Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

O reflexo na concorrência do abuso do direito de petição nos programas de TV: sham litigation

PROCESSO ADMINISTRATIVO: 08012.004283/2000-40

Representante: Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara de Deputados
Representados: Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. e Léo Produções e Publicidade
Advogados: Marcos Alberto Sant'anna Bitelli; Ieda Maria Monteiro; Thiago Mendes Ladeira; e outros
Relator: Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho

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. Entendi-

mento 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.

PALAVRAS-CHAVES

Sham litigation — abuso do direito de petição — programas de televisão — propriedade intelectual — direito autoral

Voto

1. Relatório

1.1. Da representação

Trata-se de Processo Administrativo, instaurado em 22 de novembro de 2000, com fundamento na Nota Técnica do DPDE de fls. 228-232 e no Despacho do Secretário de Direito Econômico de fl. 232, em desfavor de Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. e Léo Produções e Publicidade, para que fosse apurada a existência de conduta infringente à ordem econômica, passível de enquadramento no art. 20, I, II e IV c/c o art. 21, IV, V e VI da Lei 8.884/94, consistentes em (i) limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado; (ii) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente e (iii) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição.

Inicialmente, a SDE recebeu Representação encaminhada pela Comissão de Defesa dos Consumidores, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados, solicitando que fosse investigada uma possível tentativa de conformação de monopólio e dominação de mercado pelas 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 (fl. 225 dos autos).

A representação apresentada foi motivada por denúncias encaminhadas pelas empresas 3 A Negócios Publicitários e Marketing Ltda. (produtora do

programa "Telemídia Ofertas"), General Marketing do Brasil (produtora do programa "Shop & Lazer") e Fundação Cásper Líbero — TV Gazeta e Vídeo In Comunicações Ltda. (produtoras do programa "Liquida Mix") (fls. 2-3, 107-113). As denúncias apresentadas pelas empresas indicariam que a Box 3 Vídeo e Publicidade e a Léo Produções e Publicidade, que seriam de propriedade do sr. Luiz Antônio Cury Galebe, estariam praticando atos restritivos à concorrência de forma a retirar do mercado de vendas por meio de programas de televisão as empresas denunciantes, tentando, via ações judiciais descabidas, dominar o citado mercado. Especificamente, as denunciantes entendem que as empresas representadas intentaram uma série de ações judiciais com pedidos de liminares, visando tirar do ar os programas de vendas das denunciantes, com base em um direito autoral inexistente ou em justificativas pífias.

Em 21 de dezembro de 2000, o deputado Salatiel Carvalho, presidente da Comissão de Defesa dos Consumidores, enviou ofício à SDE solicitando que fossem adotadas medidas para o arquivamento do procedimento em análise, uma vez que, segundo seu entendimento, a controvérsia envolvendo todas as mencionadas empresas limitar-se-ia a discussões no Judiciário e não representariam qualquer tentativa de obtenção de monopólio.

1.2. Da defesa

A representada apresentou defesa em 28 de dezembro de 2000. Informou, inicialmente, que a citação feita em nome da Box 3 Vídeo e Publicidade endereçada ao sócio gerente Luiz Cury Galebe poderia apenas referir-se a esta empresa e não à empresa intitulada Léo Produções e Publicidade Ltda., já que se trata de outra pessoa jurídica, com outros sócios. A relação existente entre as empresas Box 3 e Leo Produções se limita aos termos do contrato de franquia cuja cópia foi devidamente juntada a estes autos. Afirmou-se que o sócio da Léo Produções é o sr. José Henrique Troncon Cury.

No que diz respeito à parte formal, solicitou a extinção do processo, já que houve pedido de desistência da representação por parte da Câmara de Deputados.

Quanto ao mérito, alegou que possui registro de Direito Autoral sobre o formato do programa de vendas pela televisão, registrado junto ao arquivo da Biblioteca Nacional da Cultura (fls. 306-314). Com efeito, há um registro na Biblioteca Nacional, de um "roteiro" do Shop Tour, de propriedade de Luiz Galebe, informando que na mencionada série televisiva há apresentadores que

promovem televendas, esclarecendo as características de uma série de produtos, suas formas de pagamento, em um ambiente informal. Especificamente, de acordo com o roteiro registrado, "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".

De acordo com a representada, há uma série de empresas que buscam copiar o programa desenvolvido, havendo diversas decisões judiciais que deram ganho de causa à Box 3. Fez-se aqui menção ao Processo 99.898045-5, em que o juiz dr. Paulo Alcides Amaral compreendeu — em liminar — que havia infração a direitos autorais da representada, motivo pelo qual o programa "liquida mix" deveria ser impedido de ser veiculado, sendo deferida a busca e apreensão de videotapes além de uma multa de R$ 10.000,00 por programa exibido em contrariedade à referida decisão. Também, a Decisão do dr. Fernando Sebastião Gomes, da 2ª Vara Cível do Foro Central da Capital de São Paulo, ao examinar a liminar do caso 579552-4, teria deferido o pedido para impedir o programa Telemídia de exibir um programa muito similar ao Shop Tour.

Portanto, para a representada,

> o teor das referidas decisões demonstra com clareza o direito tutelado pela Box 3, cuja garantia do seu cumprimento somente está sendo possível graças à interferência do Poder Judiciário, único meio de socorro para proteção contra as ilegalidades perpetradas pelas denunciantes. Ao requererem a instauração do presente incidente administrativo, as denunciantes intencionam tão somente fazer letra morta as decisões favoráveis obtidas pela Box 3 na esfera judicial, e também intimidar os ilustres representes do Poder Judiciário. Acatar a tese pretendida pelas denunciantes seria o mesmo que insinuar que a Justiça brasileira está sendo responsável, ou até cúmplice, pela implantação da dita tentativa de monopólio por parte da empresa Box 3. O fato é um só: a adoção das citadas providências judiciais nada mais é do que o exercício do Direito Constitucional de Ação, previsto na alínea "a", do inciso XXXIV e no inciso XXXV, ambos do artigo 5º da Constituição Federal (p. 266).

Alegou-se também que a representada jamais impediu qualquer cliente de veicular anúncios em programas concorrentes. Solicitou-se a improcedência do pedido da representante e o consequente arquivamento deste processo.

1.3. Dos pareceres

Para a SDE,

> há que se verificar se o fato suscitado pela representante, independentemente de culpa, tem por objeto ou é apto a produzir quaisquer efeitos previstos pelo ordenamento antitruste brasileiro, quais sejam: lesão à livre concorrência ou à livre-iniciativa, dominação de mercado relevante de bens ou serviços, exercício abusivo de posição dominante e ou aumento arbitrário de lucros. A denúncia objeto da presente representação insere-se no mercado de veiculação de programas de venda e propagandas em televisão, sendo que as práticas atribuídas às representadas caracterizariam infrações à ordem econômica definidas no art. 20, incisos I, II e III da Lei 8.884/94. [...] Contudo, ao se analisar os elementos trazidos aos autos, não é possível descartar a justificativa da empresa Box 3 Vídeo de que limitou-se a adotar as medidas judiciais que entendia cabíveis para defender um direito que ela julgava ser legítimo, conforme o exercício do direito constitucional de ação, constante na alínea "a", do inciso XXXIV do art. 5º c.c. inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. Observa-se ainda que, em algumas ações movidas junto ao Judiciário, a empresa obteve êxito, tendo obtido provimento jurisdicional positivo. Apenas no ano de 2002, o Superior Tribunal de Justiça negou a existência desse direito à Box 3 Vídeo.

A SDE, também, entendeu não haver provas da existência de cláusulas de exclusividade que impedissem clientes de contratarem outros canais de propaganda.

A Procuradoria do Cade, por meio do Parecer 358/2009, e o Ministério Público Federal, via parecer 03/2010 — GAB/Aaras/Cade, acataram a tese da SDE. Assim, para os órgãos pareceristas não há que se falar em infração concorrencial, em uma situação como esta, em que a parte busca garantir um direito, de forma legítima, que julga possuir.

1.4. Instrução complementar

O gabinete, por meio de diversos ofícios, buscou avaliar o histórico das ações judiciais e seu fundamento. Descobriu-se que a representada chegou a

apresentar nove ações, que serão explicadas, de forma mais pormenorizada, ao longo deste voto. De todo modo, adianta-se que todas as decisões favoráveis que a Box 3 mencionou em sua defesa foram revertidas pelo Poder Judiciário, quando da análise do mérito das referidas ações.

2. Voto

Inicialmente, afasta-se a alegação preliminar de que a desistência da representação feita pela Câmara dos Deputados tem o condão de extinguir o processo administrativo antitruste. O art. 30, § 2º, da Lei afirma que "a representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, independe de averiguações preliminares, instaurando-se desde logo o processo administrativo". Todavia, isto não significa que a Comissão do Congresso Nacional seja o dominus litis e em razão disto tenha à sua disposição a possibilidade de desistir do Processo Administrativo. Aliás, mesmo a SDE, uma vez aberto o Processo Administrativo, não pode arquivá-lo, sem antes ocorrer o reexame necessário por parte deste Conselho. Deste modo, não prospera a alegação preliminar.

No que toca ao mérito, passo a discorrer sobre a antinomia entre Direito de Petição e proteção à Concorrência.

O Direito de Petição, tão caro à ciência jurídica, perseguido desde os tempos da Magna Carta inglesa, na Idade Média, e solidificado no Bill of Rights de 1689 e de tantas outras Declarações e instrumentos que se seguiram, está insculpido em nossa Constituição Federal, no art.5º, XXXIV e XXXV.

As representantes, neste caso, sustentam que a Box 3 e a Léo Vídeo fizeram mau uso deste direito, buscando obter uma absurda reserva de mercado. Sustentam, assim, que, por meio de provimentos liminares, com incabíveis pretensões, as representadas almejavam exterminar a concorrência, passando a usar, exclusivamente, de determinado gênero de programa, lesando, com tal procedimento, os concorrentes, anunciantes e consumidores.

Cabe, assim, indagar se há ou não possibilidade de utilização do Poder Judiciário para fins anticompetitivos ou se há um Direito de Petição absoluto, que é justificado independente de qualquer outro valor e que não pode ser, de forma alguma, analisado por este Tribunal Administrativo.

Nos Estados Unidos, país que mais cedo desenvolveu jurisprudência sobre esta matéria, verificou-se a emergência da doutrina Noerr-Pennington, na qual as partes devem ter pleno acesso e Direito de Petição aos órgãos governa-

mentais, não podendo haver punição antitruste, por petições com finalidades anticompetitivas, mormente quando direcionadas ao Poder Legislativo e sob determinadas condições, aprioristicamente. Tal doutrina é derivada de dois casos famosos, a saber, o Eastern R Presidents Conferece V. Noerr Motor Freight Inc. ("Noerr") e o caso United Mine Workers of America v. Pennington ("Pennington").

