RECURSO ESPECIAL Nº 1866232 - SP (2019/0082451-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO**
RECORRENTE	:	BK BRASIL OPERACAO E ASSESSORIA A RESTAURANTES S.A
ADVOGADOS	:	RICARDO NEGRAO - SP138723 RODRIGO KOPKE SALINAS - SP146814 LEO WOJDYSLAWSKI - SP206971
RECORRIDO	:	RESTAURANTE MADERO VILA OLIMPIA LTDA
ADVOGADOS	:	JULIANA MOTTER ARAÚJO - PR025693 NATAN BARIL - PR029379

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL E DIREITO ECONÔMICO. DIREITO DA CONCORRÊNCIA. AÇÃO FUNDADA EM PUBLICIDADE ENGANOSA, PROPOSTA POR SOCIEDADE EMPRESÁRIA CONCORRENTE E NÃO POR CONSUMIDOR. ALEGADA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 38 DO CDC NÃO CONFIGURADA. NORMAS RELATIVAS À PUBLICIDADE PREVISTAS NO CDC QUE SE APLICAM TAMBÉM À RELAÇÃO ENTRE CONCORRENTES E NÃO APENAS À RELAÇÃO COM O CONSUMIDOR. NORMAS QUE ACABAM POR AMPLIAR TAMBÉM A DEFESA DA CONCORRÊNCIA. DIÁLOGO DAS FONTES. DIÁLOGO DE COORDENAÇÃO E DE ADAPTAÇÃO SISTEMÁTICA ENTRE DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DIREITO DO CONSUMIDOR. ART. 38 DO CDC QUE, NO ENTANTO, NÃO DEVE SER OBSERVADO NA RELAÇÃO CONCORRENCIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA OPE LEGIS QUE NÃO SE JUSTIFICA EM RELAÇÕES CONCORRENCIAIS. NORMA QUE NÃO APENAS NÃO

Documento eletrônico VDA35750219 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: a2417717-7655-45fd-94b2-9806ee7c6117

REPRESENTA INCREMENTO À DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO AINDA, EM DETERMINADAS CIRCUNSTÂNCIAS, PODE PREJUDICÁ-LA.

1. Violação do arts. 489, § 1º, IV, e do art. 1.022, II, do CPC não configurada, tendo o Tribunal de origem se manifestado de forma clara e suficiente acerca de todas as alegações relevantes à solução da lide.

2. Caso concreto em que a controvérsia recursal versa acerca da possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova operada de forma direta e automática pelo art. 38 do CDC às ações fundadas em publicidade enganosa propostas não por consumidor, mas por sociedade empresária concorrente.

3. Direito da Concorrência e Direito do Consumidor que apresentam relação simbiótica, pois, em termos gerais, quanto maior a concorrência, maior tende a ser o bem-estar do consumidor e que, quanto maior a proteção do consumidor, mais justa e leal tende a ser a concorrência.

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

5. Diálogo de coordenação e de adaptação sistemática entre as normas do Direito da Concorrência e as do Direito do Consumidor que, no entanto, não alcança o art. 38 do CDC, que impõe, ope legis, a inversão do ônus da prova em desfavor do anunciante.

6. Norma que tem como fundamento a vulnerabilidade do consumidor e como objetivo garantir a igualdade material e reforçar sua proteção, inclusive no acesso à Justiça.

7. Vulnerabilidade que não pode ser pressuposta, como regra, na relação concorrencial. Norma do art. 38 do CDC cuja aplicação não se justifica nas relações concorrenciais por não reforçar a defesa da concorrência.

8. Eventual dificuldade ou mesmo impossibilidade de o autor arcar com

Documento eletrônico VDA35750219 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: a2417717-7655-45fd-94b2-9806ee7c6117

o ônus da prova, verificada no caso concreto, que pode ser resolvida por meio da distribuição dinâmica do ônus da prova. Art. 373, § 1º, do CPC.

9. Inversão determinada "ope legis" que, em alguns casos, poderia até mesmo prejudicar a defesa da concorrência, já que acabaria por facilitar o abuso do direito de ação com finalidade anticoncorrencial, em prática amplamente conhecida pelo termo em inglês "sham litigation".

10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de março de 2023.

Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO
Relator

Documento eletrônico VDA35750219 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: a2417717-7655-45fd-94b2-9806ee7c6117

RECURSO ESPECIAL Nº 1866232 - SP (2019/0082451-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO**
RECORRENTE	:	BK BRASIL OPERACAO E ASSESSORIA A RESTAURANTES S.A
ADVOGADOS	:	RICARDO NEGRAO - SP138723 RODRIGO KOPKE SALINAS - SP146814 LEO WOJDYSLAWSKI - SP206971
RECORRIDO	:	RESTAURANTE MADERO VILA OLIMPIA LTDA
ADVOGADOS	:	JULIANA MOTTER ARAÚJO - PR025693 NATAN BARIL - PR029379

