

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira . O direito antitruste e o controle do lobby por regulação restritiva da concorrência. Revista de Direito Público da Economia, v. 25, p. 63-100, 2009.

O direito antitruste e o controle do lobby por regulação restritiva da concorrência

EDUARDO FERREIRA JORDÃO

Doutorando em Direito Público pelas Universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (La Sapienza), em co-tutela; Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE); Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP); Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Resumo. Este artigo examina se as empresas que tentam influenciar as entidades estatais para a emissão de medidas restritivas da concorrência podem ser sancionada com fundamento no direito antitruste brasileiro.

Palavras-chave: Lobby; Regulação anticompetitiva; antitruste; restrição da concorrência.

Sumário

- I. Introdução.
- II. A disciplina concorrencial do lobby no direito estrangeiro.
 - II.1. O caso dos Estados Unidos: a Noerr-Pennington Doctrine.
 - II.2. O caso da União Européia.
 - II.3. O lobby e o direito concorrencial na experiência estrangeira.
- III. A disciplina concorrencial do lobby no Brasil: o estado da arte.
 - III.1. O estágio atual da jurisprudência do CADE.
 - III.1.1. O relato do caso SINPETRO-DF.
 - III.1.2. Reflexões sobre o caso SINPETRO-DF.
 - III.1.3. Outras manifestações do CADE sobre este tema.
 - III.1.4. Conclusões sobre o estágio atual da jurisprudência do CADE.
- IV. A disciplina concorrencial do lobby no Brasil: uma proposta.
 - IV.1. A ausência de um adequado critério teórico da ilicitude.
 - IV.2. O caráter indireto e incerto da restrição resultante do lobby.
 - IV.3. As alternativas ao controle direto do lobby.
 - IV.4. Outro enfoque para o mesmo problema: a ponderação de princípios.
 - IV.4.1. A razoabilidade da restrição ao direito de petição.
 - IV.4.2. A desproporcionalidade da restrição ao direito de petição.
 - IV.5. Esclarecimentos finais.
- V. Conclusão.

I. Introdução.

O objetivo deste artigo é examinar a possibilidade de controle do lobby por regulação anticompetitiva com base no direito concorrencial brasileiro.¹ Eis a questão que deve ser aqui respondida: *a empresa que tenta influenciar as entidades estatais para a emissão de medidas restritivas da concorrência pode ser sancionada sob o nosso direito antitruste?*

O tema é sensível às autoridades incumbidas da proteção da concorrência. Afinal, as medidas regulatórias eventualmente resultantes do esforço lobista podem, por exemplo, (i) erigir barreiras à entrada e à saída do mercado; (ii) estabelecer vantagens competitivas artificiais para produtores específicos; (iii) promover assimetrias informacionais; (iv) impedir a concorrência em determinados aspectos dos produtos; (v) influir na escolha tecnológica; (vi) comprometer a flexibilidade e a liberdade empresarial; (vii) reduzir a produção; e (viii) promover a elevação de preços dos bens e serviços.²

Além disso, do ponto de vista do empresário, a alternativa lobista possui algumas vantagens, se comparada com as restrições concorrenciais diretas. Para começar, as restrições decorrentes de medidas públicas, que resultariam do lobby, permitem uma solução mais eficiente do problema da entrada de concorrentes: ao invés do contínuo monitoramento requerido pelas restrições empresariais diretas, pode-se ter um sistema público de concessão limitada de licenças para atuar no setor. Além disso, enquanto a constante ameaça de traição de uma das empresas envolvidas acaba por produzir uma instabilidade eterna nos cartéis privados, com os custos de vigilância daí decorrentes, o estabelecimento de um “cartel público” permite que eventuais desrespeitos de suas regras sejam sancionados através dos procedimentos públicos previstos para este fim (“built-in cartel enforcement mechanism”).³

Finalmente, economistas ligados à Escola de Chicago demonstraram que as investidas empresariais lobistas são freqüentemente eficazes, por duas razões principais.⁴ Em primeiro lugar, interesses compactos e organizados tendem a

¹ Este texto corresponde a uma adaptação de um dos capítulos da dissertação de mestrado do autor, intitulada “O impacto anticompetitivo da regulação estatal” e defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em março de 2008. O trabalho foi orientado pelo Professor Titular Hermes Marcelo Huck e será publicado em breve pela Editora Fórum.

² Cf. George BERMAN, “Regolazione e liberalizzazione dei mercati: un’analisi comparativa”, in Giuseppe TESAURO e Marco D’ALBERTI (coord.), *Regolazione e concorrenza*. Bologna, Il Mulino, 2000, p. 34.

³ É o raciocínio de Timothy J. MURIS, “State intervention/State Action: a U.S. perspective”, in Barry HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy*: Fordham Corporate Law 2003, New York: Juris, 2003, p. 518.

⁴ A referência é à chamada “Teoria da Regulação Econômica”, que teve início com um artigo em que George J. STIGLER aplica a racionalidade econômica às condutas políticas, assumindo que os agentes políticos são, eles também, maximizadores de seu próprio interesse pessoal. Portanto, poderiam os grupos de interesse influenciar as suas ações ao satisfazer os seus interesses (v. “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1., 1971, pp. 3-21). A teoria ganhou elaborações mais precisas posteriormente, com as contribuições aportadas em Sam PELTZMAN, “Toward a more general Theory of Regulation”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 19, No. 2, Conference on the Economics of Politics and Regulation, 1976, pp. 211-240; e Gary BECKER, “A Theory of competition among pressure groups for political influence”, *The Quarterly Journal of Economics*, v. 98, n. 3, 1983, pp. 371-400. Fundamentalmente, estes dois autores adicionam à análise de STIGLER o aspecto de equilíbrio ou dinamismo: a cada conquista de

prevalecer sobre interesses difusos em disputas políticas, tendo em vista o menor custo de sua mobilização. Isso importa uma tendência a que os interesses das empresas reguladas prevaleçam sobre aqueles dos consumidores na “competição pela regulação”.⁵ Em segundo lugar, tomada a regulação como um bem adquirível no mercado político, há uma tendência a que ela seja obtida pelo grupo que a valorar mais intensamente – e este é o caso das empresas reguladas, afetadas de um modo geralmente mais intenso e concentrado pelas políticas regulatórias do que a massa de consumidores.⁶

Dadas estas características do lobby por regulação restritiva da concorrência, ela se torna uma opção interessante para o empresário interessado na limitação da competitividade. Disso resulta um óbvio interesse das autoridades antitruste em coibir estas atividades. Neste particular, a dificuldade decorre de que o lobby é manifestação de liberdades políticas fundamentais à democracia. Assim, ao menos *a priori*, é uma atividade não só *lícita*, como desejável, essencial à eficácia social de um regime político representativo. A expressão de interesses e vontades, pelos cidadãos, é condição para que os políticos possam exercer o poder em seu nome.

Pois bem. É esta tensão entre liberdades políticas e deveres de proteção da concorrência que leva à dúvida objeto deste trabalho: afinal, é possível reduzir o impacto anticompetitivo da regulação estatal *através* da repressão antitruste do lobby por regulação?

Para responder a esta questão, este trabalho está estruturado da seguinte forma. A exposição se inicia com uma apresentação da disciplina deste tema no direito comparado (item II). A ela se segue relato crítico do estágio atual da jurisprudência do CADE sobre o assunto (item III). Será visto que o CADE ainda não enfrentou toda a dificuldade que o tema apresenta e que muitas questões ainda seguem sem respostas. Mesmo assim, já é possível identificar uma tendência deste Conselho a admitir a repressão antitruste ao lobby por regulação anticompetitiva, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos e na União Européia. Esta solução será aqui criticada. A tese que será defendida é a de que a repressão antitruste ao lobby por regulação anticompetitiva não é possível em nosso sistema jurídico (item IV), porque corresponde a limitação desproporcional, e portanto inconstitucional, do direito fundamental de petição aos poderes públicos. Como será visto, esta tese importa advogar a reforma do entendimento atual do CADE, mas não implica um descompromisso com o problema concorrencial do lobby empresarial: outras soluções juridicamente menos problemáticas serão para este fim apresentadas.

um grupo de interesse no mercado político, a situação se altera, abrindo espaço para novas e diferentes transformações do *status quo*. De acordo com BECKER: “... a change in the influence of any group that affects its taxes and subsidies must affect the subsidies and taxes, and hence the influence, of other groups. Therefore, groups do not entirely win or lose the competition for political influence because even heavily taxed groups can raise their influence and cut their taxes by additional expenditures on political activities. This contrasts with the all-or-nothing outcomes implied by many other formal models of political behavior, where the “majority” clearly wins and the “minority” clearly loses”.

⁵ Sam PELTZMAN, Michael E. LEVINE e Roger G. NOLL, “The Economic Theory of Regulation after a decade of deregulation”, *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, 1989, p. 14.

⁶ Estudos de setores regulados nos Estados Unidos demonstraram que as medidas regulatórias públicas em geral promovem os interesses da indústria regulada. Ver, a propósito, Thomas Gale MOORE, “The beneficiaries of trucking regulation”, *Journal of Law and Economics*, v. 21, n. 2, 1978, pp. 327-343; William A. JORDAN, “Producer protection, prior market structure and the effects of government regulation”, *Journal of Law and Economics*, v. 15, n. 1, 1972, pp. 151-176.

II. A disciplina concorrencial do lobby no direito estrangeiro.

Antes de discutir a questão dos limites de licitude do lobby privado no direito concorrencial brasileiro, é importante examinar os exemplos dos Estados Unidos e da União Européia, que possuem maior tradição no trato da matéria.

II.1. O caso dos Estados Unidos: a Noerr-Pennington Doctrine.