Não obstante tal compreensão e sem entrar nas minúcias dos referidos precedentes, a prática de *sham litigation* passou a ser vista nos Estados Unidos como uma exceção à doutrina Noerr-Pennington. Com efeito, a Suprema Corte norte-americana passou a punir *sham litigation*, ou seja, a punir partes que deduziam pretensões que, na realidade, objetivavam retardar a livre concorrência criando empecilhos e situações meramente protelatórias sem base legal. Assim, entende-se, portanto, *sham litigation* como litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos.

O repúdio a este tipo de prática está consolidado em diversos precedentes norte-americanos. Por exemplo, no caso Professional Real Estate Investor (PRE), inc., et al. vs. Columbia Pictures Industries, inc., et al., a Suprema Corte norte-americana compreendeu haver *sham litigation*, sempre quando estiverem presentes dois requisitos — um objetivo e outro subjetivo. Assim, a interposição de ações no Judiciário, que são desprovidas de base objetiva [critério objetivo] e que representem uma "tentativa de interferir diretamente nos negócios de um concorrente" ao invés de almejar resultado de tal processo [critério subjetivo], podem ser punidas pela Legislação Concorrencial.

Também, no caso USS-POSCO Industries v. Costa Building & Construction Trade Council ("USS-POSCO") de 1994 entendeu-se que, se um agente instaura uma série de litígios tendo como objetivo obter vantagens concorrenciais no sentido de que tais "disputas legais seriam aventadas de acordo com uma política de instauração de litígios sem preocupação com a razoabilidade, ou não, de seu mérito e com o propósito de prejudicar seu concorrente", em tal hipótese, pode-se verificar uma conduta punível como prática anticompetitiva, nos Estados Unidos.

Tem-se notícia, também, de que, no caso In the Matter of Bristol-Myers Squibb Company, FTC Docket Nº C-4076, 135 F.T.C. 444 (2003), o FTC denunciou a BMS por entrar em acordos judiciais para restringir a comercialização de determinados medicamentos (buspirona e drogas à base de paclitaxel e Platinol nos Estados Unidos). Assim, não seria justificável o acordo judicial em que a empresa de genéricos Schein Pharmaceuticals, Inc. ("Schein") concordou em abandonar a ação que questionava a patente da BMS, em troca de

72 milhões de dólares. Tal acordo foi considerado lesivo à concorrência, pelo referido órgão.

Na União Europeia, no caso da AstraZeneca (2005), a empresa mencionada foi multada pela Comissão Europeia em 60 milhões de euros por estender, de forma fraudulenta, a propriedade intelectual de seu medicamento Losec, entre 1993 e 2000, retardando a entrada de genéricos no mercado.

No Brasil, tanto a "sham litigation" norte-americana como o "abuso de direito de petição", de forma genérica, já foram extensamente discutidos em âmbito administrativo como condutas que podem gerar algum dano anticompetitivo.

Na análise da Averiguação Preliminar nº 08012.005610/2000-81, o Cade defrontou-se com a acusação de que a representada teria manejado indevidamente procedimentos administrativos e judiciais a fim de prejudicar uma concorrente no mercado de transporte coletivo de ônibus na região de Governador Valadares. Apesar do parecer da SDE pelo arquivamento, o Plenário do Cade deu provimento ao recurso de ofício e determinou a instauração de processo para aprofundamento das investigações. De acordo com a compreensão do ex-conselheiro Paulo Furquim de Azevedo em seu voto-vista:

> [...] mesmo havendo direito indiscutível de petição assegurado à representada, seu uso indiscriminado e com fundamentos inconsistentes, como transparece em algumas passagens dos autos, pode configurar abuso de direito e infração à ordem econômica, se restar configurado ser seu propósito primeiro obstruir a concorrência.

Outro caso importante neste aspecto foi o das "Baterias Moura", em que se fez menção explícita à teoria da *sham litigation* norte-americana. A Averiguação Preliminar de nº 08012.006076/2003-72 instaurada em setembro de 2007 foi oferecida pelo Grupo Moura. No referido precedente, grandes empresas no mercado de baterias questionaram à Anatel se o Grupo Moura, entrante no mercado, estava vendendo produtos em conformidade com as normas técnicas. O Cade compreendeu que tal consulta à Anatel era lícita e não representava *sham litigation*. Por outro lado, o voto do ex-conselheiro Cueva compreendeu que seria possível condenar práticas abusivas do direito de petição, levando em consideração alguns critérios, como a *plausibilidade do direito invocado*, *a veracidade das informações*, *a adequação e a razoabilidade dos meios utilizados* e *a probabilidade de sucesso da postulação*.

No rol de precedentes do Cade, também, consta a Averiguação Preliminar 08012.005727/2006-50, em que se discutiu a relação do direito patentário

dos perfis de alumínio, sendo que, no referido caso, entendeu-se não haver *sham litigantion.* De outro lado, no âmbito do Processo 08012.004484/2005-51, envolvendo as empresas Seva e Simens, houve uma intensa discussão a respeito se e em que medida seria possível condenar uma prática de abuso de direito de petição via legislação antitruste.

O conselheiro Furlan não fez menção ao termo *sham litigation*, talvez com a preocupação de não importar um instituto estrangeiro sem as devidas adaptações ao ordenamento pátrio. De todo modo, compreendeu que

> o recurso ao Judiciário pode ser empregado como instrumento para a realização de infração contra a ordem econômica. Surge daí a necessidade de ação estatal voltada a evitar que o direito de acesso ao Judiciário seja empregado para a consecução de fim ilícito, capaz de prejudicar o mercado como um todo. Também surge daí a competência do Cade para a matéria. Não se sustenta a tese da representada de que o Poder Judiciário seria a instância responsável por apontar e punir ações judiciais que visassem a restringir ilicitamente a concorrência. Este argumento se sustenta em bases que disfarçam a real natureza do ilícito e a adequada análise de sua ocorrência. O ponto fulcral para a caracterização da conduta ilícita em questão pode ser entendido como a promoção de fim anticompetitivo espúrio com base em ação desnecessária para a proteção de direito legítimo da parte.

Ou seja, é sim possível que a utilização abusiva do Poder Judiciário se configure em uma infração antitruste.

No mesmo sentido, o conselheiro Olavo Chinaglia compreendeu que

> inexiste, de fato, qualquer óbice no ordenamento jurídico brasileiro ao reconhecimento de que o abuso do direito de ação ou petição possa configurar infração à ordem econômica. O direito da concorrência volta-se à prevenção e ao controle de condutas prejudiciais ao bom funcionamento do mercado, combatendo em particular aquelas voltadas à exclusão predatória de concorrentes. A fim de cumprir com tal objetivo, a Lei Antitruste indicou de forma muito clara que podem constituir infração à ordem econômica "os atos sob qualquer forma manifestados" (Lei 8.884/94, art. 20), expressão que engloba propositalmente todo e qualquer tipo de conduta que tenha por objeto ou possa produzir efeitos anticoncorrenciais. Dado seu claro potencial anticompetitivo, o abu-

> so de procedimentos judiciais não pode escapar à aplicação das normas da concorrência. Com efeito, o uso fraudulento do direito de ação por uma empresa dominante constitui instrumento capaz de afetar de diferentes formas a operação de um agente no mercado, podendo impactar, por consequência, a ordem concorrencial no setor.

O ex-conselheiro Cesar Mattos já preferiu enquadrar a conduta punível pelo antitruste como o tipo específico de *sham litigation.* Para Mattos, "abuso de direito não é condição suficiente para a caracterização de *sham litigation*", mas concluiu que é possível que empresas utilizem-se indevidamente do Judiciário para elevar os custos de rivais e, assim, configurar a infração prevista tanto no art. 187 do Código Civil, como nos artigos 20 e 21, IV e V da Lei 8.884/94.

Portanto, parece ser algo muito tranquilo e pacífico que as partes não podem se proteger da sua responsabilidade concorrencial, utilizando como justificativa o seu Direito de Petição, visto que este não é absoluto ou mesmo imune à avaliação desta autarquia. Sem entrar na celeuma se se deve ou não importar o instituto de *sham litigation*, nas exatas proporções, nos restritos moldes norte-americanos ou se é possível ter uma visão mais ampla a respeito deste instituto, cumpre avaliar, no caso concreto, se há alguma razoabilidade na causa de pedir das requerentes no presente, ao buscar proteger um suposto direito de propriedade intelectual.

Existência de direito de monopólio ou falsa premissa jurídica?

Sobre este aspecto, é relevante notar que embora as requerentes tenham construído, de forma muito engenhosa, inteligente e perspicaz uma argumentação que aparenta lhes dar o direito de reservar para si uma parte do mercado televisivo, trata-se, sem sombra de dúvida, de uma premissa jurídica equivocada. A presente causa, do ponto de vista objetivo, assemelha-se à *objective baseless claim*, já que, nem mesmo sob o prisma teórico, pode-se esperar que este tipo de contenda prospere.

Explica-se.

Para embasar sua pretensão, as demandantes se utilizam de um registro na Biblioteca Nacional,

> como se isso fosse formalidade essencial à sua defesa. Ocorre que registro em direito autoral, diferentemente da propriedade industrial, é pro-

> vidência meramente facultativa e não constitutiva de direito. A certidão de registro da Biblioteca Nacional não se reveste das características de título aquisitivo de direito, como o certificado de marca emitido pelo INPI [...], com efeitos erga omnes. Obra passível de registro é toda criação intelectual, literária, artística ou científica original — pressuposto básico da proteção — expressa por qualquer meio ou fixada em suporte mecânico. Podem, ainda, serem registradas as adaptações, traduções ou outras transformações da obra original, desde que apresentadas como criação intelectual nova, assim como título da obra. Equivale dizer que tanto o roteiro (obra literária) que os demandantes registraram na Biblioteca Nacional, como a obra audiovisual, como um todo, igualmente se registrada, apenas garantiria anterioridade àquele escrito depositado ou àquele vídeo depositado e nenhum outro mais que se lhe seguissem. O registro alcança tão somente o texto ou o audiovisual individualmente depositado. E a prova de anterioridade funciona apenas contra reproduções comerciais daquele escrito ou daquele audiovisual depositado. A presunção não se irradia a nenhum outro roteiro — de outro programa — ou de nenhuma outra obra. A regra vale tanto para obras protegidas como para as não protegidas, posto que a Biblioteca Nacional funciona apenas como um receptáculo para quem desejar, no futuro, alegar a anterioridade. A anterioridade sem originalidade, como se verá, nenhum significado possui. Entretanto, o registro, por sinal também exibido pelas demandadas, não tem senão o condão de declarar o direito que cada parte possui àquele roteiro depositado na fundação Federal. Querer com isso pretender que demais roteiros não depositados funcionem como garantia de monopólio é abusar do direito que possuem, como previsto na Lei 8.884 de 11/06/1994, a lei do abuso de poder econômico [...] O que, na verdade, pretendem os demandantes é, baseados numa formalidade não essencial, meramente facultativa e declaratória, transformar o direito particular e estreito que possuem às suas produções de caráter comercial, em direito monopolista de caráter cultural [...] impedindo que quaisquer outros concorrentes tenham acesso à mídia eletrônica para seus serviços.[1]

Claro que um registro dá a aparência de lastro em um direito subjetivo. Mas, para quem tem mais traquejo na área de direito autoral, sabe que ape-

[1] Ver parecer de Eliane Y. Abrão, fl. 123-124 dos autos.

nas haveria infração ao direito das requerentes se houvesse reprodução *ipsis litteris* do programa arquivado na Biblioteca Nacional. Além disto, a tutela ao direito do autor, preconizada no art. 5º, XXVIII da Constituição Federal, foi regulamentada pela Lei 9.610/98 que, em seu art. 7º, confere proteção às obras intelectuais ou "criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro". Segundo Antônio Chaves, direito autoral é

> o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade, de ordem extrapecuniária, sem limitação de tempo, e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado (*Direito de autor*, v. I, Editora Forense, p. 17 — grifo nosso)

No mesmo sentido Henry Jessen, no livro *Direitos intelectuais*, Ed. Itaipu, Rio de Janeiro, 1967, p. 53, ensina que para merecer a tutela legal, a obra deve:

a) "Pertencer ao domínio das letras, das artes ou das ciências;
b) Ter originalidade;
c) Achar-se ao período de proteção fixado pela lei."