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL E DIREITO ECONÔMICO. DIREITO DA CONCORRÊNCIA. AÇÃO FUNDADA EM PUBLICIDADE ENGANOSA, PROPOSTA POR SOCIEDADE EMPRESÁRIA CONCORRENTE E NÃO POR CONSUMIDOR. ALEGADA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 38 DO CDC NÃO CONFIGURADA. NORMAS RELATIVAS À PUBLICIDADE PREVISTAS NO CDC QUE SE APLICAM TAMBÉM À RELAÇÃO ENTRE CONCORRENTES E NÃO APENAS À RELAÇÃO COM O CONSUMIDOR. NORMAS QUE ACABAM POR AMPLIAR TAMBÉM A DEFESA DA CONCORRÊNCIA. DIÁLOGO DAS FONTES. DIÁLOGO DE COORDENAÇÃO E DE ADAPTAÇÃO SISTEMÁTICA ENTRE DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DIREITO DO CONSUMIDOR. ART. 38 DO CDC QUE, NO ENTANTO, NÃO DEVE SER OBSERVADO NA RELAÇÃO CONCORRENCIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA OPE LEGIS QUE NÃO SE JUSTIFICA EM RELAÇÕES CONCORRENCIAIS. NORMA QUE NÃO APENAS NÃO

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

REPRESENTA INCREMENTO À DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO AINDA, EM DETERMINADAS CIRCUNSTÂNCIAS, PODE PREJUDICÁ-LA.

1. Violação do arts. 489, § 1º, IV, e do art. 1.022, II, do CPC não configurada, tendo o Tribunal de origem se manifestado de forma clara e suficiente acerca de todas as alegações relevantes à solução da lide.

2. Caso concreto em que a controvérsia recursal versa acerca da possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova operada de forma direta e automática pelo art. 38 do CDC às ações fundadas em publicidade enganosa propostas não por consumidor, mas por sociedade empresária concorrente.

3. Direito da Concorrência e Direito do Consumidor que apresentam relação simbiótica, pois, em termos gerais, quanto maior a concorrência, maior tende a ser o bem-estar do consumidor e que, quanto maior a proteção do consumidor, mais justa e leal tende a ser a concorrência.

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

5. Diálogo de coordenação e de adaptação sistemática entre as normas do Direito da Concorrência e as do Direito do Consumidor que, no entanto, não alcança o art. 38 do CDC, que impõe, ope legis, a inversão do ônus da prova em desfavor do anunciante.

6. Norma que tem como fundamento a vulnerabilidade do consumidor e como objetivo garantir a igualdade material e reforçar sua proteção, inclusive no acesso à Justiça.

7. Vulnerabilidade que não pode ser pressuposta, como regra, na relação concorrencial. Norma do art. 38 do CDC cuja aplicação não se justifica nas relações concorrenciais por não reforçar a defesa da concorrência.

8. Eventual dificuldade ou mesmo impossibilidade de o autor arcar com

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

o ônus da prova, verificada no caso concreto, que pode ser resolvida por meio da distribuição dinâmica do ônus da prova. Art. 373, § 1º, do CPC.

9. Inversão determinada "ope legis" que, em alguns casos, poderia até mesmo prejudicar a defesa da concorrência, já que acabaria por facilitar o abuso do direito de ação com finalidade anticoncorrencial, em prática amplamente conhecida pelo termo em inglês "sham litigation".

10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

RELATÓRIO

BK BRASIL OPERAÇÃO E ASSESSORIA A RESTAURANTES S.A. propôs ação contra RESTAURANTE MADERO VILA OLIMPIA LTDA, com o objetivo de que a ré se abstenha de utilizar a expressão “The Best Burger in the World” em seu material publicitário e na fachada de seus restaurantes, bem como que a indenize pelos prejuízos oriundos de atos de concorrência desleal e de desvio de clientela, em valor não inferior a R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Na origem, foi determinada a realização de prova pericial, tendo sido deferido o prazo de 15 dias para as partes oferecerem quesitos e indicarem assistentes técnicos, impondo à ré o ônus da prova, bem como o pagamento de honorários periciais.

Contra a referida decisão, RESTAURANTE MADERO VILA OLIMPIA LTDA interpôs agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que conheceu em parte e deu provimento ao recurso.

A ementa do acórdão recorrido foi redigida nos seguintes termos (e-STJ fls. 166):

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

Ação inibitória - Decisão saneadora - Publicidade - Alegação de concorrência desleal - Determinação de produção de prova pericial - Matéria não impugnável por agravo de instrumento - Ausência de enquadramento no artigo 1.015 do CPC de 2015 - Recurso conhecido apenas em parte - Inversão do ônus da prova e custeio da produção da prova Inexistência de relação de consumo a autorizar a inversão determinada - Custeio da prova que incumbe a quem a requereu - Repartição dos honorários entre as partes diante da determinação de ofício - Decisão parcialmente reformada - Recurso conhecido em parte e provido na parte conhecida.

Opostos embargos de declaração (e-STJ fls. 175-178), foram rejeitados (e-STJ fls. 179-183).