Nos Estados Unidos, a atuação política das empresas privadas perante o poder público para a elaboração de regulações com efeitos anticompetitivos, como proteção aos seus interesses particulares, é disciplinada pela chamada *Noerr-Pennington Doctrine*. Esta teoria cristaliza o posicionamento da Suprema Corte no assunto, fixado a partir dos casos *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*⁷ e *United Mine Workers v. Pennington*⁸, de onde deriva o seu nome. O seu princípio condutor é o de garantir o desinibido acesso dos particulares aos agentes públicos responsáveis pelas decisões governamentais.⁹ O seu fundamento principal reside na Primeira Emenda à Constituição americana, que estabelece uma proibição a que a legislação federal atente contra algumas liberdades fundamentais, como a liberdade de credo, de expressão, de imprensa, de associação, e de petição ao poder público.¹⁰

De acordo com a Suprema Corte, as leis federais americanas (em especial o *Sherman Act*) não poderiam ser interpretadas de modo a impedir que as empresas levassem aos agentes públicos as suas manifestações, tentando influenciá-los a agir em seu favor. Desta forma, a Noerr-Pennington Doctrine provê uma espécie de imunidade antitruste, dirigida a atos anteriores à elaboração de uma política ou decisão regulatória específica. Esta imunidade atinge atos de petição ao governo sob múltiplas formas, como lobby político, processos administrativos e litígios processuais.¹¹

O relato do caso *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight* ajuda a compreender melhor os contornos da doutrina. A questão de fundo era a disputa pelo mercado de transporte de cargas pesadas. As companhias ferroviárias dominavam largamente este setor até 1920, a partir de quando começaram a ter o seu domínio afetado pela atuação dos caminhoneiros. Ameaçadas em seus interesses econômicos, as companhias ferroviárias empreenderam diversas medidas para tentar reverter a situação. Entre elas, o lobby massivo perante o poder público americano para a aprovação de legislação protetiva de seus interesses e o uso de vias publicitárias para passar a mensagem de que o transporte de carga pesada por caminhões era prejudicial ao interesse público, entre outras razões, pelo desgaste que causava às estradas americanas. Um dos efeitos

⁷ *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127.

⁸ *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657.

⁹ Cf. David C. HJELMFELT, *Antitrust and regulated industries*, New York, John Wiley & Sons, 1985, pp. 303-307; e Adrian J. VOSSESTEIN, "Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition". *Common Market Law Review* 37 (2000), p. 1385.

¹⁰ Eis o texto da Primeira Emenda à Constituição americana: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*".

¹¹ Ver, a propósito, Earl W. KINTNER e Joseph P. BAUER, "Antitrust exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the Noerr-Pennington Doctrine", 17 *University of California Davis Law Review* 549, 1983-1984, p. 561-565.

desta campanha foi o veto do Governador da Pennsylvania a uma medida conhecida como “Fair Truck Bill”, que permitiria aos caminhoneiros transportar cargas pesadas nas estradas do estado.

O caso foi levado à Justiça pela associação de caminhoneiros da Pennsylvania e por dezenas de operadores autônomos, em ação contra, entre outros, a associação das companhias ferroviárias do leste americano (Eastern Railroad Presidents Conference) e uma empresa de relações públicas. O argumento era o de que as companhias ferroviárias teriam violado o Sherman Act ao lançar uma cruzada publicitária contra os caminhoneiros com o intuito de promover a adoção e aplicação de leis destrutivas dos seus negócios, além de criar uma atmosfera contrária aos caminhoneiros na opinião pública e ameaçar as relações existentes entre eles e os seus clientes. A campanha foi descrita pelos autores como “maliciosa, corrupta e fraudulenta”.

A ação obteve sucesso nas instâncias inferiores, mas terminou revertida pela Suprema Corte, que negou a existência de violação das normas antitruste americanas. De início, a Corte esclareceu que não infringe o Sherman Act a mera tentativa de influenciar a aprovação ou aplicação de leis.¹² A decisão fundamentou-se na essencialidade da participação democrática e na idéia de que “o próprio conceito de representação depende da habilidade das pessoas de fazer com que os seus desejos sejam conhecidos pelos seus representantes”.¹³ Interpretação contrária do Sherman Act levaria à sua incompatibilidade com a Primeira Emenda à Constituição americana, mitigando o direito de petição e de manifestação perante o poder público.

Para além do estabelecimento destes princípios gerais (de resto, admitidos também pelas instâncias inferiores), a corte negou-se mesmo a acatar o argumento de que o claro intuito de causar danos aos concorrentes teria o condão de tornar ilícita a campanha. Neste particular, a observação foi a de que não é incomum nem ilegal que as empresas promovam ações em busca de adquirir vantagem para si e desvantagem para os competidores.¹⁴

De todo modo, a Corte deixou clara, já na decisão deste caso, a existência de uma exceção ao raciocínio da doutrina, no caso de procedimentos fraudulentos (“sham proceedings”). A fraude se dará quando a campanha ou atuação perante o poder público encobrir a única e real intenção de interferir diretamente nos negócios do concorrente, sem que isto se reverta em qualquer benefício autônomo para a empresa atuante. O essencial para a verificação desta fraude não é a demonstração do propósito de prejudicar o concorrente (porque isso também há na lícita atuação política anteriormente referida), mas a *inexistência de qualquer interesse próprio na obtenção do provimento estatal*.¹⁵ A exceção é de aplicação bastante restrita e incerta, pela utilização de um critério de difícil demonstração. Ainda assim, no caso *California Motor Transport v. Trucking Unlimited*, ela foi utilizada para fundamentar a

¹² V. também *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657, 670.

¹³ *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127, 137-138.

¹⁴ *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127, 138.

¹⁵ Hebert HOVENKAMP esclarece com um exemplo: “If I petition the city council for an ordinance approving my waste disposal facility and disapproving yours, and the council passes this ordinance, then you have no antitrust claim against me. On the other hand, if I know that my petition to the government is frivolous, but I file it only because I know that you lack the resources to defend against it, then your harm is not caused by the government’s decision but by my filing itself” (in “Antitrust and the regulatory enterprise”. *Columbia Business Law Review* (2004), p. 352).

ilicitude da conduta de empresa que intervinha seguidamente nos procedimentos de licenciamento dos concorrentes, com argumentos vazios e flagrantemente improcedentes. A Corte concluiu que a empresa em questão não tinha efetivo interesse (ou esperança) em obter vitórias nos procedimentos administrativos que iniciava¹⁶, fazendo-o apenas para prejudicar e impor custos aos seus concorrentes, postergando a obtenção de seus pleitos apenas para o final de um longo procedimento administrativo.

O raciocínio foi desenvolvido em *Professional Real Estate (PRE) Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*¹⁷, caso em que a Suprema Corte instituiu um teste bifásico para determinar se a atuação judicial ou administrativa poderia ser considerada fraudulenta. A primeira fase consiste no exame da razoabilidade dos argumentos promovidos perante o poder público. A Corte deve perguntar se um litigante razoável poderia esperar a obtenção de sucesso no mérito da causa. Caso contrário, passa-se à segunda fase, em que se pretende verificar se a intenção exclusiva do litigante teria sido a de prejudicar o seu concorrente. Nesta hipótese, é aplicável a exceção do “procedimento fraudulento”. A instituição deste teste torna a aplicação da exceção à doutrina Noerr-Pennington mais objetiva, porém ainda mais restrita e de difícil aplicação. Não fosse isso bastante, estudos recentes da Federal Trade Commission¹⁸ têm revelado uma expansão desmedida na aplicação da doutrina, do que resulta a imunização de condutas sem nenhuma conexão com os valores protegidos pela Primeira Emenda¹⁹ ou com os contornos originais da doutrina.

II.2. O caso da União Européia.

Na União Européia, o tema da licitude do lobby pela emissão de regulação anticompetitiva ainda não recebeu exame tão direto como o ocorrido nos Estados

¹⁶ Transcreve-se um trecho essencial do julgamento: “*One claim, which a court or agency may think baseless, may go unnoticed; but a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the fact finder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused. That may be a difficult line to discern and draw. But once it is drawn, the case is established that abuse of those processes produced an illegal result, viz., effectively barring respondents from access to the agencies and courts. Insofar as the administrative or judicial processes are involved, actions of that kind cannot acquire immunity by seeking refuge under the umbrella of ‘political expression’*” (in *California Motor Transport v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508, 513).

¹⁷ Cf. *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures*, 508 U.S. 49. Outras manifestações da Suprema Corte sobre os “sham procedures” podem ser encontradas em *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*, 499 U.S. 365; e *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411.

¹⁸ Ver, a propósito, o relatório da equipe do FTC denominado “Enforcement perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine”, disponível no site <http://www.ftc.gov/2006/11/noerr.html> (acesso em 25/12/2006). Timothy J. MURIS, “Clarifying the State Action and Noerr exemptions”, 27 *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2003-2004, p. 453.

¹⁹ Sobre os limites da Primeira Emenda, v. David McGOWAN e Mark A. LEMLEY, “Antitrust immunity: state action and federalism, petitioning and the first amendment” 17 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 293, 1994; Daniel J. DAVIS, “The Fraud Exception to the Noerr-Pennington Doctrine in Judicial and Administrative Proceedings”, 69 *University of Chicago Law Review* 325, 2002; e Earl W. KINTNER e Joseph P. BAUER, “Antitrust exemptions for private requests for governmental action: a critical analysis of the Noerr-Pennington Doctrine” 17 *University of California Davis Law Review* 549, 1983-1984.

Unidos, mas o posicionamento que tem sido revelado nas esparsas manifestações das diversas instituições comunitárias é muito semelhante ao americano.²⁰

Para começar, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos por força da Primeira Emenda à Constituição, a União Européia certamente protege e incentiva o direito de petição aos órgãos públicos, como maneira de permitir a comunicação tendente a informar as entidades administrativas de desejos, críticas e opiniões dos administrados.²¹ Trata-se de princípio geral válido tanto a nível comunitário, como na maioria dos ordenamentos constitucionais dos Estados-Membros. Este quadro legal tem prevalecido sobre a aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado que estabelece a Comunidade Européia (doravante, mencionado somente como “Tratado”), dando vazão a manifestações favoráveis a um “amplo direito de petição”, com relevante potencial anticompetitivo.