Todavia, o roteiro do Shop Tour, por ser um programa destinado a vendas, não possui relação com artes ou ciências. E, mesmo se assim não fosse e se tivesse uma compreensão mais alargada do significado artístico, e deixando de lado, também, o propósito específico do registro na Biblioteca Nacional, deve-se considerar que o roteiro depositado não apresenta originalidade. Comerciais e vendas de produtos em programas existem desde os primórdios da televisão, sendo que o jeito descontraído de falar não pode ser uma propriedade de alguém. Como exemplo de programas anteriores (e específicos deste gênero) exibidos no Brasil, as representantes citaram um que teria sido transmitido em 1983 e 1984, por Celso Russomano. Aliás, mesmo este programa teria sido inspirado nos padrões de TV a cabo do mundo todo, especialmente dos Estados Unidos.

Quanto à possibilidade de se monopolizar um gênero televisivo, já existe uma série de decisões demonstrando quão frágil é tal pretensão. Por exemplo, a TV Globo alegou plágio do programa "Você Decide", em relação ao programa "O Povo é o Juiz" e o Judiciário considerou não ser possível reclamar a

propriedade de ideias a respeito de um gênero televisivo, em 1996.[2] Também, no caso de *reality shows*, os donos do programa "Big Brother" acusaram de plágio os responsáveis pelo programa "Casa dos Artistas", solicitando medida cautelar para retirar tal programa, sendo que a decisão foi muito clara no sentido de que um método de programação não goza da proteção legal da lei 9.610/98 por não se tratar de assunto ou argumento literário.[3]

Assim, há um claro posicionamento no sentido de que um gênero televisivo não pode ser apropriado, em razão da própria legislação autoral. Com efeito, de acordo com o art. 8º da Lei 9.610/1998, **não** podem ser objeto de proteção como direitos autorais "I — as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; e II — os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios", dentre outros. Assim, não pode uma empresa chamar para si, com base na referida lei e no registro específico na Biblioteca Nacional, a propriedade de um gênero de programa, já que este representa uma ideia ou mesmo um esquema mental.

Este tipo de conduta representa má-fé em vários aspectos. Inicialmente, a representada atua de má-fé por deduzir pretensão contra texto expresso de Lei 9.601/98, conforme art. 17 I, do CPC. (ver, também, Recurso Especial 739.064 — MA). Tem-se aqui o chamado abuso macroscópico do processo ou abuso relativo à tutela jurisdicional globalmente considerada (STJ, 5ª T, REsp 314.479-RJ, rel. min. Edson Vidigal, j. 19.0602001, v.u., DJ 20.08.2001).[4]

No Agravo Regimental na Medida Cautelar 3.295 de São Paulo, a douta ministra Nancy Andrighi considerou que é "litigante de má-fé aquele que requer o provimento judicial contra texto expresso de lei e procede de modo temerário, tendo como objetivo a suspensão desarrazoada de processo de execução e renovação de lide já exaustivamente apreciada". (grifo nosso)

Veja que a conduta da representada não se ateve apenas a oferecer uma ou outra ação esporádica, mas uma série de ações, muitas delas seguidas, repetidas vezes, renovando lides, contra texto expresso de lei e com o mesmo argumento.

---

[2] Ver Apelação Cível 5731/95 de 04/06/96 — 6ª Câmara Cível do TJRJ — unânime — Des. rel. Itamar Barballo.

[3] Conforme 5ª Câmara de Direito privado do TJSP, no Agravo Regimental nº 225.882.4/1-01, da Comarca de Osasco/SP, com julgamento em 08/11/2001, tendo como relator o desembargador Marcus Vinícius dos Santos Andrade, e, publicado in RT v. 798, p. 131, na parte "Jurisprudência Selecionada", do cap. "Tendências jurisprudenciais civis" — Ver também a respeito deste provimento cautelar a decisão do REsp 425.276.

[4] ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 157-158.

Não bastasse isto, todas as ações tiveram (e algumas ainda têm) solicitações cautelares, com pretensões que a parte sabia de antemão serem precárias, dadas as diversas manifestações do Judiciário no sentido oposto. Assim, ao agir deste modo, ocultando e omitindo todos os precedentes contrários à sua pretensão, a parte procedeu de modo temerário, sabendo que estava provocando incidentes manifestamente infundados (consoante art. 17, V e VI do CPC).

Além disso, a retirada precoce de concorrentes do mercado, com base em liminares, sem ao menos discutir o mérito da questão, fundada em um suposto registro, que em nada assegura o direito reclamado, acaba por confundir os magistrados, que confiam na boa-fé daquele que pleiteou a referida medida liminar.

No caso de uma patente lícita, o que se pode observar é que existe uma troca, do ponto de vista social. Considerando uma patente ou um cultivar, tem-se, por um lado, a existência de um "monopólio" por um período de tempo razoável, capaz de remunerar o capital investido no invento, mas, por outro, há um ganho social relativo à própria inovação. Todavia, no presente caso, o autor não apresenta nenhuma invenção, não produz nada à sociedade com originalidade capaz de merecer amparo jurídico e, ao mesmo tempo, não só acaba por simular um direito que não o tem, na busca de ludibriar o Poder Judiciário, mas, também, assume uma conduta de risco que pode levar ao monopólio, considerando os custos processuais existentes.

Do ponto de vista dos incentivos, as ações que possuem este tipo de fundamentação desrespeitam o princípio concorrencial em diversos âmbitos, em variadas esferas.

No **nível mais externo**, há o risco da eliminação de concorrentes no mercado televisivo, sem qualquer contrapartida oferecida socialmente.

No **nível intermediário**, haverá menos concorrência no que diz respeito à negociação com anunciantes, o que pode acarretar um preço maior aos consumidores.

Ademais, o presente tipo de ação não busca atingir uma ideia de um programa qualquer, como programas de auditório ou de entrevistas, mas, sim, um programa de propagandas. Assim, tal prática, **no nível mais profundo**, acaba por atingir a própria ideia de concorrência, já que o que a parte solicita acaba tendo um efeito semelhante a uma patente sobre a "ideia" de compra e venda pela televisão. Qualquer canal que coloque uma pessoa falando, de forma descontraída, as características dos produtos a serem oferecidos, está buscando fazer nada mais nada menos do que uma oferta de compra e venda. Assim, chamar para si o direito de realizar este tipo de oferta, de forma monopolística,

significa acabar com a possibilidade de os consumidores perceberem a diferença de preço e de qualidade dos produtos existentes e disponíveis no mercado.[5]

Neste sentido, a proteção buscada aqui, por meio das referidas liminares, é contrária à própria noção de concorrência. Veja-se que o representante juntou um parecer bem contundente, que passo a transcrevê-lo textualmente, e que parece resumir este ponto de vista:

> os semitas e seus descendentes, mercadores e negociantes, espalhados por todo o mundo, devem ficar apreensivos. Afinal, alguém quer lhes tirar a característica histórica que os tornou famosos mercantilistas, querendo exclusividade sobre métodos de vendas pelo simples fato do surgimento de um meio eletrônico de exposição de mercadorias, a televisão. [...] As ideias de um lado são patrimônio comum de todos, não podendo ser de nenhuma forma apropriadas por qualquer pessoa, sob pena de censura e da regressão do próprio conhecimento, mola propulsora de todo o desenvolvimento social, tecnológico e cultural da humanidade. Sua transformação em obra ("res") é que poderia ter proteção, dependendo de seu conteúdo e finalidade. Qual a finalidade do programa Shop Tour? Informação e vendas. Ora, informação não é monopólio de ninguém, o que vale dizer que se reconhecido fosse o direito das demandantes à proteção autoral somente elas ou pessoas por elas autorizadas poderiam expor mercadorias ou serviços à venda pela televisão. O que é um verdadeiro absurdo, porque isso incluiria todos os anúncios produzidos por agências de publicidade "house-organs", produções independentes etc! [...] O programa "Shop Tour" não passa de um conjunto de métodos ou regras de comercialização, tão antigas quanto à história — a venda em balcão. Nem novidade é fazê-lo através da televisão — balcão eletrônico — usando o balconista desta feita, terno e gravata e passando gomalina nos cabelos. Isso garante o monopólio das vendas por meio de televisão a alguém? Em nenhum lugar do mundo oriental ou ocidental, civilizado. Parecer de Eliane Y. Abrão (fl. 119-123 dos autos)

[5] Segundo Calixto Salomão, a concorrência deve ser concebida como um processo de informação, como uma avaliação formal, que permite a disseminação da informação perante todas as pessoas. Tal processo, que permite a construção das curvas de oferta e demanda de forma natural e espontânea, trata do autoconhecimento da sociedade.

Tem-se aqui, portanto, uma espécie de ação que é, em teoria, contrária à concorrência em vários aspectos e não possui fundamento jurídico mínimo. Daí, pode-se questionar se a tese dos órgãos pareceristas está certa, de que a parte buscava defender no Judiciário, de boa-fé, um direito que julgava possuir.

Ora, cometer um erro tão grande, tão grosseiro, repetidas vezes, e insistir no erro, buscando induzir a erro o julgamento dos magistrados, com base em uma prova pré-constituída (registro público), em uma situação na qual há elevados custos de transação para reverter liminares ou decisões de primeira instância, que retiram concorrentes do mercado, é sem sombra de dúvida uma atitude extremamente arriscada do ponto de vista concorrencial. No direito concorrencial, o art. 20 da Lei 8.884/94 está assim escrito:

> Art. 20. 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; IV — exercer de forma abusiva posição dominante.