BK BRASIL OPERAÇÃO E ASSESSORIA A RESTAURANTES LTDA interpôs o presente recurso especial (e-STJ fls. 186-195), fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, alegando a ocorrência de violação dos arts. 489, § 1º, VI, e 1.022, I e II, do CPC e do art. 38 do CDC, afirmando: a) que o Tribunal de origem deixou de examinar especificamente a questão relativa à necessidade de aplicação do art. 38 do CDC, ainda que inexista relação de consumo entre as partes, para proibir a publicidade enganosa; b) que o direito consumerista pode ser utilizado como norma principiológica mesmo que não haja relação de consumo entre as partes litigantes, uma vez que se destina a proteger o consumidor de práticas abusivas e desleais do fornecedor de serviços, inclusive as que proíbem a propaganda enganosa; c) que, assim, o recorrido se submete às normas previstas no CDC, tendo, como anunciante, o dever de provar a veracidade e a correção da informação ou da comunicação publicitária que patrocina; d) que as normas civis e consumeristas não se excluem, mas interagem para garantir a máxima proteção do consumidor; e) que este Superior Tribunal já reconheceu expressamente a aplicação do CDC em alegação de concorrência desleal diante de publicidade enganosa veiculada por meio de jornal; e) que a frase utilizada não se trata de mera

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

jactância do recorrido, mas, sim, de afirmação categórica e objetiva de superioridade, o que deve ser devidamente comprovado.

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 204-217).

O recurso especial foi inadmitido pelo Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (e-STJ fls. 218-219).

Interposto agravo (e-STJ fls. 222-234), a ele foi dado provimento, para determinar sua reautuação como recurso especial, para exame mais aprofundado da matéria (e-STJ fls. 357-358).

É o relatório.

VOTO

Eminentes Colegas, deve ser negado provimento ao presente recurso especial.

A controvérsia diz respeito a verificar: a) se está configurada a negativa de prestação jurisdicional, diante de alegada subsistência de omissão mesmo após o julgamento dos embargos de declaração; b) se seria possível, em ação visando à cessação da veiculação de publicidade supostamente enganosa, a inversão do ônus da prova a que alude o art. 38 do CDC, mesmo quando proposta por sociedade empresária concorrente e não por consumidor.

Passo ao exame das razões recursais, ponto a ponto.

1. Da alegada violação dos arts. 489, § 1º, VI, e 1.022, I e II, do CPC

A recorrente alega estar configurada a negativa de prestação jurisdicional, uma vez que o Tribunal de origem teria deixado de se manifestar sobre questões essenciais ao julgamento da lide, mesmo após a oposição de embargos de declaração.

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

Afirma que o Tribunal de origem teria sido omisso quanto à necessidade de aplicação do art. 38 do CDC, ainda que inexista relação de consumo entre as partes, para proibir a publicidade enganosa.

Não assiste razão à recorrente.

O Tribunal de origem apresentou fundamentação suficiente, tendo se manifestado de forma clara acerca de todas as questões relevantes à solução da controvérsia.

Como é cediço, não se exige fundamentação detalhada acerca de todos os dispositivos legais suscitados pelas partes, contanto que se examinem todas as questões alegadas, aplicando o direito que se entende cabível e solucionando de forma integral a lide, o que, sem dúvida, foi realizado de forma suficiente pelo Tribunal *a quo*.

Nesse sentido:

> *AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA.*
>
> ***1. Não há falar em ofensa aos arts. 489 e 1022 do CPC/2015, porquanto todas as questões fundamentais ao deslinde da controvérsia foram apreciadas pelo Tribunala quo, sendo que não caracteriza omissão ou falta de fundamentação a mera decisão contrária aos interesses da parte, tal como na hipótese dos autos.***
>
> *2. A revisão das conclusões a que chegou o Tribunal de origem, no sentido da ausência de comprovação, pela parte autora, do cumprimento dos termos negociais a que se obrigou, encontra óbice nas Súmulas 5 e 7/STJ.*
>
> *3. Agravo interno desprovido.*
>
> *(AgInt nos EDcl no AREsp 1858082/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2021, DJe 08/10/2021)*
>
> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO*

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. RECUPERAÇÃO DE CONSUMO. FRAUDE NO MEDIDOR. ART. 1022 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. ÔNUS DA PROVA. COMPROVAÇÃO DO DANO MORAL. ACÓRDÃO RECORRIDO ANCORADO NO SUBSTRATO FÁTICO DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. TEMA DIRIMIDO COM BASE NA ANÁLISE DE RESOLUÇÃO.

1. Na origem, a parte autora pleiteou a condenação da concessionária de energia elétrica ao pagamento de indenização pelos alegados danos morais, decorrentes da conduta da ré na apuração de suposto débito de energia elétrica.

2. Não se verifica ofensa aos arts. 489, § 1º, e 1.022, II, do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas e apreciou integralmente a controvérsia posta nos autos; não se pode, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

3. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, a fim de aferir se a parte adversa se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia, bem como para atestar a ocorrência dos danos morais alegados pela parte autora, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

4. O tema relacionado ao procedimento para a suspensão do fornecimento de energia elétrica foi analisado com base na Resolução n. 414/2010. Assim, o exame da controvérsia demandaria a interpretação da referida resolução, ato normativo não se enquadra no conceito de "tratado ou lei federal" de que cuida o art. 105, III, a, da CF.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1772515/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2021, DJe 18/08/2021)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PRECEITO COMINATÓRIO C/C PERDAS E DANOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1022 DO CPC. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DEFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. SÚMULA 284/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 1022 do CPC/15.

2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

3. A deficiente fundamentação do recurso especial obsta o seu conhecimento.

4. Alterar o decidido no acórdão impugnado, no tocante à desnecessidade de prova suplementar, ausência de associação/confusão de consumidores e colidência de marcas, exige o reexame de fatos e provas, procedimento que é vedado pela Súmula 7/STJ.