Assim, no caso *Hilti*, a empresa homônima, acusada de abuso de posição dominante (art. 82 do Tratado), usou como argumento de defesa o fato de que os seus produtos eram *mais seguros* do que os de seus competidores. A defesa foi explicitamente recusada tanto pela Comissão Européia como pela Corte de Primeira Instância através de uma contra-argumentação bastante curiosa: se a empresa estivesse realmente preocupada com a segurança dos produtos dos competidores, deveria ter tentado convencer as autoridades britânicas a bani-los do mercado, e não ter adotado, por si própria, atitudes anticompetitivas.²² Estas manifestações foram o primeiro sinal claro de licitude, no Direito Comunitário, do lobby para a promoção de manifestações estatais protetivas de interesses privados e restritivas da concorrência

Ainda mais diretamente, a Comissão consignou em *FrenchWest African Shipowners' Committees* que “o mero esforço para influenciar os órgãos e agentes públicos” não pode ser considerado, em si mesmo, violador das normas concorrenciais comunitárias.²³ No mais, no caso *Reiff*, o fato de a regulação anticompetitiva (fixação de tarifas) impugnada ter resultado de proposta expressa das empresas reguladas não sensibilizou a Corte Européia de Justiça (CEJ), que a julgou lícita.²⁴

²⁰ Defendendo a elaboração de uma teoria semelhante à Noerr-Pennington Doctrine na União Européia, v. William COONEY, “Competition and the Noerr-Pennington Doctrine: when should political activity be barred under European Community competition law?”, 34 *George Washington International Law Review* 871, 2002-2003.

²¹ A relevância conferida pela União Européia ao direito de acesso dos cidadãos às instituições públicas pode ser aferida não apenas pelas previsões explícitas no Tratado da Comunidade Européia (v., em especial, os arts. 21, 194 e 195) e na Carta de Direitos Fundamentais (v. art. 44), como no esforço de facilitar este contato, através de linhas e endereços eletrônicos dedicados, nos quais se recebem reclamações em quaisquer dos idiomas da União Européia, com a garantia de resposta neste mesmo idioma. A este respeito, ver ainda Richard WAINWRIGHT e André BOUQUET, “State intervention and action in EC competition law”, in Barry HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003*, New York: Juris, 2003, p. 560; e Adrian J. VOSSESTEIN, “Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition”. *Common Market Law Review* 37 (2000), p. 1390 e ss.

²² Case T30/89, *Hilti v. Commission*, [1991] ECR II-1439, para.116–118.

²³ V. *Commission Decision* of 1 Apr. 1992, OJ 1992 L 134/1: “the fact that an association of undertakings approaches a public authority in the common interest of its members is not in itself an infringement of the competition rules”. Este posicionamento da Comissão foi corroborado dois anos depois, em *Cement* (in *Commission Decision* of 8 Nov. 1994, O.J. 1994, L 343/1).

²⁴ Case C-185/91 *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr v Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG* [1993] ECR I-5801. Semelhantemente, v. Case 267/86 *Pascal Van Eecke v ASPA NV* [1988] ECR 4769.

Todas estas manifestações permitem concluir pela existência de um *princípio geral* de que não há violação concorrencial no mero esforço para influenciar autoridades públicas.²⁵ Prevalece o entendimento de que esta atuação privada é característica *essencial e positiva* das democracias modernas.²⁶ Este princípio geral, contudo, recebeu maiores precisões e limitações. Uma delas, em específico, merece ser citada, por assemelhar-se à idéia de “sham proceedings” referida pela Suprema Corte americana. A Comissão observou em *ITT Promedia* que, embora o uso de processos judiciais ou administrativos seja, a princípio, insuscetível de gerar infrações concorrenciais, isso poderá verificar-se quando: (i) a ação em questão for, do ponto de vista objetivo, manifestamente infundada; (ii) e o seu objetivo for o de eliminar a concorrência.²⁷

II.3. O lobby e o direito concorrencial na experiência estrangeira.

Nos Estados Unidos e na União Européia, as exceções à imunidade conferida pelas doutrinas apresentadas acima atingem exclusivamente as atuações empresariais em litígios processuais civis ou administrativos.²⁸ No caso do lobby para emissão de normas gerais, que é o que interessa ao tema deste artigo, a

²⁵ A exemplo do que se dá no direito americano, este princípio geral prevalece mesmo quando esta aproximação governamental é claramente parte de um plano para eliminar a concorrência. Ver, a propósito, *Commission Decision* of 21 May 1996, ITT Promedia NV/Belgacom.

²⁶ Foi neste sentido o parecer do Advogado Geral Tesouro no Caso *Meng*, em que restou afirmado que “*l’influsso di soggetti privati sul procedimento di formazione delle norme giuridiche costituisce una costante dei moderni ordinamenti giuridici*” (in Case C-2/91 *Wolf W. Meng* [1993] ECR I-5751, para. 28). Concordantemente, v. parecer do Advogado Geral Fennelly no Case C-140 to 142/92 [1995] ECR I-3257, para. 55; Richard WAINWRIGHT e André BOUQUET, “State intervention and action in EC competition law”, in Barry HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2003*, New York : Juris, 2003, p. 560; e Adrian J. VOSSESTEIN, “Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition”. *Common Market Law Review* 37 (2000), p. 1391.

²⁷ Cf. *Commission Decision* of 21 May 1996, ITT Promedia NV/Belgacom. Adrian J. VOSSESTEIN critica este teste bifásico: “*the cited criteria resemble those used by the U.S. Supreme Court in PRE; neither PRE nor ITT rely on anticompetitive motives alone, rather require that the bringing of the lawsuit was “objectively baseless” or “on an objective view manifestly unfounded (...)* As regards the anticompetitive motivation, the second prong of ITT requires a plan to eliminate competition or an aim to eliminate competition. In my view, in order to satisfy this prong some aim to ultimately eliminate competition does not suffice. Arguably most, if not all lawsuits between competitors have some purpose to restrict or eliminate competition: either through the resulting judgment, or through the costs of the suit and the delay caused by it. In view of the fundamental nature of the right of access to the courts, the former lawsuits should be legal. In this regard the second prong of PRE seems more convincing, where it holds that instituting an objectively baseless lawsuit is only actionable if it conceals an attempt to interfere directly with the business relations of a competitor through the use of the governmental process, as opposed to the outcome of that process” (in “Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition”. *Common Market Law Review* 37 (2000), p. 1395.

²⁸ Para maiores detalhes a propósito dos limites da Noerr-Pennington Doctrine no contexto litigioso (ou processual), v. Robert L. TUCKER, “Vexatious litigation as unfair competition, and the applicability of the Noerr-Pennington Doctrine”, 22 *Ohio Northern University Law Review*, 119, 1995-1996; Daniel J. DAVIS, “The Fraud Exception to the Noerr Pennington Doctrine in Judicial and Administrative Proceedings”, 69 *University of Chicago Law Review* 325, 2002; Milton HANDLER e Richard A. DE SEVO, “The Noerr Doctrine and its Sham Exception”, 6 *Cardozo Law Review* 1, 1984-1985. Sobre a possibilidade de a violação à legislação concorrencial decorrer de uma *série* de atuações processuais infundadas, v. Russel WOFFORD, “Considering the ‘pattern litigation’ exception to the Noerr-Pennington Antitrust Defense”, 49 *Wayne Law Review* 95, 2003-2004.

imunidade ao direito antitruste é absoluta.²⁹ Escrevendo em 1984 sobre a experiência americana, Milton Handler e Richard De Sevo informavam que, dos cerca de 20 casos que chegaram até a Suprema Corte relacionados com petições ao Poder Legislativo, em nenhum deles o peticionário (autor do lobby) foi condenado.³⁰ Com efeito, os critérios estabelecidos em *PRE* (no caso americano) e em *ITT Promedia* (no caso europeu) são dificilmente preenchidos pelas atuações políticas das empresas perante o poder público. Fundamentalmente, prevalece o entendimento de que o direito concorrencial serviria a “corrigir falhas nos mercados econômicos privados, não no mercado político”.³¹ O lobby político por regulação anticompetitiva é, pois, imune ao direito antitruste destas duas jurisdições.

III. A disciplina concorrencial do lobby no Brasil: o estado da arte.³²

O cenário jurídico brasileiro referente ao tema da licitude concorrencial do lobby por regulação anticompetitiva é o seguinte. Do ponto de vista constitucional, não é demais repetir que a *livre concorrência* foi alçada a princípio da ordem econômica (art. 170, IV), do que resulta o dever do Estado brasileiro de *promover* a competitividade dos mercados. Nos termos do § 4º do art. 174, cumpre-lhe reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Esta disposição foi particularmente regulamentada através da lei n. 8.884/94. De acordo com o seu art. 20, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir, entre outros, o efeito de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. A redação do dispositivo legal é bastante ampla. *Atos sob qualquer forma manifestados* podem constituir infração à ordem econômica. Não se exige culpa, nem a efetiva restrição da concorrência: é suficiente que estes atos *tenham*

²⁹ V. Lawrence A. SULLIVAN, “Developments in the Noerr Doctrine”, 56 *Antitrust Law Journal* 361, 1987, p. 362; Earl W. KINTNER e Joseph P. BAUER, “Antitrust exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the Noerr-Pennington Doctrine”, 17 *University of California Davis Law Review* 549, 1983-1984, p. 557-558; Audrey G. HOLZER, “An analysis for reconciling the antitrust laws with the right to petition: Noerr-Pennington in light of Cantor v Detroit Edison” 27 *Emory Law Journal* 673, 1978, p. 691.

³⁰ Milton HANDLER e Richard A. DE SEVO, “The Noerr Doctrine and its Sham Exception”, 6 *Cardozo Law Review*, 1984-1985, p. 18.

³¹ William COONEY, “Competition and the Noerr-Pennington Doctrine: when should political activity be barred under European Community competition law?”, 34 *George Washington International Law Review* 871, 2002-2003, p. 873. Alguns autores defendem que a Noerr Pennington Doctrine não estabelece nenhuma imunidade ao direito antitruste, apenas uma atividade sobre a qual ele não incide, a atividade política. Neste sentido, v. Lawrence A. SULLIVAN, “Developments in the Noerr Doctrine”, 56 *Antitrust Law Journal* 361, 1987, p. 361; Milton HANDLER e Richard A. DE SEVO, “The Noerr Doctrine and its Sham Exception”, 6 *Cardozo Law Review*, 1984-1985, p. 19.

