



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul Des. Dorival Renato Pavan

Agravo de Instrumento nº 1404969-39.2018.8.12.0000

Agravante : Sertão Comercial de Equipamentos Ltda.

Advogados : Ary Raghiant Neto (OAB: 5449/MS) e outros

Agravado : Profitmais Pesquisas Tecnologia e Consultoria Eirelli

Advogada : Thaís Stela Simões Artífale Faria (OAB: 345174/SP)

Vistos, etc.

SERTÃO COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS LTDA., devidamente qualificada, interpõe agravo de instrumento em face de PROFITMAIS PESQUISAS TECNOLOGIA E CONSULTORIA EIRELLI-EPP, insurgindo-se contra a decisão de fls. 155-157 do douto juízo da 12ª Vara Cível da comarca de Campo Grande, MS, Dr. Atílio César de Oliveira Júnior, que, em ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada pela agravada (autos n. 0808225-36.2018.8.12.0001) concedeu a tutela de urgência para determinar à agravante que se abstenha de impedir os funcionários da agravante de promover pesquisas e consultas de valores de seus produtos expostos à venda sem suas lojas, fixando multa no valor de R\$ 3.000,00 para cada ato de descumprimento da medida.

Sustenta a agravante que a agravada é empresa que presta serviço de pesquisa de preço e se inseriu em diversas lojas da agravante para colher imagens dos produtos e preços praticados para fornecer à concorrência, defendendo a ilegalidade de tal prática.

Aduz que a atividade da agravada fere os princípios constitucionais da inviolabilidade da propriedade privada, da livre atividade empresarial e da livre concorrência.

Salienta que o serviço que a agravada presta é muito diferente da simples pesquisa de mercado, afirmando que "*o SEBRAE, que de fato orienta os empresários a realizar pesquisas de mercado, informa que estas podem ser efetuadas através de entrevistas a consumidores, pesquisas de fornecedores, obtenção de dados fornecidos aos órgãos públicos de controle, através das cooperativas comerciais e até mesmo observando os preços promocionais divulgados amplamente na mídia*".

Alega que não se pode permitir que se ingresse no ambiente comercial visando colher informações, vídeos e fotos para fornecê-las à concorrente direta (Leroy Merlin) fornecendo dados que alimentam a empresa da qual o comércio local precisa se proteger, o que fomenta a concorrência desleal.

Defende que essa prática depende de autorização da agravante, que pode determinar as regras internas.

Afirma que, segundo o contrato da concorrente com a agravante, todos os 6.000 SKUs (Unidade de Manutenção de Estoque) pesquisados por semana e todas as informações colhidas servirão para limentar um software que poderá ser consultado pela concorrente a qualquer momento, inclusive por aplicativos em smartphones, o que caracteriza concorrência desleal, pois a concorrente obtém todos os preços e produtos, inclusive como se dá a disposição destes nas gôndolas da agravante.



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul Des. Dorival Renato Pavan

Ressalta que, "*em um primeiro momento, isto pode ser visto como um meio de proporcionar a baixa de preços, o que acarretaria benefício ao consumidor. Mas, na verdade, a pesquisa feita pela agravada nada mais é do que instrumento para se destruir a concorrência, com sérias consequências para a sociedade de consumo do nosso Estado*".

Enfatiza que essa prática é considerada dumping, underselling e preço predatórios, sendo todas estratégias que representam redução dos preços abaixo do custo de mercado a fim de minar a capacidade competitiva da concorrência, aumentando os preços após consolidado o monopólio ou oligopólio.

Requer a concessão de efeito suspensivo, salientando que o perigo da demora decorre da irreversibilidade da medida, mormente em razão da demora no andamento das ações judiciais.

É o relatório.

DECIDO.

I.

ADMISSIBILIDADE

O recurso é tempestivo e está devidamente preparado (fls. 63-65).

O artigo 1.015 do CPC/2015 prevê o cabimento do recurso de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias.

É o caso presente, o que autoriza, então, o recebimento do presente agravo.

II.

DO EFEITO SUSPENSIVO

É sabido, outrossim, que o art. 1.019, inc. I, do Código de Processo Civil possibilita a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, ou deferir em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal.