5. A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado quando suficiente para a manutenção de suas conclusões impede a apreciação do recurso especial.

6. "A marca de alto renome, que, fazendo exceção ao princípio da especificidade, impõe o prévio registro e a declaração do INPI de notoriedade e goza de proteção em todos os ramos de atividade, tal como previsto no art. 125 da Lei n. 9.279/96."

7. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1801873/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/03/2021, DJe 06/04/2021)

Especificamente acerca da aplicação do art. 38 do CDC, o Tribunal de origem assim se manifestou no acórdão recorrido (e-STJ fls. 171):

> *Outrossim, ainda que o artigo 38 do CDC estipule uma hipótese automática de inversão em favor do consumidor, cabendo a quem patrocina a comunicação publicitária o ônus de provar sua veracidade e correção da informação, não há, na espécie, relação de consumo que permita também sua aplicação, não se tratando, evidentemente, a autora da ação (agravada) de consumidora, mas concorrente, que atua no mesmo segmento comercial.*

No julgamento dos embargos de declaração, o Tribunal de origem acrescentou, *verbis* (e-STJ fls. 182-183):

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

> *Não é mantida, evidentemente, uma relação de consumo entre as partes, as quais se postam, uma diante da outra, como concorrentes, sendo questionada a adequação e a licitude do uso de expressão de propaganda diante das regras reguladoras da concorrência.*
>
> *A conformação da demanda, então, não indica a sujeição ao microssistema composto pelas normas destinadas à defesa do consumidor.*
>
> *As questões controvertidas colocam-se num âmbito mais amplo, sujeitando-se ao que é chamado pela doutrina europeia de Direito do Mercado, como um litígio entre empresas concorrentes, no qual o interesse difuso dos consumidores coloca-se apenas e tão somente como um elemento a mais, para ser considerado sem ser determinante quanto ao trâmite do processo.*

Como se vê, o Tribunal de origem examinou suficientemente a questão, não havendo falar em omissão ou mesmo em negativa de prestação jurisdicional.

2. **Da alegada violação do art. 38 do CDC**

A recorrente alega que o Tribunal de origem teria violado o art. 38 do CDC ao deixar de determinar a inversão do ônus da prova prevista em lei, defendendo que, conquanto a relação entre as partes não seja de consumo, deve ser observada a referida inversão, uma vez que as normas consumeristas se aplicam no que diz respeito à proibição da publicidade enganosa, como forma de proteger o consumidor contra práticas abusivas e desleais do fornecedor de serviços.

Não lhe assiste razão.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o presente caso versa acerca de demanda fundada em Direito da Concorrência, proposta com o objetivo de coibir suposta conduta de concorrência desleal e de desvio de clientela, bem como de ver indenizados os prejuízos dela decorrentes.

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

BRASIL OPERAÇÃO E ASSESSORIA A RESTAURANTES S.A., sociedade empresária do ramo de lanchonetes, conhecida pela marca BURGER KING, busca fazer cessar propaganda supostamente enganosa veiculada por sociedade empresária concorrente, RESTAURANTE MADERO VILA OLIMPIA LTDA, consistente no uso da frase "The Best Burger in the World", traduzida em português por "O melhor hambúrguer do mundo" em todo seu material publicitário e nas fachadas dos restaurantes, sob pena de multa diária no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Busca, ainda, a condenação da ré ao pagamento de indenização por concorrência desleal e por desvio de clientela, em valor não inferior a R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Sendo assim, embora o presente recurso verse apenas acerca da aplicação ou não da inversão do ônus da prova determinada *ope legis* pelo art. 38 do CDC, é incontroverso nos autos que a ação versa acerca de Direito Concorrencial, não se fundando em Direito do Consumidor.

2.1. Do dialógo de coordenação e de adaptação sistemática entre Direito da Concorrência e Direito do Consumidor

O Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor, ainda que configurem ramos distintos e autônomos do Direito pátrio, apresentam relevantes pontos de contato e influenciam-se reciprocamente.

Com efeito, a livre concorrência e a defesa do consumidor foram alçadas, ambas, pela Constituição Federal de 1988, à condição de princípios da ordem econômica brasileira, conforme expressamente previsto no art. 170 da CF.

Embora seus objetos sejam distintos, é inegável que eles são convergentes, já

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

que a garantia da livre concorrência contribui para um maior bem-estar do consumidor, seja com preços mais baixos, seja com produtos e serviços mais inovadores. Da mesma forma, a proteção do consumidor, notadamente por meio do direito de informação, acaba por proporcionar, também, uma concorrência mais justa e leal entre fornecedores.

Não à toa que o art. 4º do CDC prevê, dentre seus princípios, a coibição e a repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e de criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintitvos, que possam causar prejuízos aos consumidores.

