

## Vicari e Viegas: Vieses do direito da concorrência e do consumidor

Há pouco mais de um mês a comunidade jurídica perdeu um de seus grandes expoentes, o gaúcho e ministro do STJ (Superior Tribunal de Justiça [Paulo de Tarso Vieira Sanseverino](#)).

Das inúmeras lições e legados deixados pelo ministro Sanseverino em seus gloriosos e ricos votos proferidos naquela Corte da Cidadania, hoje é o dia de lançar luz sobre seus ensinamentos acerca do diálogo de coordenação e de adaptação sistemática entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor, decorrentes de julgado proferido pouco antes de seu falecimento.

Com a maestria que sempre lhe foi peculiar, o ministro tratou de questão envolvendo litígio entre concorrentes<sup>[1]</sup> ("BK Brasil" e "Restaurante Madero Vila Olimpia Ltda."). Na origem, a BK Brasil, dona da marca Burger King, entrou com ação para que a rede de restaurantes Madero cessasse a utilização da expressão "*The Best Burger in the World*", traduzida para o português por "o melhor hambúrguer do mundo" em seu material publicitário e na fachada de suas lojas. A empresa autora também requereu indenização pelos prejuízos decorrentes de alegada concorrência desleal e desvio de clientela.

Em seu voto, o relator Sanseverino, no que foi seguido de forma unânime pelos ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrichi, também integrantes da 3ª Turma, demonstrou que, ainda que se trate de ação entre concorrentes, e não entre consumidor e fornecedor, na medida que envolve dois agentes de mercado, mostram-se perfeitamente aplicáveis ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor, que vedam a publicidade enganosa e a publicidade abusiva. No seu entender, a utilização de tais tipos proscritos de publicidade acabam por atingir de forma negativa também a concorrência, na medida em que nela o anunciante passa a competir de forma desleal no mercado consumidor.

Mencionou também que as normas previstas no CDC relativas ao limites da publicidade ao consumidor, incluindo a proibição às publicidades enganosa e abusiva, aplicam-se também às relações concorrenciais, uma vez que elas acabam por reforçar a defesa da concorrência.

Lucas Pricken/STJ



Paulo de Tarso Sanseverino (1959-2023)  
Lucas Pricken/STJ



Ao analisar com profundidade o tema, o relator frisou a relação simbiótica entre o Direito Concorrencial e o Direito do Consumidor, destacando que ambos buscam objetivos comuns, que se traduzem em um mercado livre para o consumidor, com possibilidades de escolhas. E que as diferenças entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor dependem da lente de análise empreendida, eis que, "enquanto a defesa da concorrência se concentra, em um nível macro, em regular o comportamento dos agentes econômicos frente à própria estrutura do mercado, a política de defesa do consumidor dirige-se, em um nível micro, mais especificamente ao comportamento dos fornecedores, sobretudo no que diz respeito à observância do direito à ampla informação, à educação para o consumo e, no que pertine ao caso, à vedação à publicidade enganosa"

Acerca dos limites da publicidade dirigida ao consumidor, incluindo a expressa proibição das publicidades enganosa e abusiva, embora não tratada expressamente na Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste), mas pelo CDC nos artigos 36, 37 e 38, o ministro aplicou com total propriedade a Teoria do Diálogo das Fontes, criada pelo professor Erik Jayme e difundida no Brasil pela doutrinadora Cláudia Lima Marques<sup>[2]</sup>, segundo a qual as fontes normativas, que hoje são plurais, e em muitos casos convergentes, no lugar de apenas se excluírem mutuamente, também devem frequentemente dialogar entre si, cabendo ao aplicador do Direito coordená-las.

Sob tal viés, ou seja, da harmonização sistemática, simbiótica e do diálogo de coordenação, o ministro entendeu ser perfeitamente possível o ajuizamento de ação fundada em concorrência desleal e de desvio de clientela com base nas normas previstas no Título I, Capítulo V, Seção III, do CDC, ainda que se trate de ação entre concorrentes, e não entre consumidor e fornecedor.

Talvez o ponto de maior relevância diga respeito à regra da inversão do ônus da prova, prevista no artigo 38 do CDC. Brilhantemente Sanseverino demonstrou que referido diálogo de coordenação e de adaptação sistemática entre Direito da Concorrência e Direito do Consumidor apenas ocorre quando, de um lado, as normas consumeristas reforçam a proteção ao mercado concorrencial, ou quando, de outro norte, as normas concorrenciais somam esforços na proteção do consumidor.

O artigo 38 do CDC, que determina a inversão do ônus da prova, é norma que decorre da própria lei, baseada no pressuposto de vulnerabilidade do consumidor, especialmente no que diz respeito à publicidade, com o objetivo de garantir a igualdade material e de reforçar a sua proteção, inclusive no acesso à Justiça.

Entendeu, assim, que em demanda envolvendo Direito da Concorrência mostra-se incorreta a presunção de vulnerabilidade da parte autora, não se justificando a inversão direta e automática determinada pelo art. 38 do CDC.

No acórdão há lição no sentido de que a inversão automática do ônus da prova prevista no artigo 38 do CDC poderia facilitar o abuso do direito de ação (*sham litigation*, uma das espécies de infração à ordem econômica previstas na Lei nº 12.529/2011), incentivando esse tipo de estratégia anticoncorrencial, uma vez que, a partir do ajuizamento de demanda frívola, o ônus da prova estaria direta e automaticamente imposto ao concorrente com menor porte econômico.



Que as lições deixadas pelo ministro Sanseverino acerca dos vieses entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor possam alçar voos mais altos e incentivar novos e profundos estudos em prol do bem-estar do consumidor e da livre e saudável concorrência nos mercados. E que todos seus julgados, doutrina, aulas e palestras ecoem para a presente e as futuras gerações, pois, a teor do artigo 225 da Constituição, que trata de direitos coletivos, matéria fundamental para Sanseverino, temos responsabilidade intergeracional.

[1] Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1866232, Terceira Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 21/03/2023.

[2] MARQUES e MIRAGEM, Cláudia Lima. Bruno. Diálogo das Fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.