³² Algumas razões levam a crer que o potencial anticompetitivo do lobby empresarial, ressaltado no início desta monografia, é ainda mais preocupante no contexto brasileiro. Primeiro porque a prevalência de mercados oligopolizados facilita a organização e a atuação política da indústria em prol de regulação que lhe favoreça. Depois porque, em razão da ainda baixa consciência social dos benefícios do processo concorrencial, os custos de informação dos consumidores prejudicados por este lobby e mesmo da conseqüente organização para fazer face à força política dos grandes grupos empresariais são ainda mais elevados. Finalmente, concorre para a formação deste cenário a maior fragilidade democrática de nossas instituições. Tudo isto entendido conjuntamente, tem-se que o *custo da captura*, no Brasil, é ainda menor do que o que ocorre nas jurisdições mencionadas acima – e disto resulta uma maior probabilidade para que ela ocorra. Eis porque entre nós se põe ainda mais intensamente a questão de como controlar esta atividade.

por objeto ou possam produzir este efeito. Dentro de tão amplo espectro, caberia, ao menos em tese, sancionar o lobby que (i) vise à produção de normas que restrinjam a concorrência ou (ii) que *tenha este efeito potencial*, independente das intenções que o tenham motivado.

Mas esta previsão precisa ser compatibilizada com outras que, em casos concretos, podem lhe ser contrárias. Para o objetivo particular de compor o cenário jurídico referente ao tema deste trabalho, é importante mencionar a disposição constitucional relativa ao direito de petição ao poder público. Ela consta do rol de direitos fundamentais da Constituição Federal. No art. 5º, inciso XXXV, alínea “a”, assegura-se a todos “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Os termos da previsão constitucional são restritos: o direito de petição caberia apenas para defesa de direitos ou indicação de ilegalidade ou abuso de poder. A doutrina o tem entendido de uma forma bem mais ampla, contudo.³³ Numa leitura sistemática com outros dispositivos constitucionais (em especial aqueles relativos ao estabelecimento de um regime democrático, à liberdade de expressão e à valorização da cidadania), o direito de petição é compreendido também como um direito político.³⁴ Assim, Celso Bastos e Ives Gandra Martins atribuem-lhe caráter bifrontal, de um lado valendo à defesa de interesse pessoal, de outro, servindo como instrumento de participação política ativa. Nesta última hipótese, “é exercitável independente da existência de qualquer lesão de interesses próprios”.³⁵ O direito de petição englobaria, então, a manifestação de liberdade de opinião e de interesses perante o Poder Público³⁶; guardaria um caráter eminentemente democrático.³⁷

É a esta concepção mais ampla, informal e política do direito de petição que se fará referência neste trabalho. Fique bem claro, contudo, que o fundamental não

³³ Também a previsão do direito de petição na Constituição Americana é restrita. Nos termos da Primeira Emenda: “Congress shall make no law (...) abridging (...) the right of the people (...) to petition the Government for a redress of grievances”. Também lá, contudo, a compreensão doutrinária e jurisprudencial deste direito é bem mais ampla do que os termos literais da Constituição.

³⁴ É neste sentido político que se faz referência ao direito de petição em diversos ordenamentos. Já se viu que este direito engloba manifestações lobistas nos Estados Unidos e na União Européia. Também este é o caso, por exemplo, na França e na Espanha. Em relação ao primeiro destes países, afirma Sonia Dubourg LAVROFF que “le droit de pétition serait donc le droit public de faire connaître sa pensée aux autorités constituées; c’est une forme d’expression de la liberté de pensée” (in “Le droit de pétition en France”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Etranger*. Paris. n.6. nov./dec. 1992, p. 1741). No que atine ao caso Espanhol Ignacio Fernandez SARASOLA cita decisão do Tribunal Constitucional em que se afirmou “la petición en que consiste el derecho en cuestión tiene un mucho de instrumento para participación ciudadana, aún cuando lo sea por vía de sugerencia, y algo de ejercicio de la libertad de expresión, como posibilidad de opinar” (in “Comentario a la ley 4/2001, reguladora del derecho de petición”. *Revista Espanola de Derecho Constitucional*. Madrid. v.22. n.65. mayo./ago. 2002, p. 198).

³⁵ Celso Ribeiro BASTOS e Ives Gandra MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 166.

³⁶ Neste sentido, afirma Artur Cortez BONIFÁCIO: “O direito de petição, sob a égide das Constituições anteriores, tinha sua tônica na proteção contra os abusos de autoridades. O manejo do instituto, no espírito da atual Carta Magna – democrática e social – engloba a manifestação da liberdade de opinião, a reivindicação, a ressalva de direitos, enfim, uma ampla possibilidade de integração entre o indivíduo, singular ou coletivamente considerado, e os poderes e/ou os órgãos em que se expressam” (in *O direito fundamental de petição*. Dissertação de mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP. São Paulo, mimeo, p.100).

³⁷ Alexandre de MORAES, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 289.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira . O direito antitruste e o controle do lobby por regulação restritiva da concorrência. Revista de Direito Público da Economia, v. 25, p. 63-100, 2009.

é a *denominação* que se dá a esta prerrogativa de manifestação e pressão política, mas saber que ela existe em nossa ordem constitucional. Até se pode compreender equivocada a interpretação extensiva do direito de petição, para além dos estritos termos constitucionais – e, assim, criticar a idéia de que o lobby é uma forma de exercitar *este direito específico*. Mas não é possível duvidar que, também entre nós, a manifestação de opinião, a condução de informações ou a promoção de pressão política, perante o Poder Público, em defesa de interesses políticos, individuais ou de grupos, recebe ampla proteção jurídica. Não fosse já pela previsão constitucional relativa ao direito de petição, este direito político é mesmo uma decorrência da instituição de um regime democrático e representativo, além de ser uma forma de torná-lo mais forte (v. Constituição Federal, preâmbulo, art. 1º e seu parágrafo único). É igualmente decorrência de uma interpretação substancial da valorização constitucional da cidadania (art. 1º, III) e do pluralismo político (art. 1º, V).

Assim, o regime jurídico do lobby para elaboração de regulação anticompetitiva envolve a ponderação destas previsões normativas conflitantes – de um lado, o dever estatal de proteger a concorrência; de outro, a prerrogativa individual de manifestar, perante o Poder Público, os seus próprios interesses e requerer-lhes a proteção. Qualquer solução que negligencie este aspecto conflituoso da questão será incompleta e insatisfatória. É apenas após isto ter sido claramente assentado que se pode questionar: há espaço, em nosso sistema jurídico, para a repressão antitruste do lobby por regulação anticompetitiva? Se sim, quais os critérios que determinariam a sua ilicitude?

III.1. O estágio atual da jurisprudência do CADE.

Um passo importante para responder a estas questões consiste em examinar a jurisprudência que lhe concerne. No primeiro e principal caso relativo a este tema, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) instaurou Processo Administrativo para investigar supostas condutas anticompetitivas do Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal - SINPETRO/DF e das redes de postos revendedores de combustíveis Gasol e Igrejinha (referidos no subitem seguinte como “representados”).³⁸

III.1.1. O relato do caso SINPETRO-DF.

Os representados foram acusados de promover ações para impedir o ingresso do hipermercado Carrefour no segmento de revenda de combustíveis automotivos no Distrito Federal.³⁹ Esta rede pretendia instalar postos de abastecimento nos estacionamentos de alguns de seus supermercados. As ações dos representados consistiram em esforços conjuntos para pressionar e influenciar os Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal a atuarem contra a pretensão do Carrefour. Um dos resultados deste empenho foi a elaboração da Lei Complementar 294/00, que veda a edificação de postos de abastecimento de combustíveis nos estacionamentos de supermercados, hipermercados, shopping centers, teatros, cinemas e nas proximidades de escolas e hospitais.

³⁸ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08000.024581/1994-77. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Representante: DPDE “ex officio”. Representados: SINPETRO/DF; Rede Gasol (Grupo Cascão); Rede Igrejinha DOU, 09.02.05.

³⁹ Investigou-se ainda o suposto acordo entre os representados para a não-comercialização de óleo diesel aditivado no Distrito Federal. Esta questão, contudo, não interessa ao objeto deste artigo.

Em defesa, os representados não negaram os atos que lhe foram imputados. Sustentaram que a sua atuação política visava apenas a impedir que o Carrefour viesse a promover “concorrência desleal”. Observaram que, ao contrário deles próprios, o Carrefour não teria participado de licitação para adquirir imóveis destinados a postos de abastecimento, mas apenas alteraria o uso de “*área imprópria e já de seu domínio, em detrimento da comunidade e do interesse público, comprometendo o plano diretor da Cidade*”. Adicionaram que o Carrefour imporá “concorrência predatória”, aplicando preços abaixo dos valores do mercado, por usar de “compensação irregular de impostos” (ICMS), estratégia não extensível aos concorrentes. Argumentaram, finalmente, que a comunidade já estaria “bem servida” de postos de abastecimento nas áreas que seriam instalados os postos do Carrefour.

Em decisão unânime, o CADE decidiu condenar os representados pelas infrações à ordem econômica tipificadas no art. 20, I, II e IV, combinado com o art. 21, II, IV e V, da lei n. 8.884/94. Quatro fatores parecem ter sido relevantes para esta conclusão. Primeiro, o CADE demonstrou a existência de poder de mercado dos representados, razão pela qual, de acordo com o raciocínio da decisão, “*as representadas poderiam, em tese, em virtude de elevada participação de mercado, produzir efeitos anticoncorrenciais*”. O sindicato representado, por exemplo, congregava 94,76% dos postos de abastecimento do Distrito Federal, enquanto as demais redes representadas detinham 40% deste mercado relevante.