A decisão agravada permite que os funcionários da agravada adentrem em seu estabelecimento para consultar valores dos produtos expostos à venda em suas lojas, diretamente para uma empresa concorrente, utilizando-se de métodos modernos de tecnologia para envio à agravada.

Ao formular o pedido de suspensão da decisão agravada, mediante concessão de tutela antecipada recursal, a agravante assim justificou a pretensão, na inicial deste agravo:



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul Des. Dorival Renato Pavan

Não obstante a necessidade de se receber e processar este recurso na forma de instrumento, requer ainda a agravante, com amparo no artigo 1.019, I, do CPC, a concessão do efeito suspensivo à decisão recorrida até que haja um pronunciamento definitivo da Colenda Turma deste E. Tribunal de Justiça, uma vez que poderá sofrer irreparáveis prejuízos, conforme detalhadamente demonstrado nos itens anteriores.

No caso, vislumbra-se a presença de requisitos essenciais para a concessão do efeito suspensivo:

O fumus boni iuris está devidamente consubstanciado na probabilidade de provimento do recurso, nos termos de toda argumentação acima apresentada, além da documentação anexa, inclusive a ata notarial que comprova a conduta desleal praticada pela empresa agravada que se recusou a todo momento prestar esclarecimentos de sua atuação e esteve realizando fotos e filmagens para fornecer a concorrente da agravante. O próprio contrato entre a agravada e a empresa Leroy Merlin, acostado à inicial, já faz prova do objeto ilegal e imoral que a agravada está a cometer em face da agravante.

O perigo na demora, por sua vez, também é claro, tendo em vista o risco de irreversibilidade da decisão recorrida. Isso porque, uma vez que a agravada compareça a todas as lojas da agravante e colha as informações que pretende, fornecendo estas informações ao seu cliente (Leroy Merlin), a pretensão consubstanciada no pedido de obrigação de fazer terá se exaurido e o presente agravo de instrumento terá perdido seu objeto.

O magistrado de piso sustentou que inexistia risco de irreversibilidade da tutela antecipada concedida, no entanto, é nítida a presença de tal risco. Ademais, o prazo do contrato é de um ano, e é público e notório que, no Brasil, dificilmente um processo se finda no prazo de um ano, a não ser se em razão de acordo entre as partes.

Deste modo, se não houver a suspensão tutela antecipada ora recorrida, a irreversibilidade da mesma é patente, posto que o contrato já terá sido integralmente cumprido quando do julgamento do presente feito, e a livre concorrência extirpada.

Tratando-se de obrigação de fazer, mesmo que sejam atos que serão reiterados semanalmente, a cada semana que é realizada a pesquisa no interior dos estabelecimentos da agravante, parte do objeto da demanda se exaure e assim sucessivamente, sendo certo que o pleito não terá resolução antes do término do prazo contratual, permanecendo apenas a discussão quanto aos supostos danos morais.

Ademais, uma vez que a recorrida entre no estabelecimento comercial da recorrente e registre todas as informações que entender pertinentes, não existirá como impedir a alimentação do software ou quaisquer outros atos que visem a entrega de informações à concorrência."



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul Des. Dorival Renato Pavan

"Ad argumentando tantum, e apenas aceita-se essa hipótese para fins argumentativos, observa-se, de outro lado, que a concessão da tutela por meio do julgamento procedente da demanda não impediria que estas pesquisas fossem efetivadas, inexistindo prejuízo que justifique a urgência e os danos irreversíveis que a manutenção da decisão agravada pode causar.

Deste modo, nítido o caráter ilícito da atuação da agravada, além da irreversibilidade da decisão agravada, razão pela qual requer determine-se a suspensão dos seus efeitos até o julgamento do presente agravo de instrumento."

Em artigo primoroso, Dahiana Simam Carvalho da Costa, assim escreveu sobre a concorrência desleal:

A concorrência desleal ocorre no plano concreto a partir do momento em que o empresário utiliza de práticas ilícitas para angariar clientela, prejudicando seus concorrentes, sendo que para sua configuração pouco importa os resultados obtidos com a deslealdade e sim os meios que foram empregados para a consecução do fim da atividade empresarial que é, além dos lucros, os clientes.

.....
A livre concorrência faz parte da atividade empresarial apresentando-se como fator importante para o crescimento da economia de mercado e como princípio basilar da ordem econômica e financeira no país. Isso porque, a concorrência regularmente praticada, beneficia tanto o consumidor, que tende a adquirir produtos e serviços por preços mais baratos, como o empresário, que poderá maximizar a oferta de bens e serviços (PIMENTEL, 2007, p.58).

