eleito administrador de determinada companhia uma pessoa que também ocupa cargo em companhia concorrente, uma vez que a preservação dos interesses de ambas pode ser virtualmente impossível. (...)

Como não cabe, mediante norma de direito societário, proibir o concorrente de adquirir participação na companhia, é viável proteger-se o conselho de administração do conflito de interesses permanente que tal situação acarretaria, daí decorrendo o impedimento¹³.

Insta destacar, que o impedimento por vinculação a concorrente deve ser fator impeditivo para assunção de qualquer função ou cargo na concorrente. Pois, seu fundamento advém da proteção ao segredo empresarial, outrora denominado industrial. O qual resulta na criação de políticas e métodos competitivos, bem como na manutenção sigilosa da carteira de clientes, lista de fornecedores, campanhas de marketing e de vendas, dentre outras atividades.

¹¹MAZZEI, Fabiano. **Hermès vs. LVMH: trégua anunciada.** Disponível no site: <http://businessluxo.com.br/2014/09/03/hermes-vs-lvmh-tregua/>. Acesso em: 01.01.2017.

¹²EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada: artigos 138 ao 205.** Volume III. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2015. P. 90.

¹³Idem referência 08, pag. 91.

Curiosamente, no caso brasileiro para que se caracterize o impedimento, deveria estar claro que as 2 (duas) sociedades concorrem diretamente no mesmo mercado. Ou seja, sua atividade empresarial principal localiza-se no mesmo setor, na produção ou distribuição de bens ou serviços da mesma natureza¹⁴. Neste aspecto, Eizirik ainda ressalta que como a legislação pátria faz referência ao termo “sociedades que possam ser consideradas concorrentes”, pouco irá importar o tipo societário sob o qual irão revestirem-se¹⁵.

Outro ponto, de extrema relevância para o caso brasileiro está em sua legislação concorrencial. Pois o acesso a informações sensíveis por parte de empresa concorrente direta pode caracterizar ato ilícito, por facilitar a colusão e resultar em cartel.

Neste sentido, vale citar o art. 36, da Lei nº 12.529/2011, que dispõe que qualquer ato que, independentemente de culpa, tenha por objeto ou apresente a potencialidade de limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência constitui infração à ordem econômica. Portanto, participações societárias minoritárias em concorrente direto, conforme foi o caso da *Louis Vuitton* na *Hermès*, que venham a permitir a eleição e atuação como membro de conselho de gestão ou fiscalização, podem gerar preocupações concorrenciais. Mas, apesar de o Direito Pátrio possuir alguns dispositivos balizadores para evitar o tangenciamento concorrencial, eles ainda são insuficientes à proteção da livre concorrência. E quando o segmento atingido é o da moda, a situação torna-se ainda muito mais difícil ante as séries de alianças estratégicas ocorridas nos últimos anos e que podem representar o tangenciamento concorrencial no sentido de impedir que novas marcas cheguem ao mercado e atinjam ao público consumidor.

¹⁴ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada: artigos 138 ao 205**. Volume III. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2015. P. 92.

¹⁵ Idem. P. 92.

Conclusão.

No contexto da defesa da concorrência o tangenciamento concorrencial, muito embora seja um termo utilizado, sem respaldo legal, assume uma posição diferenciada, encaixando-se a situações provocadas por agentes econômicos de diferentes segmentos.

As práticas implementadas por diferentes *players* no mercado ganham diversos matizes, sendo que algumas situações específicas findam por se enquadrar em categoria de infração à ordem econômica, muito embora, aparentemente, possa sugerir uma prática adequada, pois, muitas vezes, revestida de suposta legalidade.

As infrações a ordem econômica, encaixa-se no tipo conduta, apesar de o tangenciamento concorrencial decorra, muitas vezes, de uma reorganização societária, ou mesmo, como se viu, numa participação considerada minoritária de uma corporação em outra, ou mesmo, em virtude de alianças estratégicas.

Exatamente por se revestir de “legalidade” é difícil o seu enquadramento, na condição de infração à ordem econômica, em especial, no mercado da moda, mas isso não pode e não deve desnaturar sua configuração de prática tendente a atingir a ordem econômica.