Acerca da relação simbiótica existente entre Direito Concorrencial e Direito do Consumidor, ensina Vicente Bagnoli (*in Direito Econômico e Concorrencial* [livro eletrônico]. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022):

> ***Percebe-se que a proteção do consumidor a partir da defesa da concorrência tende a ser mais eficiente, pois ao promover a liberdade econômica dentro dos mercados, a defesa da concorrência assegura a soberania do consumidor, permitindo que a decisão final seja tomada por ele, consumidor, diante das opções que lhe são oferecidas.*** *Em outras palavras, a defesa da concorrência defende o consumidor de maneira ampla, macro, enquanto a legislação de proteção do consumidor, muitas vezes, resolve problemas pontuais, micros, defendendo um consumidor e não a sociedade.*
>
> *Diante da relação existente entre a política da concorrência com a do consumidor, observa Allan Fells (2010, p. 17) que, mantendo os mercados efetivamente competitivos, a política de concorrência – aumentando a habilidade do consumidor em exercer a escolha – pode ajudar a tornar os mercados mais efetivamente competitivos e forçar as empresas a competir pelos seus méritos, consequentemente patrocinando as finalidades da política de concorrência. – g.n.*

Em verdade, o que se percebe é que, por diferentes meios, o Direito

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

Concorrencial e o Direito do Consumidor acabam por buscar objetivos comuns, que se traduzem em um mercado livre para que o consumidor possa não apenas ter escolhas, mas também exercê-las de forma igualmente livre.

A diferença é que, enquanto a defesa da concorrência se concentra, em um nível macro, em regular o comportamento dos agentes econômicos frente à própria estrutura do mercado, a política de defesa do consumidor se dirige, em um nível micro, mais especificamente ao comportamento dos fornecedores, especialmente no que diz respeito à observância do direito à ampla informação, à educação para o consumo e, no que pertine ao caso, **à vedação à publicidade enganosa**:

Isso é o que ensina Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (*in Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015):

> *A defesa da concorrência beneficia o bem-estar do consumidor na medida em que tutela as condições propícias para o exercício de direito de escolha, bem como preserva os mecanismos competitivos de formação de preço e de incentivos à inovação e aperfeiçoamento de bens e serviços.*
>
> *A defesa do consumidor também beneficia a concorrência, na proporção em que garante o acesso às informações adequadas, veda a publicidade enganosa e assegura a liberdade de contratação, estabelecendo um padrão de competição baseado na boa-fé e transparência.* ***Assim, a proteção do consumidor e a defesa da concorrência são duas políticas públicas que devem ser executadas de modo harmônico e conjugado.***
>
> *(...)*
>
> *As duas políticas utilizam diferentes instrumentos e perspectivas na tutela do bem-estar do consumidor, o que fica claro na análise da proteção do direito de escolha.*
>
> ***A tutela da escolha pela política de defesa do consumidor não se dá através de regras endereçadas à estrutura do mercado, mas sim ao comportamento dos fornecedores, sobretudo através do estabelecimento do direito à ampla informação, à educação para o consumo e à vedação da publicidade enganosa.*** *O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, busca estabelecer o acesso do consumidor às informações necessárias e verídicas*

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

> *para que ele efetive a escolha refletida e consciente do produto ou serviço mais adequado às suas necessidades.*
>
> ***Já a política de defesa da concorrência procura viabilizar a possibilidade de escolha entre mais de um fornecedor de produtos ou serviços, contendo regras que possuem preocupação com o comportamento dos agentes econômicos e com a estrutura do mercado relevante atingido por determinada conduta ou fusão.*** *– g.n.*

Por este motivo, a matéria relativa aos limites da publicidade dirigida ao consumidor, incluindo a expressa proibição das publicidades enganosa e abusiva, é tratada no Código de Defesa do Consumidor, não sendo objeto de disciplina nas leis que versam acerca de Direito da Concorrência.

Com efeito, a Lei n. 12.529/11, a par de estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, também dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, mas não regula, de forma específica, a questão relativa à propaganda, sequer no que diz respeito à publicidade comparativa.

Por sua vez, a Lei n. 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, embora também se ocupe de questões afetas à concorrência desleal, apenas veda a utilização de marca, título de estabelecimento, nome comercal, insígnia ou sinal de propaganda alheios realizada de tal modo que possa induzir o consumidor em erro ou confusão, bem como a utilização que indique procedência que não a verdadeira, o que não é o caso dos autos.

Considerando, no entanto, a existência de uma inegável relação simbiótica entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor, mostra-se imprescindível a aplicação da conhecida Teoria do Diálogo das Fontes, criação do ilustre professor Erik Jayme e largamente difundida no Brasil pela prestigiada

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

doutrinadora Cláudia Lima Marques.

De acordo com a referida teoria, as fontes normativas, que hoje são plurais e, em muitos casos, convergentes, no lugar de apenas se excluírem mutuamente, devem também, frequentemente, dialogar entre si, cabendo ao aplicador do Direito coordená-las.