Tem-se assim, sob o prisma do standard de provas, uma estrutura dual nas lides concorrenciais, para que exista uma infração: (i) ou se prova, independentemente de culpa ou dolo, que existe um risco objetivamente determinado de produção de um dos efeitos previstos nos incisos do art. 20 ou (ii) se prova que a parte tinha por objeto, ou seja, tinha vontade de, causar os referidos efeitos.

Assim, ao se avaliar que a parte preferiu agir de forma extremamente arriscada, tendo o potencial de retirar concorrentes do mercado com base neste tipo de alegação frívola, tem-se que, por este tipo de comportamento, houve, sim, infração ao art. 20 da Lei 8.884/94. Mas, além disto, é possível considerar que a parte tinha plena noção do que estava fazendo, considerando a sua má-fé, e que estava pleiteando, no Judiciário, causas sem qualquer tipo de suporte jurídico.

Sobre este aspecto, basta olhar a grande quantidade de ações que foram impetradas contra grandes e relevantes concorrentes do mercado. Mesmo tendo uma série de decisões contrárias à sua pretensão, transitadas em julga-

do, que explicitamente mencionavam a falta de originalidade, a precariedade do título registrado na Biblioteca Nacional e a impossibilidade de se patentear um gênero televisivo, mesmo assim, a Box 3 continua, ainda hoje, a litigar no Judiciário, via novas ações, contra seus concorrentes, *com o mesmo fundamento*, como se verá a seguir. Portanto, neste cenário, é muito difícil argumentar que a Box 3 está de boa-fé, que não sabe o que está fazendo ou mesmo que apenas busca defender direitos que julga piamente ter.

Sobre a história das ações judiciais, há uma grande gama de ações que foram propostas no Judiciário e que passo a expor.

Antes, no entanto, de comentar todas estas ações, é relevante afirmar que a empresa representada (Box 3) é de propriedade de Luiz Galebe, que veicula anúncios da Shop Tour. Assim, algumas ações propostas no Judiciário foram apresentadas em nome da Shop Tour, outras em nome de Luiz Galebe e outras em nome especificamente da Box 3. Também, algumas destas ações foram apresentadas após o despacho de instauração do presente processo administrativo (sexta, oitava e nona ação abaixo mencionadas). Por outro lado, ter noção de todas estas lides judiciais possibilita ao intérprete avaliar com maior cuidado qual foi e qual está sendo a conduta da representada, ao longo do tempo.

Primeira ação

Em 18 de fevereiro de 1991, Luiz Antonio Cury Galebe e MC 3 Vídeo Produções Ltda. apresentaram ação cautelar alegando que o programa TV Shopping do SBT possuiria a mesma linguagem, roteiro, forma de apresentação, postura dos apresentadores, dentre outras questões semelhantes ao programa Shop Tour. Tal processo recebeu numeração 583.00.1991.719296-6. A referida ação, juntamente com a ação de indenização, foi proposta contra Arnaldo Farina Júnior, JPO Produções Ltda., SBT Sistema Brasileiro de Televisão, Osvaldo Luiz Carneiro de Castro, Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., Fundação Cásper Líbero — TV Gazeta, utilizando a argumentação de que estes estariam infringindo o seu direito autoral, devidamente registrado na Biblioteca Nacional, acima mencionado. Neste caso, a sentença julgou parcialmente procedente a ação para manter a proibição liminarmente concedida na cautelar e determinar que os réus se abstivessem de exibir os programas "TV

Shopping" e "Ponto de Venda", sob pena de multa diária de Cr$ 100.000,00. Condenaram-se os réus a custas de ambas as demandas, bem como honorários advocatícios de 15%. Com a referida decisão, foi possível retirar — efetivamente — os concorrentes da empresa Box 3 do mercado, ao menos por um período de tempo, com base no registro existente na Biblioteca Nacional.

Após, foram opostos embargos de declaração por JPO Produções Ltda., os quais restaram rejeitados. Arnaldo Farina Júnior, Osvaldo Luiz Carneiro de Castro (reiterando agravo retido), JPO Produções, Rádio e Televisão Bandeirantes e SBT apelaram pleiteando reforma integral da sentença. Tal apelação recebeu numeração 224.654-1/1. Luiz Galebe e MC 3 também apelaram pedindo alteração da sentença para que fosse dada indenização integral e reconhecido o direito autoral ao roteiro do seu programa e ao direito de marca extensivo ao nome TV Shopping. O TJ/SP não conheceu dos agravos retidos e deu provimento às apelações dos réus, considerando prejudicada a apelação dos autores (conforme p. 936 deste processo). O Tribunal de Justiça de São Paulo, em 25 de abril de 1996, considerou que não havia imitação de programas *in casu*. O que existia era um método de vendas assemelhado, utilizado em ambos os programas. Assim, tal similitude, segundo o Tribunal de Justiça "não justifica a proteção do direito autoral, mormente na transmissão televisiva. A apresentação do programa, o modo de se ofertar o produto, a exteriorização publicitária não são apropriáveis, juridicamente" (p. 942 dos autos). Além disto, o TJ/SP também considerou que

> são formas de expressão próprias desse meio de comunicação, como acontece com as telenovelas, com os jornais falados, com os programas de auditório, infantis ou para adultos, com os eventos esportivos. A concepção de um tipo de programa, especificamente para detalhar mercadorias e incentivar sua comercialização nada tem de original, tratando-se de assunto abordável a todos que se dedicam a esse tipo de atividade. Também não é tutelável, a maneira de exteriorização pessoal, manifestando-se nesse aspecto a capacidade e o talento do apresentador ou do locutor. São atributos pessoais, não abarcados pelo direito autoral.

Os autores ingressaram com recurso Especial. O recurso não foi conhecido, conforme decisão do ministro Ruy Rosado, proferida em 10 de março de 1997, havendo, assim, **trânsito em julgado.**

O SBT estimou que as perdas decorrente desta manobra judicial poderiam chegar a 10 ou 12 milhões de dólares (ver p. 929 dos autos).

Não conformados com esta decisão, Luiz Galebe e MC 3 apresentaram uma ação rescisória alegando que apenas foi analisado o direito autoral, mas não foi feita qualquer menção à infração sobre concorrência desleal. Tal processo foi autuado sob número 105.072.4/8 e, novamente, por meio de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo em 9 de novembro de 2000, mais uma vez afirmou-se que não há como se deferir o monopólio de um gênero televisivo a uma parte, tendo em vista o alto grau de generalidade deste tipo de proteção intelectual. O C. Superior Tribunal de Justiça no Agravo de Instrumento 447595/SP manteve o decreto de improcedência da aludida Ação Rescisória, em r. decisão que também já transitou em julgado (p. 1694 dos autos).

Segunda ação

Em 2 de outubro de 1997, a Box 3 Vídeo Publicidade e Produções Ltda., representada por Luiz Antônio Cury Galebe, e por intermédio do advogado Eduardo Pimenta, apresentou QUEIXA CRIME, sob número 908/97, **contra** AC Assessoria de Comunicação e TV Mar. A referida Queixa Crime foi distribuída na 5ª Vara Criminal de Santos, tendo como fundamento o mesmo registro na Biblioteca Nacional. Alegou-se que a imitação do referido "formato" do programa desrespeitava o art. 184 do Código Penal, bem como a legislação específica de direitos autorais. A queixa-crime oferecida, todavia, foi rejeitada.

No entanto, foi interposto recurso em sentido estrito (22 de dezembro de 1997) contra a decisão, sendo que o próprio Ministério Público do Estado de São Paulo pleiteou o não acolhimento do recurso e a responsabilização pessoal dos sócios das referidas empresas, já que não há "indício mínimo probatório que confirme a real ocorrência da violação de direito" (p. 546).

Terceira ação

Em 18 de março de 1999, a Box 3 protocolizou ação condenatória de não fazer com pedido de indenização em face de AC Assessoria de Comunicação e Comércio Ltda. (processo 545/99, p. 828 dos autos). De acordo com a petição inicial, a ré é produtora responsável do programa Mar Shopping Show, veiculado na cidade da Santos, pela TV Mar e também pelo Canal da Cidade

e, portanto, em concorrência com o programa da autora também transmitido para Santos e região, via TV a cabo. Por outro lado, segundo a Box 3, a concorrência praticada pela ré não se fundamenta nas regras "de boa-fé e, muito menos, de lealdade" (p. 831 dos autos). A base do seu pedido, novamente, foi o registro do formato do programa na Biblioteca Nacional. A empresa Box 3 solicitou liminar para retirar o seu concorrente do mercado, mas tal medida acabou indeferida, por inexistência de base jurídica para tanto. Também, o juiz Guilherme Ferreira da Cruz, considerou, em 20 de julho de 2000, que a ação deveria ser julgada improcedente, já que o registro da Biblioteca Nacional não conferia direito de uso exclusivo das práticas comerciais discutidas. Condenou-se a Box 3 ao pagamento de custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Irresignada, porém, a Box 3 apresentou um recurso de apelação em 20 de setembro de 2000, que foi processado sob número 191.819-4/2-00. No mérito, alegou que há configuração de concorrência desleal, o que legitima o pleito de suspensão de vinculação do programa televisivo da AC Assessoria. Entendeu o Tribunal de São Paulo ser irretorquível a argumentação de que o direito autoral alegado não é tutelado pela Lei 9.610/98. Também, considerou não haver, de forma alguma, possibilidade de os telespectadores incorrerem em erro, pelo simples fato de os programas apresentarem o mesmo gênero televisivo. Este acórdão foi publicado em 10/9/2008 (p. 1152 dos autos). Houve trânsito em julgado desta ação em 25/9/2008 (p. 1153).

Quarta ação

Em 9 de novembro de 1999, a Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. e Luiz Antônio Cury Galebe adentraram, no Judiciário, com pedido de Medida Cautelar preparatória de busca e apreensão, com suspensão de obra contrafeita (p. 154), via advogado Eduardo Sá Pimenta (OAB/SP 129.809-A), contra Vídeo In Comunicação Ltda./Fundação Cásper Líbero TV Gazeta, na 12ª Vara Cível de São Paulo — capital. A ação principal e a cautelar foram autuadas como Processo nº 583.00.2000.545177-4 e nº 583.00.1999.898045-4, respectivamente. Foi solicitada liminar e inicialmente indeferida. Todavia, solicitou-se reapreciação da matéria, de modo que foi revisado o posicionamento inicial acolhendo o pedido liminar que determinou a busca e apreensão dos videotapes do programa "Liquida Mix" (decisão em 5 de maio de 2000, p. 317). Também, proibiu-se a veiculação deste programa, sob pena de multa diária de R$ 50.000,00

por programa exibido. Retirou-se, **deste modo, um concorrente do mercado por um breve período de tempo, conforme decisão do juiz Paulo Alcides Amaral Sales (ver p. 217 e p. 317-319).** Todavia, em 30 de outubro de 2000, a referida liminar foi cassada em definitivo, sendo que em 23 de outubro de 2002 as referidas ações foram julgadas improcedentes. Considerou-se que a ideia, enquanto mera projeção psíquica das pessoas naturais, não recebe nenhuma proteção autoral, mas, apenas, a forma de expressão original, inovadora e singular merece guarida como obra intelectual a ser protegida. Assim, nos termos do artigo 7º e 8º da Lei de Direitos Autorais, considerou-se que o programa é mero sistema e método de veiculação de anúncios de televisão. Assim, a ideia de vender produtos e serviços pela televisão não poderia ser considerada, em si, como obra intelectual.