Em seguida, o CADE demonstrou a concertação entre os representados para a realização do objetivo comum. Apontou, assim, a existência do que denominou um “conluio” entre concorrentes. Neste mesmo sentido, destacou a existência de “*uma grande união e um eficiente intercâmbio de informações entre os associados do sindicato*”.

O terceiro aspecto relevante para a decisão foi o fato de os representados terem, comprovadamente, promovido pressão política para elaboração de legislação restritiva da concorrência.⁴⁰ Afirmou-se insistentemente que: (i) a investigação procedida pela SDE demonstrara que representantes do sindicato tiveram diversas audiências com deputados e com o governador do Estado para impedir a entrada do Carrefour no mercado de combustíveis; (ii) atas de assembleias do sindicato demonstraram a contínua pressão política exercida por esta entidade representativa; (iii) em uma das assembleias, chegou-se a discutir termos de Projeto de Lei que seria levado aos políticos envolvidos.

Finalmente, o quarto fator destacado na decisão foi a “inconsistência” dos argumentos trazidos pelos representados para justificar a sua atuação política. Por exemplo, a investigação da SDE demonstrara que, antes da Lei Complementar 294/00, nenhum impedimento de caráter urbanístico existia à pretensão da rede de supermercados. Portanto, a pretensão era lícita, ao contrário do que argumentavam os representados. Além disso, o CADE apontou que as vantagens tributárias detidas

⁴⁰ Veja-se, a propósito, este trecho da decisão: “*O texto acima transcrito também comprova a pressão realizada junto a membros do poder legislativo. Não obstante, cabe destacar, através da colação de diversas outras disposições constantes das atas, a persistência dos concertantes em recorrer aos citados parlamentares no intuito de triunfar na tentativa de barrar a entrada do Carrefour*” (in Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08000.024581/1994-77. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Representante: DPDE “ex officio”. Representados: SINPETRO/DF; Rede Gasol (Grupo Cascão); Rede Igrejinha DOU, 09.02.05).

pelo Carrefour poderiam ser eliminadas por meios não prejudiciais à concorrência, como a obrigatoriedade de o supermercado realizar uma nova inscrição de CNPJ para o posto revendedor instalado no seu estacionamento. De acordo com o CADE, a insubsistência das alegações dos representados demonstraria que a sua atuação política visava unicamente à restrição concorrencial e à consagração de seus interesses empresariais.⁴¹

Ressalte-se que não houve nos autos qualquer menção a que o convencimento dos políticos ali mencionados tenha resultado de oferecimento de vantagens ou favores ilícitos. Ao menos, este fator não foi levado em consideração em nenhum momento no julgamento. Em resumo, o CADE condenou os representados pelo fato de promoverem lobby para aprovação de legislação restritiva da concorrência, em proteção aos seus interesses privados.⁴²

III.1.2. Reflexões sobre o caso SINPETRO-DF.

A postura adotada pelo CADE neste caso é contrária ao entendimento da Suprema Corte americana com a *Noerr-Pennington Doctrine*.⁴³ Aliás, é curioso que o CADE não tenha feito nenhuma referência à jurisprudência americana, embora a decisão contivesse uma seção sobre a “Jurisprudência Comparada” – em que se citou uma única decisão, de um tribunal da Romênia. Como foi visto no início deste trabalho, a Suprema Corte americana isenta de implicações antitruste o lobby por regulação, considerando natural e mesmo sadio que, dentro de um ambiente democrático, as empresas levem aos agentes públicos as suas manifestações, tentando influenciá-los a agir em seu favor. A Suprema Corte americana chega a afirmar que a eventual “intenção de prejudicar” do concorrente peticionante é irrelevante – tese com a qual o CADE não parece concordar.

No caso *SINPETRO*, o CADE ignorou a questão da legitimidade das pressões políticas perante o legislador, ainda que para afirmar que esta legitimidade possui limites e que tais limites teriam sido ultrapassados. Não houve qualquer espécie de ponderação entre o direito político de influenciar os governantes e a política concorrencial. Em nenhum momento se tentou conciliar estes interesses. Ainda mais surpreendentemente, o argumento da legitimidade da atuação política para defesa de interesses privados não foi nem mesmo levantado pelas empresas representadas, que preferiram justificar o seu lobby em “razões de interesse público”.

Esta questão merecia ter sido enfrentada, para que o CADE pudesse cuidar de toda a complexidade envolvida na questão da licitude concorrencial da atuação

⁴¹ Apesar de o CADE ter também demonstrado a inconstitucionalidade da lei distrital decorrente da pressão política promovida pelos representados, este fato não foi considerado um argumento para a configuração da ilegalidade da sua conduta. Tratou-se apenas “de cumprimento de um dever do CADE (art. 7º, X, da Lei nº 8.884/94) no sentido de identificar normas que tragam restrições à livre concorrência e solicitar das autoridades competentes as medidas necessárias à higidez concorrencial”.

⁴² A mesma postura do CADE foi adotada pela SDE e pela SEAE, em seus pareceres. Ambas as Secretarias recomendaram a imposição de multa aos representados.

⁴³ Em sentido contrário, Sandra TEREPIINS entende que a atuação dos representados no Caso *SINPETRO* poderia ser caracterizada como *sham litigation*, pelo que, também nos Estados Unidos, ela seria condenada (v. o seu “Sham litigation - uma exceção à doutrina Noerr-Pennington e a experiência recente vivida pelo CADE”, *Revista do IBRAC*, Vol 15, n.º 1, 2008, pp. 63-97). Ao autor desta monografia, pelas razões já expostas acima, não parece que a *sham litigation* seja aplicável fora do âmbito de processos judiciais ou administrativos (em que há, de fato, a *litigation*).

política da indústria regulada. Como resultado desta omissão, não é possível afirmar que está claramente fixado um entendimento jurisprudencial consistente, utilizável como guia para decisões posteriores e como diretriz para as condutas empresariais correspondentes.

Em primeiro lugar, tendo em vista a alusão na decisão a vários fatores diferentes, como o poder de mercado, a concertação dos representados, a pressão perante o Poder Público para a restrição concorrencial e a ausência de interesses públicos na legislação pretendida, não fica claro qual ou quais destes aspectos são de fato essenciais para a caracterização da ilicitude concorrencial das pressões exercidas pelas empresas perante o Poder Público. Tome-se, de logo, o poder de mercado. É ele de fato essencial para caracterizar a ilicitude concorrencial de uma atividade lobista? Sem poder de mercado, não seria possível cometer este ilícito?

Já no que concerne à concertação para o lobby, é ela essencial para a caracterização da ilicitude ou a influência política exercida individualmente por um empresário para afastar a pressão concorrencial também é condenável?

Mais. Em certo trecho do voto condutor da unanimidade, chega-se a afirmar que “o Sindicato e os postos sindicalizados jamais poderiam exercer a pressão que efetivaram junto a autoridades públicas, para limitarem a concorrência”.⁴⁴ Poderia esta afirmação ser entendida assim peremptoriamente? Todo o lobby para limitação concorrencial é ilícito?

O fato de que o CADE passou ao exame das razões de interesse público levantadas pelos representados talvez demonstre que, ao contrário da afirmação peremptória anterior, o CADE entenderia que, em alguns casos, o lobby pela limitação concorrencial poderia ser aceitável. Ainda aqui, no entanto, o entendimento não é completamente evidente. O exame da consistência destas razões significaria que o lobby para restrição concorrencial só é legítimo quando veicule interesses públicos? Não haveria igualmente interesses exclusivamente privados que legitimassem a atuação política? Como este entendimento se compatibiliza com a existência de um direito democrático de levar ao Poder Público os *interesses próprios* (particulares) do peticionante?

Tampouco está claro sob qual critério as alegações dos representados foram descartadas. As razões de interesse público sustentadas pelos representados foram consideradas simplesmente *improcedentes*, consistiram em alegações *implausíveis*, ou teriam sido *fraudes* para encobrir as reais e exclusivas intenções de restrição concorrencial e vantagens empresarias? Na realidade, o importante aqui é questionar qual destes critérios levaria (seria essencial) à ilicitude concorrencial do lobby. O lobby que veicule interesses públicos *improcedentes* e resultar em restrição concorrencial é, só por isso, ilícito? Ou é necessário que as razões argüidas sejam *fraudulentas* ou claramente *implausíveis*? Não há respostas diretas para estas questões na decisão do CADE.

III.1.3. Outras manifestações do CADE sobre este tema.

O tema da influência política das empresas reguladas e os seus efeitos anticompetitivos voltou a ser discutido pelo CADE em algumas oportunidades após o caso *SINPETRO*. Duas delas merecem menção neste espaço, apesar de terem se

⁴⁴ Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08000.024581/1994-77. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. DOU, 09.02.05, p. 16 do voto do Relator.

tratado de meras averiguações preliminares e de cuidarem mais intimamente de questões relacionadas à existência de uma litigância fraudulenta (*sham litigation*) com fins anticompetitivos.⁴⁵

No caso *Valadarense*, o CADE entendeu por bem instaurar processo administrativo já que, nos termos do voto do Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz, haveria indícios de que a representada teria exercido influência perante o Poder Público, no sentido de restringir a concorrência na prestação de serviços de transporte coletivo.⁴⁶ No seu voto-vista, o Conselheiro Paulo Furquim compartilhou da preocupação de seu colega, destacando a possível *“ingerência indevida [da representada] junto ao poder público, com o objetivo de criar obstáculos à concorrência”*.⁴⁷ Como se vê, a influência privada para produção de manifestações estatais anticompetitivas é vista de forma negativa, ao contrário do que se passa na jurisprudência da Suprema Corte americana. Do mesmo modo, a *“intenção de restringir a concorrência”* no lobby ganha entre nós uma relevância sem paralelo no direito americano.