Isso é o que se infere da doutrina de Cláudia Lima Marques e de Bruno Miragem *(in Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020):

> *"Diálogo das fontes" é a expressão visionária do grande mestre Erik Jayme. Pela força da Constituição (e dos Direitos Fundamentais), fontes plurais não mais se excluem – ao contrário, mantêm as suas diferenças e narram simultaneamente suas várias lógicas (dia-logos), cabendo ao aplicador da lei coordená-las ("escutando-as"), impondo soluções harmonizadas e funcionais no sistema, assegurando efeitos úteis a essas fontes, ordenadas segundo a compreensão imposta pelo valor constitucional.*

> ***Como escrevi, os critérios da escolástica para resolver os conflitos de leis no tempo – hierarquia, especialidade e anterioridade – já não mais solucionam todos os conflitos. Isso porque o campo de aplicação das leis não é mais coincidente material e subjetivamente (o que impede a exclusão, revogação, derrogação), mas sim é convergente (o que aumenta o número de conflitos aparentes e antinomias).*** *Isso porque o legislativo ora prioriza a proteção de grupos a proteger (campo de aplicação subjetivamente geral, como o Código de Defesa do Consumidor-CDC, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e Adolescente etc.), ora os contratos (Lei de Planos de Saúde, Lei do Consórcio etc.) e relações especiais (campo de aplicação especial materialmente, como a Lei da Liberdade Econômica para relações entre iguais, civis e empresários, mas também o CDC, que é especial para as relações de consumo entre consumidores e fornecedores), ora setores transversais do direito (Lei Geral de Proteção de Dados, Marco Civil da Internet, com campo de aplicação materialmente 'geral' e 'especial' ao mesmo tempo, mas subjetivamente geral) e mantém leis gerais (para as relações entre 'iguais', como o Código Civil de 2002 e Código Comercial – atualmente bastante reduzido, mas há projetos de um novo Código Comercial geral e principiológico) formando 'grupo de leis' temáticas ou microssistemas especiais (de proteção dos interesses coletivos). – g.n.*

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

Considerando especificamente a relação existente entre o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor, o diálogo se dá, neste caso específico, sob a forma de coordenação e de adaptação sistemática, o que, ainda segundo lição da ilustre doutrinadora Cláudia Lima Marques *(in Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020), ocorre quando:

> *"na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (* ***diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade*** *em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei".*

Isso significa que é perfeitamente possível o ajuizamento de ação fundada em conduta de concorrência desleal e de desvio de clientela com base nas normas previstas no Título I, Capítulo V, Seção III, do CDC.

Portanto, ainda que se trate de ação entre concorrentes – e não entre consumidor e fornecedor – mostram-se perfeitamente aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor que vedam a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, uma vez que a utilização de tais tipos proscritos de publicidade acaba por atingir de forma negativa também a concorrência, já que o anunciante passa a competir de forma desleal no mercado consumidor.

A possibilidade de aplicação, também às relações concorrenciais, das normas relativas à publicidade previstas no CDC já foi reconhecida por esta Terceira Turma, em brilhante julgado de relatoria do eminente Ministro Moura Ribeiro, cuja ementa ora transcrevo:

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284/STF. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. ANÚNCIOS PUBLICADOS EM JORNAIS. DEVER DE VERACIDADE. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. APLICAÇÃO DO CDC. NORMA PRINCIPIOLÓGICA. PROPAGANDA ENGANOSA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PLEITO DE REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO. DESNECESSIDADE. VERBA FIXADA EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. DANOS MATERIAIS. REFORMA DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos omissos, contraditórios ou obscuros, incidindo o óbice da Súmula 284 do STF.

2. Os veículos de comunicação não podem se descuidar de seu compromisso ético com a veracidade dos fatos, tampouco manipular dados oficiais na tentativa de assumir posição privilegiada na preferência dos telespectadores, desprestigiando o conceito de que goza a empresa concorrente no mercado. Precedentes.

3. As instâncias ordinárias reconheceram que a recorrente extrapolou a liberdade de expressão, na medida em que dados verdadeiros foram utilizados em anúncio publicitário de modo a alterar a verdade que eles refletiam, permitindo a visão estrábica do público sobre eles, em evidente violação da honra e a imagem da empresa ofendida. A análise da alegação recursal demanda o reexame do conjunto fático-probatório, incidindo o óbice da Súmula nº 7 do STJ.

4. O direito consumerista pode ser utilizado como norma principiológica mesmo que inexista relação de consumo entre as partes litigantes porque as disposições do CDC veiculam cláusulas criadas para proteger o consumidor de práticas abusivas e desleais do fornecedor de serviços, inclusive as que proíbem a propaganda enganosa.

5. É possível a intervenção desta Corte para alterar o valor da reparação por danos morais, quando esta se mostrar irrisória ou exorbitante, o que não se pode dizer sobre uma indenização fixada em R$ 500.000,00, que reflete quantia suficiente para compensá-los, observadas as peculiaridades do caso concreto que envolve duas grandes empresas de comunicação e tem por fundamento a inadequada divulgação de informações inverossímeis que afetaram a honra objetiva da pessoa jurídica.

6. O valor do dano material, observado o princípio da sua reparação

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

integral, foi fixado com base nos documentos comprobatórios das despesas da ofendida para exercer seu direito de resposta concedido em medida cautelar, não sendo possível nova análise do tema pelo STJ que não é terceira instância recursal (Súmula nº 7 do STJ).

7. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.552.550/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 1/3/2016, DJe de 22/4/2016.)

2.2. Da ausência de diálogo no que diz respeito especificamente à norma prevista no art. 38 do CDC

No entanto, ressalto que o referido diálogo de coordenação e de adaptação sistemática entre Direito da Concorrência e Direito do Consumidor apenas ocorre quando, de um lado, as normas consumeristas reforçam a proteção ao mercado concorrencial, ou quando, de outro lado, as normas concorrenciais somam esforços na proteção do consumidor.