A Box 3 apresentou apelação cível nº 292.719-4/2, sendo que inicialmente o Voto nº 14913, relator des. Brevighen de 29/9/2004, deu provimento à mesma e ganho de causa à Box 3. Todavia, em momento posterior, por meio dos Embargos Infringentes sob número 292.719-4/6-02, novamente, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconsiderou sua posição e compreendeu que a Lei de Direitos Autorais não protege ideias, formatos, esquemas e planos. O Tribunal mencionou que:

> não se pode olvidar que a ideia e o formato de um programa não estão sob o pálio protecionista do direito autoral, assim como a configuração de um programa televisivo, visto que não há no seu feitio obra intelectual a ser protegida. Portanto, a Lei regente da matéria (Lei n. 9.610/98) não protege ideias, formatos, esquemas e planos (art. 8º). Ambos os programas visam vendas de produtos em rede televisivas e nisso são semelhantes, mas são diferentes nos respectivos roteiros e formatos. Ou seja, a semelhança subsiste na ideia de vendas de produtos e serviços pela televisão, mas não se pode inferir que a simples ideia seja uma obra intelectual, mormente em face da constatação da existência de outros programas do mesmo gênero que eram direcionados à venda de produtos pela televisão (cf. fls. 292). Programas existiam desde 1988 na comercialização em ofertar produtos, expor e detalhar mercadoria, a fim de incentivar sua venda. Pulverizada, portanto, a concepção da originalidade do programa do autor [...] A semelhança quanto à destinação da venda de produtos e serviços pela rede televisiva não gera confusão entre eles, pois são distintos entre si, mormente levando-se em consideração que nenhum deles segue os respectivos roteiros, registrados na Biblioteca Nacional, não se podendo invocar, a respeito, qual-

> quer prevalência de prioridade do registro. A semelhança, pelo que se infere da prova pericial instruída com as fotos em seus anexos, consiste no dinamismo dialético que todos os programas de televisão devem ter, mas com diferentes sutilezas criadas de chamariz para persuadir o tevente a optar pela compra do produto em oferta do momento. (p. 2095-2096 dos autos)

Também, [...] "**O resultado favorável na esteira dos requerimentos das Apelantes, traria [...] um perigoso precedente, afrontando o princípio da livre concorrência, abrigando o abuso do poder econômico**".

Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo compreendeu que se a presente pretensão fosse deferida "dar-se-ia mão ao monopólio televisivo tão em contrário à realidade atual" e poderia gerar um "inusitado poder econômico". (p. 1312 dos autos) Assim se posicionou o eminente relator dos Embargos Infringentes, Alberto Zvirblis:

> Veja que para existir abuso de poder econômico, segundo o Tribunal, bastaria que a empresa apelada não entrasse com embargos infringentes, o que demonstra que o próprio Tribunal reconhece a alta probabilidade de risco competitivo decorrente desta única ação.

Também, neste caso, o desembargador Álvaro Passos, voto vencedor, considerou que

> em se tratando de programas de televisão, os exemplos de semelhança entre eles são muitos, e nem por isso aquele que primeiro leva ao ar um programa, com determinado formato, idealizado desta ou daquela forma, tem a exclusividade da ideia. Fosse assim, não se poderia levar ao ar programas de entrevistas no qual o entrevistador fica sentado atrás de uma mesa e o entrevistado num sofá ao seu lado, interagindo com uma plateia de convidados; ou programas de variedades, tendo o apresentador atrás de si vistosas dançarinas e à sua frente animada plateia; ou ainda programas humorísticos, com cenas cômicas que se sucedem, com quadros isolados uns dos outros. Podemos citar ainda programas de calouros, reality shows, mesas redondas, com a participação de jogadores após as partidas de futebol, telejornais, e até mesmo as populares novelas. (p. 1696 dos autos)

Enfim, os Embargos Infringentes foram rejeitados. Interpostos Recurso Especial e Extraordinário quanto a este caso por parte da Box 3, foram eles inadmitidos, o que ensejou a apresentação de dois agravos de instrumento, providos no STJ e STF, tendo sido determinada a subida dos referidos Recursos, nas respectivas instâncias especiais. (p. 1302 dos autos)

No STJ, processou-se o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento sob número 1.029.958 — SP. O eminente relator Sidnei Beneti, em 19 de março de 2009, considerou que quando da interposição do Agravo de Instrumento, não foi impugnada a decisão que obstou a subida do Apelo Excepcional em toda a sua extensão, mormente quanto à afirmação de que o Acórdão, ao decidir da forma impugnada, assim o fez em decorrência de convicção formada pela Turma Julgadora analisando as provas e circunstâncias fáticas próprias do processo "sub judice", sendo certo, por esse prisma, aterem-se as razões do recurso a uma perspectiva de reexame desses elementos. Por este motivo, não haveria como contornar o óbice constante da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Verificou-se em 22 de abril de 2009 o trânsito em julgado da referida ação.

Quinta ação

Em 25 de novembro de 1997, a Shop Tour International Corporation protocolizou na 1ª Vara da Justiça Federal de São Paulo a Ação Declaratória 97.55101-6 **(**atualmente sob n. 0055101-41.1997.4.03.6100) contra União Federal; AC Assessoria de Comunicação — General Marketing do Brasil; Shop & Lazer; Super Promoções Propaganda; e Agronauta Vídeo Produções e Eventos (p. 442). Nesta ação, a Shop Tour alega que tomou conhecimento que sua obra intelectual, devidamente registrada na Biblioteca Nacional, havia sido copiada por outras empresas. Assim, a União Federal não primou pelo respeito aos Tratos Internacionais de Direito Autoral, permitindo que terceiros violassem estes normativos (Convenção de Berna, Trips, dentre outros). Assim, a Shop Tour requisitou liminarmente que as rés não mais utilizassem este tipo de programa, sob penal de 1.000 salários mínimos por dia, além da condenação da ré nas cominações legais e nos honorários advocatícios.

Mesmo instada a se manifestar, a representada Box 3 não trouxe informação aos autos de qual teria sido o desenrolar desta ação, mas é no

mínimo curioso que a própria União Federal tenha sido parte do referido processo. De acordo com informação do site da Justiça Federal, verifica-se que até hoje não houve julgamento da questão, sendo que apenas em 2010 os autos foram para perícia, com o objetivo de avaliar se há ou não direito das partes.

Sexta ação

Em 12 de julho de 2000, a empresa do dr. Galebe, Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. e Outro propuseram ação cautelar de busca e apreensão, com pedido de suspensão da divulgação de programa de televisão (p. 8) contra 3 A Negócios Publicitários e Marketing Ltda. e Outro, sendo processado com o número 583.00.2000.579552-2. O juiz de Direito da 2ª Vara Cível deferiu pedido de liminar para apreensão de tapes de áudio e vídeo relativos ao programa Telemídia Ofertas, impondo multa por programa que fosse exibido em desacordo com a referida decisão. Todavia, a 3 A entrou com Agravo de Instrumento 168.921-4/4 com pedido liminar, objetivando cassar a referida decisão. Alertou ao Judiciário que se tratava de um engendrado e malicioso jogo de palavras e que a Box 3 já havia proposto outras ações similares sem êxito. Alegou que o que buscava a Box 3 era uma indevida reserva de mercado e que de forma arrogante, os agravados buscavam ter para si um gênero de televisão.

De acordo com a argumentação da 3 A, às folhas 240 destes autos,

> Os vinte e um dias em que foi obrigada a não exibir o programa**, foram mais que suficientes para levá-la à bancarrota**. Desta forma, face aos inúmeros danos sofridos, pela ora representante no interregno em que foi obrigada a tirar o programa do ar, a mesma perdeu todos os anunciantes, patrocinadores e demais investidores que acreditavam no potencial que sem sombra de dúvida possuía, assim como a credibilidade que jamais será recuperada, em função dos danos que foram ocasionados pela tentativa da ora representada de exercer um verdadeiro monopólio ilegal.

Em 8/11/2000, o relator Cesar Faria inicialmente negou efeito suspensivo ao Agravo (folha 322 dos autos e 1482 dos autos), mas, após, reviu sua decisão e deferiu o efeito, mas, no mérito do agravo, negou procedência, já que, no seu entendimento, à primeira vista, o registro do roteiro do programa junto

à Biblioteca Nacional representava uma evidência preliminar de proteção da referida pretensão. Enfim, tal argumento foi suficiente para retirar um concorrente do mercado, enquanto a questão de mérito da ação principal era decidida pelo Judiciário, conforme se verifica às folhas 8 destes autos.

Mesmo instada a se manifestar, a representada Box 3 não trouxe informação aos autos de qual teria sido o inteiro teor da decisão final da ação ou se a concorrente Telemídia ainda continua no mercado. De todo modo, analisando as informações que constam no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi possível compreender o que aconteceu.

Com efeito, após esta discussão sobre a liminar, tem-se o relatório da Apelação Cível com revisão 329.457-4/9-00, feito pela Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que demonstra que, após a referida liminar, sucederam-se os seguintes fatos:

> em contestação (fls 37/62), a corré Rede 21 Comunicações Ltda. sustentou que o programa "Shop Tour" não pode ser considerado obra intelectual e, portanto, não faz *jus* à proteção legal invocada pelos autores. Arguiu a inexistência de proteção autoral à ideia. Sustentou que programas nos moldes do "Shop Tour" não são novidade e que os autores pretendem monopolizar o mercado de vendas pela televisão. Afirmou que esta tentativa de monopólio já foi objeto de representação protocolada junto ao Ministério da Justiça (fl. 79). Invocou o princípio da livre concorrência (CF, art. 170, IV). Sustentou que os programas "Shop Tour" e "Telemídia Ofertas" pertencem ao mesmo gênero e que as semelhanças apontadas no laudo pericial (fls. 179/199 dos autos em apenso) são insuficientes para a caracterização da propalada contrafação. Impugnou os danos materiais e morais suscitados. A corré 3 A Negócios Publicitários e Marketing Ltda. apresentou contestação e reconvenção. Em contestação (fls 83/95), arguiu preliminar de falta de interesse processual e, no mérito, sustentou que o programa "Shop Tour" não pode ser considerado obra intelectual protegida pela Lei 9.610/98. Disse que as semelhanças na concepção e metodologia dos programas não afrontam os direitos do autor, pois são comuns no segmento de vendas em que as partes atuam. Sustentou que os autores litigam de má-fé e que a interrupção das transmissões do programa "Telemídia Ofertas" lhe trouxe sérios prejuízos. Afirmou inexistente o nexo causal entre sua conduta e os danos mencionados na inicial. Em reconvenção (fls. 107/124), sustentou que os autores pretendem monopolizar o co-