Mais recentemente, em julgamento de setembro de 2007, o assunto voltou à tona. Em representação proposta pelo *Grupo Moura*⁴⁸, alegava-se um suposto abuso de direito de petição: os representados estariam valendo-se de processos administrativos perante a Anatel para prejudicar o representante. Aproveitando a discussão sobre o direito de petição, contudo, o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva pediu vistas e teceu algumas considerações que merecem ser mencionadas. Referindo-se explícita e longamente à Noerr-Pennington Doctrine, Cueva termina por perguntar: *“Há limites para o direito de petição? Em que circunstâncias pode a atividade de peticionar aos diferentes entes do Estado constituir infração à ordem econômica?”*. A sua resposta foi a de que, ao menos na *“arena política”*, o direito de petição merece *“ampla proteção”*. Em termos ainda mais contundentes, sustentou que *“o conteúdo do que os representados informam aos representantes não é passível de controle quanto a possíveis efeitos anticompetitivos”*.⁴⁹ Até este trecho, o

⁴⁵ Sobre este mesmo tema da litigância fraudulenta, ver também a Averiguação Preliminar nº. 08012.005335/2002-67. Conselheiro Relator: Luis Fernando Schuartz. DOU, 02.05.07; e o artigo de Sandra TEREPINS, *“Sham litigation - uma exceção à doutrina Noerr-Pennington e a experiência recente vivida pelo CADE”*, *Revista do IBRAC*, Vol 15, n.º 1, 2008, pp. 63-97.

⁴⁶ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Averiguação Preliminar nº. 08012.005610/2000-81. Conselheiro Relator: Luis Fernando Schuartz. Representante: Viação Oliveira Torres. Representada: Empresa Valadarense de Transporte Coletivo Ltda. DOU, 18.09.06.

⁴⁷ Apesar de reconhecer o direito de petição das empresas representadas, o Conselheiro Paulo Furquim assevera que *“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”* (in Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Averiguação Preliminar nº. 08012.005610/2000-81. Conselheiro Relator: Luis Fernando Schuartz. Representante: Viação Oliveira Torres. Representada: Empresa Valadarense de Transporte Coletivo Ltda. DOU, 18.09.06).

⁴⁸ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Averiguação Preliminar nº. 08012.006076/2003-72. Conselheiro Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Representante: Grupo Moura. Representada: Optus Indústria e Comércio Ltda. et alli. DOU, 17.09.07.

⁴⁹ Vale a pena transcrever o seguinte trecho do voto-vista do Conselheiro Ricardo Villas Bôas CUEVA: *“Se é lícito prosseguir nesse exercício, o primeiro parâmetro interpretativo a ser afirmado diz respeito à ampla proteção do direito de petição quando exercido na arena política. Assim, a atividade de informar o Estado e postular a defesa de direitos ou a correção de ilegalidades ou abuso de poder, tem clara dimensão político-fiscalizatória, que pode se manifestar perante quaisquer dos poderes do Estado. Mas numa democracia representativa a comunicação entre representados e representantes é essencial para a formação da vontade política que se traduz na legislação aprovada pelo Parlamento.*

entendimento do Conselheiro Cueva parece em clara colisão com o posicionamento anterior do CADE, no caso *SINPETRO-DF*.

Em passagem posterior do seu voto-vista, contudo, o entendimento do Conselheiro torna-se ambíguo. Ele afirma que a possibilidade do CADE identificar o abuso do direito de petição é bastante limitada, mas que, seguindo a jurisprudência americana, “*alguns dos critérios a serem levados em conta são a plausibilidade do direito invocado, a veracidade das informações, a adequação e a razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso da postulação*”. Tendo em vista as suas colocações anteriores, não fica claro se, em sua opinião, estes critérios também devem ser ponderados a propósito do lobby legislativo ou devem reservar-se à atuação anticompetitiva nos procedimentos judiciais e administrativos (*sham litigation*). Na primeira hipótese, haveria uma conciliação com o posicionamento anterior do CADE, já que, no caso *SINPETRO*, seria possível entender que houve um abuso do direito de petição em função da implausibilidade do direito invocado ou da inveracidade das informações passadas no lobby.

III.1.4. Conclusões sobre o estágio atual da jurisprudência do CADE.

O fato é que o posicionamento do CADE ainda não é completamente claro. Não foram enfrentadas questões essenciais que lhe permitiriam firmar a sua posição, com os conseqüentes benefícios de estabelecimento de jurisprudência e orientação da atividade empresarial. Apesar disso, já é possível identificar no Conselho uma posição muito menos liberal do que a americana. Ao contrário da Suprema Corte dos Estados Unidos, o CADE parece disposto a controlar a atividade política da indústria regulada, punindo a restrição concorrencial pela via de pressão por regulação. Embora positiva do ponto de vista da proteção da competitividade dos mercados, esta opção envolve dificuldades que não podem ser negligenciadas. Fundamentalmente, é preciso apontar com clareza como ela se compatibiliza com a prerrogativa constitucional de manifestação democrática de interesses perante o Poder Público.

IV. A disciplina concorrencial do lobby no Brasil: uma proposta.

Defende-se neste trabalho uma revisão da tendência jurisprudencial do CADE, relatada acima. Reputa-se que o lobby por regulação não pode ser reprimido com base no direito antitruste. Sustenta-se que o lobby, em si, jamais constituirá infração à concorrência. A conseqüência desta tese é a proposta de imunização antitruste da atividade lobista.

Para chegar a esta conclusão, entretanto, não é suficiente aludir à essencialidade democrática da manifestação política, perante o Poder Público, de interesses privados. Este é o argumento principal da Suprema Corte americana: a participação política dos cidadãos, levando ao Poder Público as suas opiniões sobre aquilo que melhor serviria aos seus interesses é uma característica essencial dos regimes democráticos, devendo, por isto mesmo, ser encorajada abertamente. Ora, a liberdade de expressão também é uma prerrogativa individual que toca a essência

Por isso, o conteúdo do que os representados informam aos representantes não é passível de controle quanto a possíveis efeitos anticompetitivos. Isso não se aplica, obviamente, às petições dirigidas ao Executivo ou aos litígios judiciais, sujeitos a regras próprias” (in Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Averiguação Preliminar nº. 08012.006076/2003-72. Conselheiro Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Representante: Grupo Moura. Representada: Optus Indústria e Comércio Ltda. et alli. DOU, 17.09.07).

dos regimes democráticos. Também ela deve ser, portanto, encorajada abertamente. Mas é evidente que disso não decorre que qualquer conduta promovida no exercício da liberdade de expressão esteja imune ao direito antitruste. Comunicações entre concorrentes para fixar preços, embora constituam exercício da liberdade de expressão, são ilícitos concorrenciais.⁵⁰

Isso significa que, ao menos em tese, é admissível que determinadas manifestações políticas dêem ensejo à responsabilização de quem as promoveu. Dito de outro modo, a essencialidade da participação política não é suficiente para dar por resolvida a questão objeto deste artigo.

Contudo, se a essencialidade democrática do lobby não é determinante, ela é extremamente importante. Concretamente, ela implica que restrições ao lobby devem estar cuidadosamente delimitadas, fundamentadas e justificadas. Não se podem admitir facilmente restrições ao direito de manifestação política. É precisamente aqui que a tese da repressão antitruste ao lobby por regulação anticompetitiva encontra problemas insuperáveis.

São três as suas principais dificuldades. Para começar, não há critérios teóricos adequados e juridicamente viáveis para fundamentar a ilicitude concorrencial do lobby por regulação anticompetitiva (item IV.1). Além disso, a repressão ao lobby implicaria limitação à liberdade de manifestação política para impedir ações que causariam danos *indiretos* e *incertos* (item IV.2). Finalmente, os eventuais efeitos maléficos do lobby para a concorrência podem ser mitigados por outras vias menos problemáticas e menos restritivas de direitos (item IV.3).

IV.1. A ausência de um adequado critério teórico da ilicitude.

O primeiro – e talvez mais importante – problema da repressão antitruste ao lobby por regulação anticompetitiva é a ausência de um critério adequado e juridicamente viável que a fundamente.

De logo, não é minimamente razoável adotar os termos literais do art. 20 da lei n. 8.884/94 e sustentar que *toda atividade lobista* que tenha como finalidade ou como efeito a restrição concorrencial é, só por isso, um ilícito concorrencial. Tão largo entendimento corresponderia a uma visão incompleta do problema, em que o direito constitucional de manifestação de interesses ao Poder Público é completamente negligenciado.

Quando menos, seria necessário admitir que, na hipótese em que o lobby vise à restrição proporcional da concorrência para a realização de outro interesse público relevante, não se cogitaria de repressão antitruste. Seria mesmo um contra-senso admitir que a lei possa promover restrições concorrenciais para a proteção de outros interesses sociais, mas negar que os cidadãos pudessem pleitear tais medidas ou mesmo pressionar o Poder Público a adotá-las. Ao menos esta hipótese extrema está, então, imune às sanções do direito antitruste.

As dificuldades surgem quando se pretende deixar de aplicar esta imunidade para os casos em que nem todos os elementos da hipótese extrema acima estejam presentes. Primeiro, imagine-se que a *proteção de outros relevantes interesses públicos* fosse apontada como o critério essencial para a imunização. Isso implicaria o entendimento de que, ausente o interesse público, o lobby pela restrição

⁵⁰ Cf. Earl W. KINTNER e Joseph P. BAUER, “Antitrust exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the Noerr-Pennington Doctrine”, 17 *University of California Davis Law Review* 549, 1983-1984, p. 551.

concorrencial seria ilícito. Dito de outro modo, se há intenção ou efeito anticompetitivo, o lobby só estaria livre de sanções quando fundado em um interesse público relevante.

Salta aos olhos o alto grau de intervenção nas liberdades individuais de que esta concepção seria tributária. É irreal e totalitário exigir que as liberdades privadas sejam sempre exercidas em função do “interesse público”. A solução não é apenas inconveniente ou politicamente inadequada, ela é também antijurídica. Ela não se compatibiliza com o nosso direito, que protege igualmente inúmeros interesses “privados”, nem com o direito de manifestação pública para expressão de *suas próprias vontades* e de *seus próprios interesses*. Daí porque a exigência de que o lobby ao Poder Público veicule apenas interesses públicos importa uma violação profunda ao direito fundamental de petição, entendido como liberdade política individual.