Isso, porém, não é o que se verifica no que diz respeito especificamente à norma prevista no art. 38 do CDC.

Tal dispositivo legal impõe a inversão do ônus da prova *ope legis* – vale dizer, automática, decorrente da própria lei – no caso de propaganda supostamente enganosa ou abusiva. Embora a ação seja proposta pelo consumidor, ao réu anunciante é que cabe o ônus de provar a veracidade e a correção da informação ou da comunicação publicitária.

Essa inversão automática do ônus da prova está fundada no pressuposto de vulnerabilidade do consumidor, especialmente no que diz respeito à publicidade, com o objetivo de garantir a igualdade material e de reforçar a sua proteção, inclusive no acesso à Justiça.

Isso é o que se depreende de comentário da doutrina especializada

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

especificamente a este artigo (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022):

> *O princípio da inversão do ônus da prova, decorrente, de certa maneira, dos princípios da veracidade e da não abusividade da publicidade, assim como do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, é adotado pelo Código.*
>
> *(...)*
>
> ***A ratio do dispositivo é fácil de compreender. Na precisa lição de Thereza Alvim, se pretendesse o legislador deixar a cargo do consumidor e prova da enganosidade e abusividade do anúncio, "já teria criado um obstáculo, quase intransponível, para que pudesse ele ir a juízo.*** *– g.n.*

A transposição do referido dispositivo legal a uma relação concorrencial não representaria uma defesa maior do consumidor e sequer incrementaria a defesa da ordem econômica.

Com efeito, em demanda envolvendo Direito da Concorrência, não se mostra correta a presunção de vulnerabilidade da parte autora, não se justificando a inversão direta e automática determinada pelo art. 38 do CDC.

Note-se que, na eventualidade de se verificar que, em determinada ação envolvendo Direito da Concorrência, seria particularmente impossível ou excessivamente dificultoso ao autor assumir o ônus da prova, é perfeitamente possível ao juízo da causa a distribuição dinâmica desse ônus, conforme autoriza o art. 373, § 1º, do CPC, que ocorreria *ope judicis* e especificamente para o caso concreto, diferentemente do quanto preconiza o art. 38 do CDC.

Acerca da possibilidade de o juiz, diante da necessidade verificada no caso concreto, distribuir de forma dinâmica o ônus da prova, confira-se o seguinte julgado:

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. EMENTA. TRANSCRIÇÃO. COTEJO ANALÍTICO. FALTA. BEM IMÓVEL. ACESSÃO. BENFEITORIA. PRESUNÇÃO LEGAL JURIS TANTUM. CONJUGE VARÃO. CAUSA. PECULIARIDADE. COPROPRIETÁRIO. TERCEIRO. UNIÃO CONJUGAL. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. INTERRUPÇÃO. ÔNUS DA PROVA. DESLOCAMENTO. TEORIA DA CARGA DINÂMICA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a definir se a atribuição dinâmica do ônus probatório acerca da realização de acessões/benfeitorias em imóvel de propriedade do cônjuge varão, objeto de eventual partilha em ação de divórcio, pode afastar a presunção do art. 1.253 do Código Civil de 2002 ("Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário.").

3. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

4. A divergência jurisprudencial com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional requisita comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo como bastante a simples transcrição de ementas, sem realizar o necessário cotejo analítico a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações (arts. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e 255, § 1º, do RISTJ).

5. Para dar concretude ao princípio da persuasão racional do juiz, insculpido no art. 371 do CPC/2015, aliado aos postulados de boa-fé, de cooperação, de lealdade e de paridade de armas previstos no novo diploma processual civil (arts. 5º, 6º, 7º, 77, I e II, e 378 do CPC/2015), com vistas a proporcionar uma decisão de mérito justa e efetiva, foi introduzida a faculdade de o juiz, no exercício dos poderes instrutórios que lhe competem (art. 370 do CPC/2015), atribuir o ônus da prova de modo diverso entre os sujeitos do processo quando diante de situações peculiares (art. 371, § 1º, do CPC/2015). A instrumentalização dessa faculdade foi denominada pela doutrina processual teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ou teoria da carga dinâmica do ônus da prova.

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

6. No caso dos autos, a participação do cônjuge varão como coproprietário do imóvel em cujas acessões/benfeitorias foram realizadas faz presumir também o esforço comum do cônjuge virago na sua realização (art. 1.660, I e IV, do CC/2002), além de que ocorreram interrupções no vínculo matrimonial, são peculiaridades que autorizam a dinamização do ônus probatório para o recorrente (art. 371, § 1º, do CPC/2015).

7. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.888.242/PR, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 31/3/2022.)

Ademais, a aplicação da norma prevista no art. 38 do CDC às relações concorrenciais, além de não se mostrar necessária, diante do quanto previsto no art. 373, § 1º, do CPC, poderia – paradoxalmente – ser utilizada, em determinadas circunstâncias, justamente como instrumento anticoncorrencial.

Com efeito, o abuso do direito de ação é uma das formas pelas quais se pode revestir a infração à ordem econômica.