> mércio de produtos pela televisão. Invocou o princípio constitucional da igualdade (CF, art 5º, *caput*) e requereu a condenação dos autores no pagamento de indenização por danos materiais e morais no valor de R$ 2.400.000,00. Ao final, requereu a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita. Ainda, apresentou a corré 3 A Negócios Publicitários e Marketing Ltda. exceção de suspeição (fls. 142/144) relativa aos peritos do laudo apresentado nos autos da medida cautelar (fls 179/199). Houve produção de prova pericial (fls 356/393) e testemunhal (fls. 605/611). A r. sentença julgou prejudicada a exceção de suspeição ofertada às 142/144 e, com fulcro no parecer do assistente técnico da corré Rede 21 Comunicações Ltda. (fls. 473/489), na prova testemunhal (fls. 605/611) e nos documentos dos autos, julgou improcedentes a medida cautelar e a ação principal e parcialmente procedente a reconvenção. Entendeu que não comprovada a prática de contrafação, tampouco a concorrência desleal apontada pelos autores. Na fundamentação da decisão, reproduziu trechos de julgados envolvendo questões semelhantes às discutidas nos autos. **Condenou os autores no pagamento das perdas e danos decorrentes da suspensão da transmissão do programa "Telemídia Ofertas", com apuração em regular liquidação de sentença, bem como no pagamento de indenização por danos morais equivalente a 30% do valor das perdas e danos.** Impôs aos autores o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da ação principal e da medida cautelar. Inconformados, os autores apelam. Em suas razões (fls. 691/697), sustentam que a magistrada valorou mal as provas dos autos. Alegam que o parecer técnico de fls. 473/489 é parcial e não reflete a realidade dos fatos. Sustentam que os laudos oficiais da medida cautelar (fls 179/199) e da ação principal (fls 356/393) comprovam a prática de contrafação e concorrência desleal pelas requeridas. Afirmam que o julgamento da r. sentença foi proferido por analogia, o que somente é permitido quando inexistentes outros elementos de convencimento, não sendo este o caso dos autos. Sustentam que a suspensão da exibição do programa "Telemídia Ofertas" foi regularmente determinada e não causou qualquer dano à corré reconvinte. Pedem a reforma da r. sentença. (grifo nosso)

Mais uma vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo rechaçou, veementemente, a tese das requerentes, porque o referido registro da Biblioteca Nacional não seria suficiente para dar guarida à tese da Box 3. Ademais, "as similitudes entre os programas 'Shop Tour' e 'Telemídia Ofertas' não os tor-

nam idênticos" e não foi "comprovada a originalidade do programa 'Shop Tour', requisito essencial na aferição de eventual reprodução não autorizada da obra". Por isto, reconheceu-se o direito de perdas e danos que o canal Telemídia teve ao ficar fora do ar, durante o tempo em que perduraram os efeitos do pedido liminar.

A Box 3 opôs Embargos de Declaração 329.457.4/0-01, com o propósito de pré-questionar a decisão do Tribunal. Ocorre que, segundo o Tribunal, tais embargos de declaração não contêm assinatura e consoante jurisprudência do C. STJ, embargos de declaração sem assinatura do advogado, nas instâncias ordinárias, são "recurso" inexistente (STJ 6ª Turma, REsp 223.748-SP, rel. min. Fernando Gonçalves, j 16 3 00, não conheceram, DJU 10 4.00, p 138). Também, o Tribunal entendeu não haver qualquer omissão que justificasse os embargos.

A Box 3 deve ter apresentado Recursos Especiais e Extraordinários, que resultaram no Agravo de Instrumento 1.173.513 — SP, mas conforme se verifica pela decisão do Ministro Cesar Rocha, o advogado não apresentou procuração e **transitou em julgado a decisão em novembro de 2009.** Novamente, tais informações foram obtidas na internet e a parte não auxiliou a compreender exatamente o andamento processual, em especial esta última parte do processo.

Sétima ação

A Box 3 Vídeo Publicidade e Produções Ltda. e a Léo Produções e Publicidade Ltda. apresentaram medida cautelar inominada preparatória de ação de indenização com pedido de liminar visando a suspensão dos programas "Super Shop" e "Shop & Lazer" (p. 331), proposta pelo advogado Eduardo S. Pimenta (OAB/SP 129.809-A) em face de General Marketing do Brasil Ltda. — Shop e Lazer e Super Shop. Tal ação foi apresentada na 5ª Vara Cível de Campinas/SP em 19 de março de 1998, sendo autuada como Processo nº 684/98 e com base no registro da Biblioteca Nacional, sob número 67.570, Livro 078, Folha 227. Afirmou a Box 3 que "após o carnaval/98", foi

> surpreendida com outro programa de mesmo roteiro, no mesmo gênero, com título similar, e Marca equivalente, sendo veiculado pelo Canal TV Brasil/ SBT/ Campinas, diariamente às 12:00 hs, de segunda a sábado, com reprise à 1:30 da madrugada [...] e pela Net/Campinas, Canal 20 e Canal 25, também diariamente, respectivamente nos seguintes horários 13:00 e reprise às 21:00 e 20:00.

Alegou ser um caso de concorrência desleal. Em sua defesa, a General Marketing do Brasil Ltda. alegou que "há muito tempo se pretende, principalmente a coautora Box 3 Vídeo e Publicidade, retirar do ar programas concorrentes sob o argumento da titularidade de direito autoral", sempre sendo rechaçado tal intento pelo Judiciário. Também, afirmou-se que a Box 3 intentou ação de natureza criminal contra a empresa General Marketing, por infração ao direito autoral, sendo que a 2ª Vara Criminal compreendeu não haver base jurídica para tal acusação. Em 24 de março de 1998, o pedido de liminar foi indeferido. Neste sentido, a Box 3 interpôs agravo de instrumento (AI nº 84.031-4/0) contra decisão que indeferiu o pedido de liminar. Foi negado provimento ao referido agravo em 25 de agosto de 1998. Após, foram opostos embargos de declaração (ED nº 84.031-4/2-01) (petição p. 75) contra acórdão que conheceu, mas negou provimento a agravo de instrumento. Em 24 de novembro de 1998, os embargos foram rejeitados.

Em 1º de abril de 1998, a Box adentrou com nova ação judicial (processo 832/98), de busca e apreensão e suspensão de programa da General Marketing, alegando ser diferente a causa de pedir. Na primeira ação, a causa de pedir seria o direito autoral e a segunda ação teria como causa de pedir o suposto crime de concorrência desleal. Todavia, a juíza Mariella Ferraz de Arruda Nogueira reconheceu, em 17 de julho de 1998, que embora as ações tivessem diferentes fundamentos, havia identidade de causa de pedir e possibilidade de decisões contraditórias, motivo pelo qual considerou as demandas conexas.

Posteriormente, as partes enfim protocolizaram a ação de indenização, mas não se sabe qual teria sido o impacto da decisão, já que a Box 3, instada a se manifestar, não esclareceu a respeito da presente demanda.

Oitava ação

Em 18 de maio de 2005, a Box 3 Vídeo representada por seu sócio gerente Luiz Antônio C. Galebe apresentou Ação Ordinária cumulada com pedido de indenização e antecipação de tutela em face de Canal Brasileiro da Informação — CBI Ltda., sob número 583.00.2005.051334-6 (número de ordem 792/05). Alega a Box 3 que possuía parceria com o Canal CBI por diversos anos, sendo que o referido programa vinha sendo exibido diversas horas diárias na programação da requerida. Também, alegou-se que em 20 de dezembro de 2004, a Box 3 recebeu uma correspondência do canal CBI no sentido de que o

programa Shop Tour iria ser transmitido apenas e exclusivamente até 31 de março de 2005 no referido canal. Alegou que a notificação foi unilateral e desmotivada. Mais do que isto, alegou que enviou uma correspondência ao canal CBI informando que o referido canal estaria impedido de "veicular qualquer programação igual ou semelhante àquela do programa Shop Tour, sob pena de praticar ato de concorrência desleal" (p. 1377 dos autos).

Todavia, o referido canal passou a transmitir o Mix TV. De acordo com a representada, o Mix TV era "uma cópia do programa Shop Tour" que era exibido em seu lugar, com audiência garantida de antemão (conquistada mediante árduo trabalho) e, "como se não bastasse, tudo isto por um preço até 50% (cinquenta por cento) inferior ao cobrado pelo Shop Tour". A representada entendeu que a requerida estava pegando carona em 10 anos de Shop Tour, captando seus clientes e com preços muito baixos, que — de acordo com a Box 3 — representavam "preços predatórios". Considerou que para veicular 28 inserções de um minuto e trinta segundos de propaganda, a Mix TV propôs o preço de R$ 13.440,00, abaixo da prática de mercado que deveria ser de R$ 32.624,00. Também, avaliou a oferta para um cliente de 224 inserções pelo valor de R$ 30.000,00, o que resultaria em preço equivalente a R$ 133,92 por inserção. Tal preço seria, na visão da Shop Tour, impraticável e não conseguiria cobrir as despesas do negócio. Novamente, alegou-se que o registro da Biblioteca Nacional impediria a cópia do gênero do programa por outro.

Em 17 de maio de 2005, o juiz Nilson Wilfred Ivanhé Pinheiro, com base no registro da Biblioteca Nacional, concedeu a liminar para a suspensão da transmissão do programa Mix TV (p. 1608 dos autos). Ou seja, conseguiu-se retirar, novamente, um concorrente do mercado, utilizando-se, novamente, deste tão controverso argumento.

Todavia, a sentença proferida pelo D. Juízo da 37ª Vara Cível do Fórum Central da Comarca da Capital, dr. Guilherme Ferreira da Cruz, decidiu pela improcedência do pedido da Box 3, por considerar que não há a proteção alegada na Lei 9.610/98 e que o registro da Biblioteca Nacional é insuficiente para amparar a referida pretensão.

Em razão disto, no dia 17 de fevereiro de 2009, a Bitelli Advogados, representando a Box 3, apresentou recurso de apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Todavia, a Apelação 994093257345, relatada por Natan Zelinschi de Arruda, em agosto de 2010, acabou por, mais uma vez, afastar a referida pretensão. De acordo com o Tribunal

> Os apelantes fazem referências reiteradas sobre o caso em exame se destacar por concorrência desleal em televisão, no entanto não trazem

> supedâneo que dê guarida às afirmações. Os programas em questão têm por aspecto teleológico anunciar produtos disponíveis à venda, o que envolve simples questão mercadológica, não se identificando nenhuma descoberta *sui generis* [...] não existe proteção da ideia na acepção do termo, prevalecendo, assim, o resultado, conforme disposto no artigo 8º, inciso I, da Lei n. 9.610/98, portanto não se caracteriza imitação ou mesmo plágio que se reportaria à atividade intelectual.