Esta é a dificuldade essencial, que impede a adoção deste critério. Mas há outras que servem a demonstrar a sua inadequação. Por exemplo, como identificar com precisão o que é e o que não é um “interesse público”? O problema da imprecisão desta fórmula tem sido insistentemente pontuado pela doutrina publicista mais moderna.⁵¹ A consequência de atribuir-lhe efeitos jurídicos é a insegurança. Daí a dificuldade de estribar a licitude do lobby neste critério. Como classificar, por exemplo, o lobby do detentor de patente que requer maiores proteções legislativas para explorar monopolisticamente o seu invento? Trata-se de interesse privado ou de interesse público? Há ou não há, aqui, a imunidade antitruste? Dê-se outro exemplo. Figure-se a situação do lobista que levasse ao Poder Público a necessidade de limitar a concorrência em determinado setor para garantir-lhe a lucratividade mínima que justifique a sua prestação e impeça a sua descontinuidade. É o exemplo sempre citado do transporte para uma zona praiana, com significativas alterações sazonais de demanda. Trata-se aqui de um interesse imediatamente privado – a manutenção da lucratividade do negócio –, ainda que de sua satisfação dependa a realização do interesse público de continuidade deste serviço. Como classificá-lo?⁵²

⁵¹ V., por exemplo, Gustavo BINENBOJM, “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n.239. p.1-31. jan./mar. 2005; Humberto Bergmann ÁVILA, “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo. n.24. p.159-80. 1998; e Marçal JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005.

⁵² Esta concepção produziria ainda problemas referentes às eventuais matérias de defesa do lobista. Em especial, seria necessário esclarecer o critério sob o qual a argumentação do lobista acusado deveria ser avaliada. Em SINPETRO-DF, os representados argumentaram que a restrição concorrencial por eles requerida visava à realização de finalidades públicas, como o respeito ao plano diretor da cidade. Também observavam que, ao contrário deles próprios, o Carrefour não teria participado de licitação para adquirir imóveis destinados a postos de abastecimento. Estas argumentações foram descartadas pelo CADE. Entretanto, como já se afirmou acima, não ficou claro o critério deste afastamento. Foram elas consideradas, *improcedentes*, ou consistiram em alegações *implausíveis*, ou mesmo *fraudes* para encobrir as reais e exclusivas intenções de restrição concorrencial e vantagens empresarias? A pergunta fundamental é: bastaria que as razões alegadas pelo lobista, em sua defesa, fossem improcedentes, para que se pudesse reprimi-lo? Ou seria necessário algo mais grave, como a *implausibilidade* das razões? Perceba-se que quanto maior for o rigor nesta resposta, maior é também a restrição ao direito fundamental de petição do cidadão. Por outro lado, quanto mais lasso for o critério, menor é a probabilidade concreta de algum processo

Até se poderia fazer menção, aqui, à existência de “interesses privados legítimos”, protegidos pela imunidade, em contraposição aos “interesses privados ilegítimos”, cuja veiculação em lobby autorizaria a repressão antitruste. Então o critério da licitude teria passado para a “legitimidade do interesse” – e o problema passaria a ser o que se deve entender por esta legitimidade. Não parece satisfatório estribar esta “legitimidade” na licitude do que se requer no lobby, por exemplo, pois isto implicaria um evidente círculo vicioso. No mais, haveria mesmo uma dificuldade conceitual em sugerir a ilicitude dos lobbies em razão da eventual ilicitude do conteúdo da proposta levada ao Poder Público. Afinal, qualquer lobby para reformas legislativas seria tido por ilícito, já que veiculam proposições que não se coadunam com o estágio atual da legislação.

Finalmente, poderia cogitar-se da *proporcionalidade da restrição pleiteada* como critério para a licitude do lobby por regulação anticompetitiva. Também aqui parece haver uma limitação excessiva do direito de petição. Passa então a ser dever do cidadão ou da empresa lobista avaliar a proporcionalidade das medidas pleiteadas. Passa a ser o seu dever examinar a adequação da medida para o fim almejado, a desnecessidade da restrição pleiteada em face de medidas alternativas menos lesivas e, finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito da medida. Esta exigência é despropositada, por provocar um excessivo desincentivo à manifestação de vontades perante o poder público. Cabe ao cidadão exprimir os seus interesses e cabe ao Poder Público examinar-lhes o cabimento, ponderá-los com interesses conflitantes e decidir como compô-los.

À ausência de um critério teórico adequado e juridicamente viável, a repressão ao lobby por regulação anticompetitiva terminaria por limitar excessiva e injustificadamente a manifestação de interesses políticos. Geram-se, assim, importantes desincentivos ao seu exercício, com prejuízo para as empresas reguladas, mas também para o próprio regime democrático.

IV.2. O caráter indireto e incerto da restrição concorrencial resultante do lobby.

A segunda grande dificuldade que a tese da repressão ao lobby por regulação anticompetitiva enfrenta é o fato de que a restrição à concorrência dele resultante seria sempre *indireta* e *incerta*. Ora, não é nada fácil justificar a limitação ao direito fundamental de manifestação de interesses políticos para evitar danos com estas características.

A natureza *indireta* das eventuais restrições concorrenciais resultantes do lobby por regulação anticompetitiva é incontestável. Note-se que a vontade do lobista será levada ao Poder Público, mas ali será filtrada por um processo institucional tendente à consagração do interesse público. Ou seja, o eventual resultado anticompetitivo não é produzido *diretamente* pelo autor do lobby. A sua proposta será transformada em regulação (e causará algum dano concorrencial) *apenas se* passar por este teste institucional. E se eventualmente alguma proposta “contrária ao interesse público” por ele passar, haveria aí uma falha atribuível à instituição que procedeu ao filtro, e não àquele que apresentou a proposta. Daí ser possível afirmar até mesmo que a atuação política perante o regulador é a *forma lícita* de buscar restrições à concorrência. Isto porque ela não implica a *imposição* da vontade do grupo lobista sobre as demais vontades (como é o caso das restrições

contra uma empresa lobista vir a resultar em condenação, hipótese em que o dispêndio de recursos públicos nestes processos seria injustificável.

diretamente empresariais, respaldadas no poder de mercado), mas a mera manifestação política dos interesses deste grupo.

Do mesmo modo, é *incerta* a potencialidade lesiva do lobby. A lei n. 8.884/94 prescreve que, para a caracterização da ilicitude concorrencial, é irrelevante o fato de a conduta em exame produzir, de fato, efeitos anticoncorrenciais. É suficiente, nos termos do seu art. 20, que se demonstre a *potencialidade* para produzir este efeito anticompetitivo. Nas análises padrão do CADE, sobre as práticas empresariais diretas, o exame do poder de mercado cumpre o papel de demonstrar a *potencialidade* do efeito anticompetitivo das condutas em questão.⁵³ Afinal, o poder de mercado consiste precisamente na possibilidade de impor sua vontade aos concorrentes⁵⁴, ou de agir sem se importar com as suas reações.⁵⁵ Daí a necessidade de demonstrá-lo nos casos relativos ao direito da concorrência. Sendo ele ausente, não há riscos de infração à ordem econômica e, pelo menos *a priori*, não há preocupação do ponto de vista da política antitruste.⁵⁶

Sucedem que, quando se trata de restrição obtida através de pressão ou influência política, a verificação do poder de mercado tem pouco interesse. É que o fundamental para que esta empreitada logre êxito não é exatamente o poder de mercado, mas a *influência política* ou o *poder político*. Ainda que ambos – poder de mercado e poder político – andem freqüentemente juntos, isso não é de todo necessário. Basta imaginar a situação do empresário que, por parentesco ou amizade íntima com algum político influente, deseje ingressar num segmento da economia, contando, para tanto, com medidas regulatórias que lhe favoreçam. O exemplo é crível sobretudo nos pequenos municípios, onde a probabilidade de captura é mais elevada. Nestes casos é o poder político, mais do que o poder de mercado, que é relevante para determinar o sucesso do projeto anticompetitivo.

A dificuldade aqui reside na inexistência de mecanismos hábeis a medir este poder político. Se para o poder de mercado, o analista pode valer-se de critérios como *market share* ou existência de barreiras à entrada, a avaliação do poder político envolveria testes muito mais subjetivos – e, por isso mesmo, bem menos confiáveis.

Disto resultam dois problemas diferentes. De um lado, não é fácil para a autoridade antitruste sustentar a preocupação concorrencial (e as despesas públicas daí decorrentes) com atos cuja potencialidade lesiva não possa ser objetivamente

⁵³ Eis um trecho do voto do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos PFEIFFER, no caso SINPETRO: “Ressalvo, no entanto, que a análise da efetiva existência de posição dominante dá-se apenas para averiguar se as representadas poderiam, em tese, em virtude de elevada participação de mercado, produzir efeitos anticoncorrenciais. Isto porque empresas com pequena participação não tiveram o condão de, com sua conduta, influenciar o mercado como um todo”.

⁵⁴ Gerard FARJAT, *Droit économique*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1982, p. 169.

⁵⁵ Aldo FRIGNANI e Michel WAELBROECK anotam que: “Se un’impresa è capace di esercitare sul mercato un’influenza preponderante, ciò significa che essa può agire senza dover tener conto delle reazioni dei concorrenti, mentre questi ultimi devono tener conto delle sue: essa è dunque sottratta ad una concorrenza effettiva. Nelle due ipotesi, fattore decisivo è l’assenza di pressione concorrenziale, e conseguentemente la concorrenza non gioca il suo ruolo di regolatrice del mercato” (*Disciplina della concorrenza nella CEE*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1983, p. 100).

⁵⁶ Em termos muito simples, num mercado concentrado, a empresa dominante possui aptidão econômica para afetar o mercado e os consumidores. Contrariamente, num mercado competitivo, ao aumento de preço ou redução da produção, por exemplo, segue-se a perda de mercado. Daí a importância da análise do poder de mercado.

demonstrada.⁵⁷ De outro, há uma considerável redução da matéria de defesa, uma vez que não pode o acusado demonstrar que o seu ato jamais viria a produzir qualquer infração à ordem econômica. Note-se que tal possibilidade é franqueada à empresa acusada de atos *diretamente* anticompetitivos. É um paradoxo que ela não esteja disponível a quem se acusa de buscar estes efeitos *indiretamente*, através de uma ação estatal.