O ordenamento jurídico e os juristas responsáveis pela defesa da concorrência devem redobrar sua atenção nesse ponto, com vistas de evitar que tais práticas se proliferem no mercado.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).
Disponível no site:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em:
06.07.2017;

BRASIL. **Bolsas de estudo na Estácio com até 50% de desconto.** Disponível no site: https://www.educamaisbrasil.com.br/estacio?qclid=CjwKEAjwqlfLBRCk6vH_rJq7yD0SJACG18fr0f9Zf7KLVYG70RmrKW0IIHaC5VGfv1551rkDT6l3FRoCUgrw_wcB. Acesso em: 09.07.2017;

BRASIL. **Campanha Compromisso Universidade Estácio de Sá: Até 6 meses de mensalidades pagas caso você perca seu emprego**". Disponível no site: https://www.google.com.br/search?q=campanha+da+estacio&rlz=1C1EQUG_enBR613BR615&tbm=isch&imgil=OSwBModLWdrnjM%253A%253Btepgc9OXZqNhrM%253Bhttp%25253A%25252F%25252Fwww.adonline.com.br%25252Frapidinhas%25252F55873-estacio-reforca-compromisso-com-alunos-em-campanha-publicitaria.html&source=iu&pf=m&fir=OSwBModLWdrnjM%253A%252Ctepgc9OXZqNhrM%252C&usq=14c7W6RA1F90IOkrT8CJHg5H3SM%3D&biw=1314&bih=706&ved=0ahUKEwjw9J698_zUAhWMh5AKHUmKD_sQyjclAQ&ei=m39iWbC7M4yPwqTJyL7YDw#imgsrc=OSwBModLWdrnjM. Acesso em 09.07.2017;

BRASIL. **Lei nº 8.884**, de 11 de junho de 1994. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm. Acesso em: 30.07.2017;

_____. **Lei nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 30.07.2017;

_____. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm. Acesso em: 30.07.2017;

CAMPELLO, Dyle. **O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma contribuição ao Mercosul.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

CHILE. *LVMH y Hermès ponen fin a cuatro años de litigio em la "guerra de las carteras"*. **ELMO** (Periódico). Disponível no site:

<http://www.emol.com/noticias/economia/2014/09/04/678503/lvmh-y-hermes-pon-en-fin-a-cuatro-anos-de-litigios-en-la-guerra-de-las-carteras.html>. Acesso em: 01.01.2017;

COTTEN, Timberlake. Matéria: Preço faz Michael Kors avançar na Europa: Luxo diante de um consumidor mais atento aos gastos, vendas da grife americana mais que dobram na região. **Jornal Valor Econômico**. Caderno B-Empresas. 06.05.2014. P. 10. Disponível no site: http://www1.dnit.gov.br/anexo/Aviso/Aviso_edital0241_14-08_1.pdf, acesso em: 10.05.2017.

DIAS, Reinaldo e MATOS, Fernanda. Alianças Estratégicas: cooperar para competir. São Paulo: Alínea Editora, 2012.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada: artigos 138 ao 205**. Volume III. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Eletrônico Aurélio**. Versão 1,0. 4ª ed. São Paulo: Editora Positivo, 2008.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012;

HERMES, Felipe. Sete Razões por que o BNDES pode se tornar no maior escândalo da História. **Jornal Spotniks**. Disponível no site: <https://spotniks.com/7-razoes-pelas-quals-o-bndes-pode-se-tornar-o-maior-escandalo-da-historia/>. Acesso em: 09.07.2017.

LAUBADÉRE, André. **Direito Público Econômico**. Coimbra: Almedina, 1985.

MARSHALL, Carla. **Algumas reflexões preliminares sobre o novo marco legal da defesa da concorrência: Lei no. 12.529/11** in CURY, Ieda Tatiana (idealizadora). Lições de Direito de Propriedade Intelectual e Concorrencial. Rio de Janeiro: Multifoco, 2016, p. 366.

MAZZEI, Fabiano. **Hermès vs. LVMH: trégua anunciada**. Disponível no site: <http://businessluxo.com.br/2014/09/03/hermes-vs-lvmh-tregua/>. Acesso em: 01.01.2017;

TIMM, Luciano Benetti. PARANAGUÁ, Pedro (organizadores). **Propriedade Intelectual, antitruste e desenvolvimento: o caso da transferência de tecnologia e do software**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.