Em conduta que ficou conhecida pelo termo em inglês *sham litigation*, o agente econômico pode se valer de litígio simulado – cuja solução, a rigor, lhe seria irrelevante – para prejudicar a atividade de um pequeno concorrente, que passa a ter que se defender em processo longo e dispendioso, com resultado incerto.

Nesses casos, o processo é utilizado não com o fim de obter o provimento jurisdicional, mas, sim, como meio de dificultar a atividade do concorrente ou mesmo de barrar a entrada de novos competidores no mercado.

Em Dissertação defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (obra disponível em: http://bit.ly/3gAtPZc), Tiago Cação Vinhas bem esclarece em que consiste o abuso do direito de ação com a específica finalidade anticoncorrencial:

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

> *O abuso praticado dentro do processo caracteriza-se pelo indivíduo fazer uso do Estado para prejudicar outrem ou obter resultados ilícitos, objetivos esses que não seria possível atingir sem o concurso do Estado, representado pelos órgãos jurisdicionais.*
>
> *THOMAS A. BALMER aponta que,* ***ao mover ações judiciais e intervir em procedimentos administrativos, grandes empresas e associações empresariais podem "amarrar" pequenas empresas em processos incertos e dispendiosos, de forma a aumentar os custos de seus negócios e atrasar ou impedir novos entrantes no mercado relevante****. Neste trabalho, entende-se que entre esses possíveis resultados ilícitos e prejuízos a terceiros encontram-se os efeitos consistentes na (i) limitação, falseamento ou qualquer prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; (ii) dominação de mercado relevante de bens ou serviços; e/ou (iii) exercício abusivo de posição dominante, previstos no caput do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.*
>
> *De fato, nota OLAVO ZAGO CHINAGLIA que* ***o que distingue o abuso do direito de ação com efeitos concorrenciais do abuso do direito de ação "normal" é que o primeiro não visa ao prejuízo da outra parte pela obtenção do bem da vida pretendido, mas sim utiliza a demanda como meio de causar constrangimentos aos negócios do concorrente****. Entende-se, aqui, que o mesmo raciocínio pode ser estendido ao abuso do direito de petição praticado em processos administrativos. – g.n.*

Note-se que a utilização de demandas judiciais com finalidades anticoncorrenciais, embora ainda pouco estudada no Brasil, não é de ocorrência incomum, conforme se pode extrair também da dissertação supracitada:

> *Primeiro, faz-se importante ressaltar que a parca jurisprudência do CADE envolvendo a prática de sham litigation lato sensu* ***não significa, em absoluto, que esta se trataria de uma conduta incomum ou pouco representativa****.*
>
> *De fato, mesmo nos EUA, onde, como já visto, a prática de sham litigation é reconhecida e punida, não se tem uma estimativa segura a respeito da quantidade de processos judiciais ou administrativos movidos com o exclusivo intuito de prejudicar a concorrência. ROBERT H. BORK, a esse respeito, menciona que,* ***mesmo não havendo tais estimativas, essa forma de predação pode ser comum, e o prejuízo aos consumidores, alto****. – g.n.*

Nesse contexto, a inversão automática do ônus da prova prevista pelo art. 38

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

do CDC poderia facilitar o abuso do direto de ação, incentivando esse tipo de estratégia anticoncorrencial, uma vez que, a partir do ajuizamento de demanda frívola, o ônus da prova estaria direta e automaticamente imposto ao concorrente com menor porte econômico.

Portanto, considerando que a inversão *ope legis* do ônus da prova em desfavor do anunciante em demanda envolvendo concorrência desleal não necessariamente favorece a livre iniciativa, mas, em determinados casos, pode inclusive comprometê-la, o diálogo das fontes, embora justifique a adoção das normas relativas à publicidade previstas no CDC em ações envolvendo Direito Concorrencial (Título I, Capítulo V, Seção III), não autoriza a aplicação do art. 38 do mesmo diploma legal.

Deve, portanto, ser integralmente mantido o acórdão recorrido.

3. Conclusão

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Deixo de fixar honorários recursais, tendo em vista que não foram arbitrados honorários na origem.

É o voto.

Documento eletrônico VDA35749950 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Paulo de Tarso Sanseverino Assinado em: 21/03/2023 20:07:14
Código de Controle do Documento: 5207ab56-9567-4b7b-a32c-9d289e35772d

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2019/0082451-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.866.232 / SP**

Números Origem: 112153820168260100 20244140420188260000 22533979720168260000

EM MESA JULGADO: 21/03/2023

Relator
Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ROGÉRIO DE PAIVA NAVARRO

Secretária
Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	BK BRASIL OPERACAO E ASSESSORIA A RESTAURANTES S.A
ADVOGADOS	:	RICARDO NEGRAO - SP138723
		RODRIGO KOPKE SALINAS - SP146814
		LEO WOJDYSLAWSKI - SP206971
RECORRIDO	:	RESTAURANTE MADERO VILA OLIMPIA LTDA
ADVOGADOS	:	JULIANA MOTTER ARAÚJO - PR025693
		NATAN BARIL - PR029379

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Coisas - Propriedade - Propriedade Intelectual / Industrial - Marca

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Documento eletrônico VDA35737148 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA, TERCEIRA TURMA Assinado em: 21/03/2023 12:45:06
Código de Controle do Documento: 3D260D52-85FA-480E-8EFF-18864B219D17