Esta ação, a princípio, ainda não transitou em julgado.

Nona ação

Em 11.11.2009, no Fórum da Comarca de Santo André/SP, Shop Tour TV Ltda., Box 3 e Luiz Antônio Cury Galebe ajuizaram Ação Cominatória c/c indenização por Ato ilícito pelo Rito Ordinário com pedido de antecipação dos efeitos da tutela (processo 554.01.2009.044051-7 em trâmite perante a 9ª Vara Cível) contra a Rede TV+ ABC Ltda., que, segundo informação da Box 3, refere-se, também, à prática de concorrência desleal e parasitária, com base no registro da Biblioteca Nacional. Para a Box 3, "a concorrência desleal mencionada consistia na tomada do canal 14 do line up da Net São Paulo, haja vista proposta hostil feita pela TV+ na Oferta Pública do referido canal, que há 11 anos veiculava a programação Shop Tour, violando os direitos de autor da mesma".

O D. Juízo da 9ª Vara Cível de Santo André/SP deferiu a liminar, obstando a contratação dos corréus acerca do canal 14 do line up da corré Net São Paulo. Entretanto, posteriormente, o D. Juízo entendeu por bem se retratar, revogando, então a liminar, o que culminou com a saída da programação do Shop Tour do line up da Net São Paulo. Atualmente, o processo está em fase de instrução.

Outras ações

Além destas ações contra concorrentes, sabe-se que a Box 3 também entrou com ação contra a Shop Time, conforme Agravo de Instrumento 994.99.056391-5, da 5ª Câmara de Direito Privado, e da ação ordinária 943185/1999, da 22ª Vara Cível, que possivelmente alega haver similitude entre os programas, mas

não se sabe qual fundamento foi utilizado pela requerente (se houve ou não menção ao registro da Biblioteca Nacional). Também, a Shop Tour alegou, em outra ação, que a Shop Time não poderia utilizar em sua marca o vocábulo "shop".[6] Todavia, como não se tem cópias destes processos, entende-se não ser razoável fazer qualquer análise sobre os mesmos. Também, se tem notícia de que há processos contra a Rede Brasil (Sociedade de Teleedução Comunitária Cultural São Caetano Ltda.), mas, da mesma forma, prefere-se não fazer menção aos mesmos.

---

[6] APELAÇÃO CIVIL no MS Nº 2000.02.01.034430-1/RJ — PROCESSO ORIGINÁRIO Nº 99.00.63750-0/RJ BOX 3 VÍDEO PUBLICIDADE E PRODUÇÕES LTDA E LUIZ ANTÔNIO CURY impetraram mandado de segurança contra o presidente do INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL — INPI visando a suspensão da concessão do registro SHOP TIME, na classe 38.10, pelo INPI. Como causa de pedir salientaram que o segundo impetrante seria titular e detentor de direitos autorais da obra audiovisual SHOP TOUR e a primeira impetrante tem o registro da marca SHOP TOUR na classe 38.10 (serviços de comunicação, publicidade e propaganda), com certificado expedido em 29/1/91; que a SKY SHOP obteve registro no INPI, na mesma classe, da marca SHOP TIME; que houve violação de direito autoral a causar prejuízo aos impetrantes. Sentença no sentido da extinção do processo sem exame do mérito, eis que seria imprescindível prova técnica incompatível com o *mandamus*. Apelação no sentido de que os impetrantes são titulares de direito líquido e certo, razão pela qual cabível o provimento do apelo para que haja concessão de segurança (fls. 165/181). Contrarrazões do INPI, às fls. 185/188, no sentido da manutenção do julgado. O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do apelo (fls. 212/215). É o relatório.(...) "EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PARA EXAME DE COLIDÊNCIA DE MARCAS. § 3º DO ART. 515 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE IMITAÇÃO OU CONFLITO. DENEGAÇÃO. I — O mandado do segurança é instrumento hábil à verificação de eventual imitação e colidência entre as marcas "SHOP TOUR" e "SHOP TIME", inexistindo necessidade de exame pericial; II — Aplicabilidade do § 3º do art. 515 do CPC, na medida em que a causa encontra-se madura para julgamento de mérito; III — A expressão estrangeira "SHOP" é de uso genérico e insuscetível, individualmente, de registro; IV — A agregação das expressões "TOUR" e "TIME" nas aludidas marcas cria diferencial que, somado ao elemento figurativo, seria suficiente para afastar qualquer confusão por parte do consumidor; V — Apelo conhecido e provido parcialmente para, afastada a extinção sem exame do mérito, denegar a segurança." (...) A pretensão não merece acolhida. A marca mista SHOP TOUR não conflita com a marca SHOP TIME, inexistindo qualquer contrariedade à legislação, notadamente aos incisos XVII e XIX do art. 124 da Lei 9.279/96. As aludidas marcas, apesar de integrarem a mesma classe, têm suficiente distintividade a afastar qualquer risco de confusão por parte do consumidor. Vale observar que a única expressão comum às duas marcas envolve a palavra estrangeira "SHOP", termo genérico insuscetível de registro isoladamente. Esclareceu o INPI com precisão: "Depreende-se, ainda, que até mesmo na tradução as marcas são distintas. Como se vê a palavra 'SHOP' desacompanhada de outra palavra significa loja ou como verbo significa comprar". Sozinha, inclusive, é um termo genérico, não sendo passível de registro para um único titular. E, estando acompanhada, será verificada no seu conjunto para exame de sua registrabilidade." O público consumidor específico não será levado à confusão, na medida em que a agregação da expressão 'TOUR' gera distinção suficiente da marca que anexou a palavra 'TIME', notadamente diante do acréscimo do elemento figurativo. (...) Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que é possível a coexistência de marcas no universo mercantil, mesmo que a mais recente contenha reprodução parcial de outra mais antiga, se destinando ambas a um mesmo ramo de atividade, desde que não exista possibilidade de erro, confusão ou dúvida. (REsp 37.646-RJ, reg. 93/0022090-0, 4ª Turma, rel. min. Sálvio de Figueiredo, DJU 13.6.94, p. 15111, RSTJ 64/223) Ver, também, Medida Cautelar 4.271-SP do STJ.

Avaliação do risco

No direito concorrencial, para se configurar uma prática infrativa, ou se prova o risco de um efeito anticompetitivo ou se prova o dolo da parte em querer um efeito anticompetitivo, por meio de uma ação propositiva.

No presente caso, não houve apenas risco de danos ao ambiente concorrencial, houve danos efetivos, com a eliminação de concorrentes, por diversos períodos e lapsos de tempo, por motivação esdrúxula e que, várias e várias vezes, o Judiciário teve o trabalho de refutar os ardilosos argumentos utilizados pelas partes. O quadro abaixo demonstra que a Box 3, até o momento, não conseguiu ganhar nenhuma ação, apenas provimentos iniciais!

	Entrada	1ª Instância Cautelar	1ª Instância mérito	2ª Instância mérito final
Primeira Ação	18/2/91	Ganhou	Ganhou	Perdeu — Trânsito mar./97 — O SBT alegou que entraria com ação solicitando reparação de 10 milhões de dólares pelo tempo que ficou fora do mercado em razão da cautelar.
Segunda Ação	2/10/97	Perdeu	Perdeu	Perdeu — Não se sabe quando ocorreu o trânsito.
Terceira Ação	18/3/99	Perdeu	Perdeu	Perdeu — Trânsito set./08.
Quarta Ação	9/11/99	Ganhou temporariamente, posteriormente revertido	Perdeu	Perdeu — Trânsito abr./09 — com explícita menção ao abuso do poder de mercado em razão da utilização abusiva do Judiciário.
Quinta Ação	25/11/97	Em instrução		
Sexta Ação	12/7/00	Ganhou	Perdeu	Perdeu — Trânsito nov./09 com ressarcimento das perdas da cautelar.
Sétima Ação	19/3/98	Perdeu e perdeu também a cautelar em segunda instância	Não se sabe	
Oitava Ação	18/5/05	Ganhou temporariamente, posteriormente revertido	Perdeu	Perdeu (ainda não transitou em julgado).
Nona Ação	11/11/09	Ganhou temporariamente, posteriormente revertido	Em instrução	

De acordo com United States of America. U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit. USS-POSCO Industries contra Costa Building & Construction Trade Council, a Suprema Corte norte-americana compreendeu que mesmo que por sorte o impetrante obtenha algumas decisões favoráveis, tal fato não retira o caráter anticompetitivo de uma ampla estratégia de abusar do Direito de Petição.

Assim, mesmo que a Box 3 tenha ganho poucos provimentos iniciais, ouso discordar da SDE, da Procuradoria do Cade e do MPF. Não é possível concordar com todo este ambiente, injusto, criado por causas frívolas, que garantiram maior poder de mercado, com base exclusivamente em argumentos ardilosos que simularam um suposto direito inexistente. Direito este que as partes, após a decisão do ministro Ruy Rosado, em 1997, já sabiam — de antemão — que não era sólido ou mesmo justificável.

Se já havia trânsito em julgado em abril de 1997 contra este tipo de fundamentação, continuar a deduzir pretensões liminares, contra texto expresso de lei — e sem fazer menção aos precedentes desta matéria, para retirar rivais do mercado, é, certamente, uma conduta de risco proibitivo.

Não se está aqui pretendendo impedir o acesso ao Judiciário. Certamente, não existe uma súmula vinculante sobre esta matéria e não há óbice formal para pleitear a revisão da pacífica jurisprudência dos tribunais sobre a interpretação do art. 8º da Lei 9.601/98, por mais clara que seja a sua redação.

Todavia, como bem pontuou o Conselheiro Olavo Chinaglia, em seu voto no caso Seva/Simens "O que é juridicamente inaceitável, e aqui reside o sinal distintivo da predação judicial, é que os esforços do autor da ação estejam voltados não para vencer o concorrente no mérito do feito, mas para derrotá-lo ou prejudicá-lo na arena dos negócios por meio dos danos colaterais advindos da própria existência do processo".

A mera existência dos processos já beneficiou, ilicitamente, a Box 3, que não atuou com lealdade processual. Diz-se isto porque, já sabendo que o seu pleito havia sido várias vezes refutado pelo Poder Judiciário — e que sua interpretação destoa da literal interpretação da Lei de Direitos Autorais, como conduta de lealdade processual, a representada DEVERIA dizer que está solicitando a revisão de uma interpretação sólida sobre esta matéria. Também, a parte NÃO PODERIA fazer a solicitação de exclusão de concorrentes via medida liminar, a respeito de um assunto como este, neste contexto específico e com base neste argumento. Um pedido liminar é um pedido precário, com análise perfunctória, no qual o juiz não está de posse de todos os elementos suficientes a construir sua convicção sobre o mérito da causa.