O princípio da livre concorrência vem esculpido no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 que com o perfil neoliberal baseou-se na livre iniciativa como pilar essencial da ordem econômica e financeira, sem o qual a atividade empresarial não alcançaria seus objetivos maiores, como a obtenção de lucros e a captação de clientela.

Dessa forma, concede-se ao particular a liberdade para exercer qualquer atividade, salvo nos casos vedados por Lei. A liberdade é fundamental para a caracterização da concorrência, sobretudo porque é a partir dela que surgem diversos produtores ou prestadores de serviços interessados em praticar igual atividade, "de tal sorte a garantir para sociedade a possibilidade de escolha do melhor produto, preço, condições de pagamento, etc." (ALMEIDA, 2004, p.III).

A livre concorrência acirra a competição entre empresários que lutam bravamente pelos mesmos consumidores. Assim, a disputa pela clientela e pela ampliação de mercado é constante no sistema capitalista e, constituem para o consumidor um ótimo fator, já que estes encontram à disposição no mercado inúmeras opções de escolha entre serviços e/ou bens com qualidade e preços.

Para que melhor se identifique a concorrência é necessário ater-se aos



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

Des. Dorival Renato Pavan

seguintes fatores: é necessário que os concorrentes estejam disputando o mercado em momentos temporais paralelos, também, é forçoso que a competição se funde no mesmo bem ou serviço, por fim, tem-se a identidade de mercado, mais abrangente que a expressão identidade territorial, baseado na globalização, que permite a competição entre territórios longínquos, como, por exemplo, o comércio eletrônico (internet) (ALMEIDA, 2004, p.101).

Pelo princípio da livre concorrência é dada liberdade aos empresários para adentrarem na economia no setor ou ramo de indústria ou comércio que melhor lhe aprouverem, competindo com os demais. Contudo, é necessário haver certas restrições impostas pelo Estado, inclusive para que se mantenha a lealdade empresarial sob pena de caracterização da concorrência desleal ou de infração à ordem econômica, dependendo da abrangência do ato.

O elemento primordial da concorrência é alcançar a clientela em detrimento dos demais competidores que exploram o mesmo tipo de mercado, o objetivo imediato do empresário em competição é simplesmente o de cativar consumidores, através de recursos (publicidade, melhoria de qualidade, redução do preço etc.) que os motivem a direcionar suas opções no sentido de adquirirem o produto ou serviço que ele, e não outro empresário fornece.

O efeito necessário da competição é a indissociação entre o benefício de uma empresa e o prejuízo de outra, ou outras. Na concorrência, os empresários objetivam, de modo claro e indisfarçado, infligir perdas a seus concorrentes, porque é assim que poderão obter ganhos (ULHÔA, 2006, p.190).

Nesse ínterim, torna-se complicada a diferenciação entre a concorrência leal da concorrência desleal, pois as duas têm em comum a sua finalidade, vez que pretendem angariar os clientes alheios. Logo a concorrência por si só não é capaz de tornar o ato ilegal, devendo restar demonstrado a má intenção do competidor que objetiva desviar a clientela utilizando meios artificiosos.

“[...] não é simples diferenciar-se a concorrência leal da desleal. Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. Nos efeitos produzidos, a alteração nas opções dos consumidores, também identificam a concorrência leal e a desleal. São os meios empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva”. (ULHÔA, 2006, p. 191)

Nesta análise pode-se estabelecer que o ato será considerado como desleal não pelo resultado alcançado por ele, porém no meio que foi empregado para alcançar o fim maior da atividade comercial, que são os clientes, ou seja, se dentro das práticas concorrenciais o competidor utilizou-se de má-fé, veiculou publicidade negativa do concorrente, utilizou indevidamente das criações intelectuais ou de algum outro elemento constitutivo do aviamento etc.



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul Des. Dorival Renato Pavan

Assim a concorrência desleal apresenta-se como um instituto novo e cujo conceito ainda está em formação, “tanto assim, que sua própria denominação suscita controvérsia, pois a expressão concorrência tem sentido exato, o adjetivo desleal é obscuro, dependendo do vago conceito de deslealdade” (REQUIÃO, 2007, p. 353).