Nas palavras de Kazuo WATANABE,

> numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade). No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo [...]. Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial) segundo a extensão permitida. No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta). Há, ainda, a cognição em sua forma mais tênue e rarefeita, sendo mesmo eventual [...]. Ovídio Baptista da Silva, analisando o conceito de cognição sumária de Chiovenda, anota que a cognição do juiz é diferente da ordinária 'por ser incompleta em virtude de sua superficialidade, ou parcialidade, segundo a redução da área de cognição se faça em corte horizontal, permitindo ao juiz que conheça de todas as sugestões porém apenas superficialmente; ou, ao contrário, eliminando a cognição de uma área toda de questões, cortando-se no sentido vertical a cognição'.[7]

De acordo com Helena Najjar Abdo,[8]

> não há dúvidas de que o uso indiscriminado das formas de tutela de urgência gera risco de abusos. E isso ocorre porque as tais tutelas de urgência são concedidas, em geral, mediante cognição sumária, com postecipação do contraditório. Assim, a atividade cognitiva do juiz é superficial [...]. Todos os provimentos proferidos com base em cognição sumária podem ser definidos como juízos de probabilidade ou de verossimilhança [...]. No afã de atingir o grau máximo da efetividade do processo, proporcionando o acesso à ordem jurídica justa, a ciência processual enfrentou — e ainda hoje enfrenta — uma crise de valores, com a proliferação de tutelas ditas diferenciadas ou especiais. Por conseguinte, é preciso cautela no delineamento legislativo e no deferimento judicial dessas modalidades de tutela, para evitar a ocorrência de desvios de finalidade [...]. O abuso, nesses casos, verifica-se pela deturpação da finalidade da medida liminar, seja ela de natureza cautelar ou antecipatória. Ocorre quando a parte pretende conseguir, com a medida requerida, outros efeitos que não aqueles intrínsecos a esse tipo de

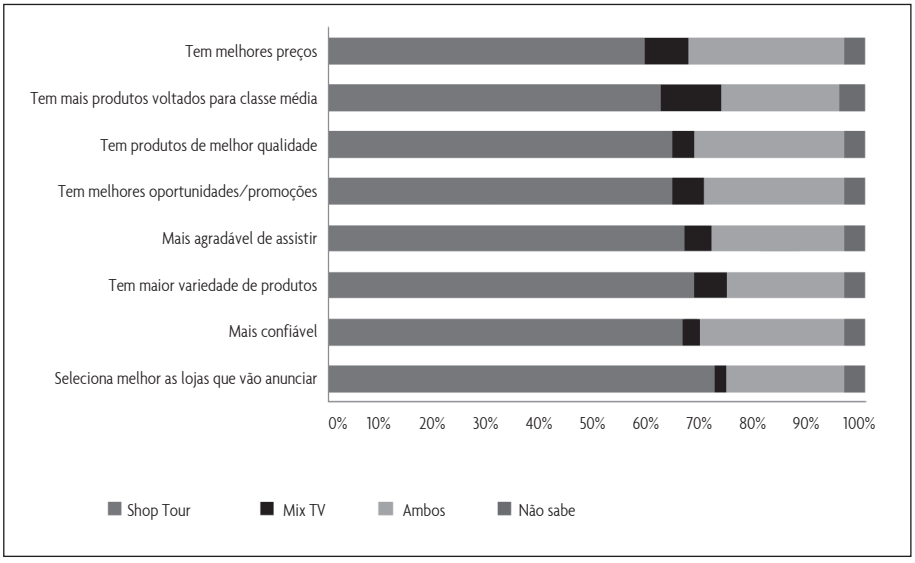
[7] WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1987, p. 84.
[8] Op. cit. p. 211.

tutela de urgência, ou seja, assegurar a efetividade da tutela final, evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação.

Assim, os pedidos liminares, nos moldes deste caso, acarretaram risco sobre o ambiente concorrencial, não compensado por qualquer espécie de eficiências. Aliás, o próprio Judiciário reconheceu textualmente que se a parte tivesse êxito em sua pretensão, tal decisão permitiria o abuso de Poder Econômico.

Para se ter uma noção a respeito dos efeitos anticompetitivos destas liminares, há estudos de opinião, solicitados por Shop Tour, juntados às folhas 1774 e 1775 dos autos, para saber se e em que sentido o público avaliava a Mix TV em relação à Shop Tour (lembrando-se que a Mix TV foi e continua sendo alvo de ações judiciais da Box 3). De acordo com a mencionada reportagem:

> PROPAGANDA DA BOX 3 — FL.1775 DOS AUTOS
> quando se fala em canal de vendas, o primeiro que vem à cabeça do telespectador é o Shop Tour. Shop Tour é o Top of Mind de canal de TV voltado exclusivamente para vendas. Com 43% de lembrança contra 16% do Shop Time e 10% da Mix TV. Em um estudo mais detalhado, pode-se dizer que o Shop Tour supera a Mix TV sendo percebido como canal que propicia melhores negócios, além de ser melhor para assistir. Veja a seguir gráfico que comprova como o Shop Tour é percebido em relação à concorrência:



Mesmo quem costuma assistir à MixTV avalia muito melhor o Shop Tour na maioria dos aspectos. Isso não é para qualquer canal de vendas. É só para o melhor.

A Fundação Cásper Líbero e Vídeo In Comunicações Ltda., em 6 de fevereiro de 2004, informou à SDE que a Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. (produtora do Programa Shop Tour) possuía 50% do mercado de anúncios televisivos transmitidos por esta modalidade de programa, enquanto que as mesmas, como produtoras do Liquida Mix, possuiriam 25% do mercado. Ao ser questionada a respeito de sua participação de mercado, entre os anos de 1999 e 2009, 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 Teleedução 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.

O Judiciário, também, reconheceu direito à indenização, pelo fato de um programa específico ter ficado fora do ar, durante a tramitação do processo. Reconheceu-se, assim, que a liberdade do sujeito processual específico é relativa e que o ajuizamento daquela ação trouxe consequências desfavoráveis a uma das partes, que necessitavam reparação. Ocorre que, ao avaliar e mensurar tais efeitos deletérios, decorrentes do abuso do direito de petição, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou, como era de se esperar, os Direitos de Primeira Geração, das partes envolvidas. Não obstante este aspecto, a concorrência, como Direito Difuso, como Direito de Terceira Geração, foi e continua sendo aviltado, pelos referidos processos, tendo reflexos sobre toda a sociedade.

Não há dúvidas de que se está frente a ações sem a mínima base jurídica (*objective baseless claims*), que acarretaram danos concorrenciais. É com base nesta visão mais geral, que compreendo ser dever desta autarquia reprimir e condenar a empresa Box 3, nos termos do art. 20 e 21, IV e V da Lei 8.884/94. Quanto à Leo Produções, a mesma não foi sequer citada no presente caso, motivo pelo qual não se analisará o processo em relação à referida empresa.

3. Individualização da pena

Uma vez verificada a existência de ilícito concorrencial, passa-se a analisar e individualizar a pena.

Da dosimetria da pena

Como não houve quantificação da vantagem auferida pela representada, em consonância com o art. 23, I, da Lei 8.884/94, a pena em abstrato deve ser a de "multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos".

Quanto aos incisos do art. 27, da lei 8.884/94, deve-se levar em consideração que a infração é de elevada gravidade e chegou a retirar concorrentes do mercado (conforme art. 27, I da Lei 8.884/94). Certamente que aqui temos uma prática unilateral, não se tratando esta conduta de uma *societa sceleris*, cartel, cuja reprovabilidade tende a ser maior. O infrator atuou de má-fé nos processos por litigar contra texto expresso de lei e patrocinou lides temerárias no judiciário (art. 27, II, da Lei 8.884). Também, houve vantagem expressa pela eliminação efetiva, por algum lapso temporal, de determinados concorrentes (art. 27, III, da Lei Concorrencial). A infração foi consumada (art. 27, IV, da Lei Concorrencial). Houve um elevado grau de lesão concorrencial, considerando que os consumidores, os anunciantes e os concorrentes foram lesados com as condutas acima mencionadas (art. 27, V, da Lei Concorrencial). Foram verificados efeitos econômicos negativos no mercado (art. 27, VI, da Lei 8.884/94) e o infrator é empresa já estabelecida no mercado e de porte razoável (art. 27, VII da Lei 8.884/94).

Como único fator atenuante, não se verificou nenhum tipo de reincidência.

Assim, compreendo que a representada deve ser multada em 5% do seu faturamento do ano anterior à abertura deste processo administrativo. O faturamento da Box 3 em 1999 foi de R$ 22.508.089,00. Para efeito de cálculo da multa, nos termos do art. 11 da Lei nº 9.021/95 será considerado o faturamento do estabelecimento no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa. Nestes termos, o valor atualizado do faturamento corresponde a R$ 35.486.253,12. Portanto, o valor da multa de 5% deste faturamento atualizado corresponde a

R$ 1.774.312,66 (um milhão setecentos e setenta e quatro mil trezentos e doze reais e sessenta e seis centavos).

4. Da conclusão

Por todo o exposto, considero a representada como incursa do art. 20 e 21, IV e V, ambos da Lei 8.884/94, e determino:

1. O pagamento de multa, nos termos do art. 23, inciso I da Lei 8.884/94, no valor acima mencionado, qual seja, R$ 1.774.312,66 (um milhão setecentos e setenta e quatro mil trezentos e doze reais e sessenta e seis centavos).

2. A publicação às expensas da representada, no primeiro caderno do jornal diário de maior circulação do Brasil (considerando os dados do Instituto Verificador de Circulação — www.ivc.org.br) por um período de dois dias consecutivos de extrato descritivo da decisão condenatória, conforme item 2.1, cujo teor não constará qualquer opinião a respeito da presente decisão.

2.1. O extrato da decisão a ser publicado é o seguinte: "O Conselho Administrativo de Defesa Econômica — Cade, na 482ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada em 15/12/2010, condenou a empresa Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda., responsável por veicular o programa Shop Tour, no Processo Administrativo 08012.004283/2000-40, a pagar a multa de R$ 1.774.312,66 (um milhão setecentos e setenta e quatro mil trezentos e doze reais e sessenta e seis centavos), em razão da prática de litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos, nos termos do art. 20 e 21, IV e V, ambos da Lei 8.884/94".

3. A representada deverá comprovar o cumprimento da decisão no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação desta decisão.

Determino, também, que a SDE abra procedimento administrativo, para avaliar se outras pessoas físicas ou jurídicas (como Luiz Galebe, Leo Produções, Shop Tour Internacional etc.) também realizaram este tipo de prática, conforme demonstrado ao longo do processo.

Determino, também, que a Procuradoria do Cade diligencie junto ao Poder Judiciário, juntando a presente decisão nas causas que foram mencionadas acima, em que a Box 3 utilizou-se do argumento do registro da Biblioteca Nacional, mas que ainda estão pendentes de julgamento.

É como voto. Brasília, 15 de dezembro de 2010.

Vinícius Marques de Carvalho

Conselheiro do Cade