(http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9121, consultado em 25.05.2018)

A espécie retratada nos autos se amolda a esses ensinamentos, na medida em que a agravada se utiliza de um meio – como contratada de uma empresa concorrente – para ganhar o consumidor em detrimento da empresa agravante. A aferição *dos recursos empregados* pela empresa agravada é que indica, em princípio, a utilização de seu aparelhamento tecnológico para municiar a empresa contratante e concorrente direta da agravante para impor prejuízos à agravante.

Não se trata, no caso, de o concorrente usar da publicidade, da redução de seus preços com base nos valores empregados na compra no atacado de seus produtos e oferta deles no varejo, mas sim de invadir a propriedade da agravante para ali coletar dados e imagens, inclusive do código de barras dos produtos, para fomentar a concorrente a praticar preço menor, angariando uma clientela que era da agravante, causando-lhe prejuízos nas suas próprias vendas.

Trata-se, a meu ver e em princípio, dentro de uma cognição não exauriente, de uso de meio inidôneo para ganhar consumidores para a empresa sua contratante, a quem fornece os dados e elementos obtidos no interior das lojas da agravante. A análise desse recurso utilizado é que, em princípio, indica existir prática de atos que tendem à concorrência desleal.

Ora. Não se trata, na espécie, de aferição de preço no interior dos estabelecimentos comerciais da agravante feita por um consumidor, o qual tem o direito de comparar os preços de empresas diferentes para ver aquela que oferece melhor preço e melhor prazo para poder adquirir um ou alguns produtos que estejam dentro de seu orçamento.

Trata-se, na verdade, da pesquisa livre e sistemática *de todos os produtos* vendidos pela empresa agravante, obtendo informações que irão fomentar o concorrente que contratou os serviços da agravada, para captar aquela clientela que normalmente se dirigiria à agravante para adquirir bens de consumo.

Se a livre concorrência é admitida pela Constituição Federal, como princípio, esse direito transmuda-se, em uma primeira visada, em *concorrência desleal*, não podendo a empresa agravante suportar a presença de funcionários da agravada, coletando dados dos produtos em geral, em sua totalidade, para que estes dados sejam transmitidos à empresa que contratou a agravada e, com isto, obter aumento de consumidores, pela oferta de produtos idênticos com valor menor, calcado na certeza dos preços praticados pela agravante.

Parece-me ser ato de violência permitir que o concorrente ingresse em seu estabelecimento, todas as semanas, colete dados dos produtos e dos preços, para que a



Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul Des. Dorival Renato Pavan

contratante da agravada possa praticar preços menores, em claro ato de *concorrência desleal*.

O *fumu boni juris*, assim, afigura-se-me presente.

Quanto ao *periculun in mora* resta evidente. Com os dados obtidos e transmitidos pela agravante à empresa concorrente, esta passa a praticar preços inferiores, retirando a clientela da agravante e inflingindo-lhe prejuízos que não teria não fosse essa prática da agravada.

O caso é, assim, de concessão de liminar *initio litis*, restabelecendo-se as partes ao *statu quo ante*, até que essas questões sejam dirimidas neste agravo.

III.

DISPOSITIVO

POSTO ISSO, recebo o presente recurso de agravo de instrumento e defiro a antecipação da tutela recursal para privar a r. decisão invectivada de todo efeito, suspendendo as medidas ali deferidas, até julgamento do presente agravo. Proíbo à empresa agravada que seus funcionários ingressem em quaisquer dos estabelecimentos comerciais da agravante, sob pena, de se assim o fizer, responder pelo pagamento de multa, que fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil) por dia, limitada a 30 dias, sem prejuízo de seus representantes legais sofrerem a incidência do cometimento do crime de desobediência, caso em que poderão ser presos em flagrante, além das cominações das multas pelo *contempt of court*, sem prejuízo, também, da multa pela litigância de má-fé.

Comunique-se o duto juízo de origem, com urgência.

Por mandado, intime-se a empresa ré do teor desta decisão, ao mesmo tempo em que intime-se-a, também, para apresentar contraminuta ao presente recurso, no prazo legal.

Após, retornem-me os autos conclusos.

Intimem-se.

Registre-se.

Campo Grande, 23 de maio de 2018.

Des. Dorival Renato Pavan
Relator