Uma solução seria voltar a preocupação concorrencial apenas àquelas condutas que de fato resultarem na aprovação de regulação anticompetitiva (a repressão seria, no caso, retrospectiva). Mas aqui também há problemas. Raras vezes será possível demonstrar que a aprovação de uma regulação deve ser imputada exclusivamente à satisfação dos interesses anticompetitivos da empresa acusada. A uma porque a regulação ao final aprovada nem sempre será exatamente aquilo que propôs esta empresa. A duas porque o regulador sofre influxos e pressões de numerosas outras fontes que poderiam igualmente ter desempenhado um importante papel na formação do seu convencimento. A três porque não há como saber se a opção do regulador se deu em benefício do interesse privado ou de inúmeras razões de interesse público que lhe são coincidentes.⁵⁸ De modo que a efetiva aprovação de regulação anticompetitiva não é garantia de que o lobby em análise possuía potencial efeito competitivo. E, assim, segue o risco de se punirem ações com potencial lesivo irrisório – e segue o problema de limitação injustificada do direito fundamental de manifestação de interesses políticos.

IV.3. As alternativas ao controle direto do lobby.

A terceira grande dificuldade que a tese da possibilidade de repressão direta ao lobby por regulação anticompetitiva enfrenta é a existência de alternativas menos lesivas para a consecução da mesma finalidade, a proteção concorrencial. Ora, se há outras formas de evitar que a concorrência seja limitada pelo lobby, não se justificam as constrições diretas às liberdades de manifestação política.

A primeira e mais importante destas alternativas é o controle da validade jurídica da regulação anticoncorrencial que eventualmente resultar deste lobby. Em relação ao controle jurídico do próprio lobby, esta alternativa possui algumas vantagens. A mais importante delas é que não implica qualquer restrição ao direito fundamental de petição ao poder público. Assim, são afastados os problemas de insegurança jurídica e de excessiva violação às liberdades privadas, apontados

⁵⁷ A atenção indiscriminada a qualquer pressão política da indústria acabaria consagrando, sem esta intenção, uma hipótese de ilicitude *per se*, independente de seu potencial lesivo.

⁵⁸ Também por esta razão, não se cogita de ilicitude da regulação apenas em função de ter ela derivado de proposta da indústria regulada. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho do parecer do Advogado Geral Tesouro no Caso *Meng*, na União Européia: “*Certo, una soluzione che sia basata esclusivamente sulla sussistenza di un collegamento tra la normativa statale e comportamenti anticoncorrenziali di soggetti privati può apparire non soddisfacente, non essendo escluso che in alcune ipotesi la presenza o meno di un accordo tra le imprese si risolva in un dato di rilievo solo formale. Ciò è suscettibile di verificarsi (e a ben vedere è l' unica ipotesi) nei casi in cui una misura statale abbia alterato la concorrenza sul mercato in maniera sostanzialmente corrispondente alle indicazioni degli operatori economici interessati. In proposito, non posso fare a meno di osservare, da un lato, che l' influsso di soggetti privati sul procedimento di formazione delle norme giuridiche costituisce una costante dei moderni ordinamenti giuridici; dall' altro, che non è affatto agevole accertare se le misure statali di cui trattasi corrispondano effettivamente (e fino a che punto) ad orientamenti dei soggetti privati, che, peraltro, ben possono coincidere con l' interesse pubblico perseguito dal legislatore*” (in Case C-2/91 *Wolf W. Meng* [1993] ECR I-5751, para. 28).

acima. Outra vantagem importante é a de que o controle *a posteriori* permite que os escassos recursos da sociedade sejam despendidos apenas nos casos mais importantes, aqueles em que há efetivamente alguma medida restringindo *ilicitamente* a concorrência.⁵⁹ Evitam-se, com isto, as despesas públicas com casos que terminariam por não resultar em regulação alguma, bem como a eventual penalização de condutas sem qualquer potencial lesivo.

Entretanto, ainda comparativamente ao controle jurídico do próprio lobby, seria possível apontar-lhe as seguintes desvantagens: (i) o controle de validade jurídica da regulação é normalmente repressivo (*a posteriori*), razão pela qual produziria resultados apenas após já produzidos efeitos anticoncorrenciais e lesões a competidores ou consumidores; (ii) o controle de validade jurídica não envolveria mecanismos de sanção aos lobistas, o que seria desejável para desincentivá-los na repetição de seus atos. Nenhuma destas duas razões é suficientemente forte para afastar a extrema utilidade desta via alternativa.

Quanto à primeira razão, é preciso notar que a ação judicial proposta para controlar a validade jurídica da regulação pode ser acompanhada de pleito cautelar, cujo deferimento produziria a sustação imediata dos efeitos da regulação impugnada.⁶⁰ Sendo as ações cabíveis propostas logo após a entrada em vigor da regulação em questão, o risco de produção de efeitos anticompetitivos reduz-se significativamente.⁶¹

Quanto à segunda suposta desvantagem, não se deve esquecer que a eventual declaração de inconstitucionalidade da regulação resultante do lobby empresarial produz, sim, desincentivos à repetição dos *lobbies* dirigidos à restrição concorrencial. Ante a crescente probabilidade de que os resultados dos seus esforços venham a ser desconstituídos judicialmente, é evidente que o empresário ver-se-á compelido a reduzir os gastos com esta atividade. Dito de outro modo, não é racional despender valores relevantes em empreitadas lobistas fadadas ao insucesso.

Ademais desta medida “jurídica” (ou “processual”), seria possível cogitar de alternativas *institucionais* para mitigar o efeito anticompetitivo do lobby privado. Trata-se, neste caso, de investir em soluções que reduzem o risco da captura do regulador e possibilitam também a manifestação de interesses mais difusos ou “menos informados” na arena política.

Uma delas seria a regulamentação desta atividade. Nos Estados Unidos, a regulamentação já é realidade. A primeira legislação específica em nível federal foi o *Federal Regulation of Lobbying Act*, de 1946.⁶² No Brasil, em contrapartida, ela

⁵⁹ Note-se que não se defende aqui a tese de que a regulação seria ilícita apenas porque resultou de lobby da indústria regulada.

⁶⁰ O pleito cautelar é permitido até mesmo nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade – cabíveis para anulações judiciais de regulações anticompetitivas veiculadas em lei. V., a propósito, o art. 102, I, p, da Constituição Federal; e arts. 10-12 da lei n. 9.868/99.

⁶¹ Não se ignore, ademais, que o controle direto, pelo CADE, do lobby privado, não necessariamente será concomitante à ação lobista, nem implicará a “prevenção” de seus efeitos. No caso SINPETRO/DF, por exemplo, a lei que supostamente teria derivado do lobby dos representados já havia sido aprovada e estava em vigor.

⁶² Para maiores detalhes, v. Andréa Cristina de Jesus OLIVEIRA, *Lobby e Representação de Interesses: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil*, Tese de doutorado em Ciências Sociais apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, mimeo, 2004.

segue sendo exercida à margem de qualquer normatização específica.⁶³ A começar pela iniciativa do então senador Marco Maciel em 1983, alguns projetos de lei buscaram alterar este panorama. Os projetos incluem a obrigação de registro, perante o Senado e a Câmara dos Deputados, daquelas pessoas que exerçam “atividades tendentes a influenciar o processo legislativo”. Prevêem, ainda, a obrigação de que os lobistas informem detalhadamente as despesas com esta atividade e as sanções relativas ao descumprimento da lei. O mais recente Projeto (n. 1202/2007) é de autoria do Deputado Federal Carlos Zarattini (PT-SP).

A regulamentação do lobby privado produziria dois efeitos importantes. De um lado, eliminaria a informalidade desta atuação que, confundida com instâncias de corrupção, termina obscurecida e socialmente marginalizada.⁶⁴ Essa formalização da atividade contribuiria para aumentar a sua transparência e, em consequência, o controle social sobre ela incidente. De outro lado, estabeleceria padrões específicos de atuação, contribuindo para reduzir a diferença de poder político entre grupos de interesses e mitigando a importância do uso de recursos humanos e financeiros para o desempenho desta atividade.⁶⁵ É evidente que a regulamentação do lobby não teria, por si só, o condão de eliminar os efeitos maléficos desta atividade. Mas é certo que ela concorre para este resultado e, entendida conjuntamente com as demais medidas aqui cogitadas, pode constituir uma alternativa para proteção da concorrência menos lesiva aos direitos individuais.

A segunda destas soluções releva ao desenho institucional ótimo para a redução do risco da captura. Neste particular, é preferível a adoção do modelo *multiagencial* – aquele em que as competências de regulação técnica e econômica e aplicação do direito concorrencial são atribuídas a diferentes entidades, e no qual elas podem se controlar mutuamente. Adotado este modelo institucional, o sucesso de uma empreitada lobista passa a depender da captura de diferentes reguladores. Isto significa maiores custos para o lobby e, conseqüentemente, menor probabilidade de que seja ele promovido.

De todo modo, a este benefício do modelo multiagencial devem ser contrapostos os seus aspectos negativos (como o risco de conflito de competência, a perda de flexibilidade institucional e a promoção de custos de transação burocráticos, entre outros), para a escolha do modelo mais adequado a cada setor da economia.⁶⁶

Finalmente, como terceira solução institucional para reduzir o impacto anticompetitivo do lobby por regulação, pode-se cogitar do encorajamento e da ampliação da “advocacia da concorrência”, atividade de cooperação institucional de

⁶³ Na União Européia, o lobby também não é regulamentado, embora haja forte discussão a este respeito.

⁶⁴ Ainda que já existam, especialmente em Brasília, os “escritórios de lobby”. Ver, a propósito, a reportagem “Lobby às claras”, de Gustavo Paul, para a *Revista Exame* de 20/06/2005.

⁶⁵ Andréa Cristina de Jesus OLIVEIRA, *Lobby e Representação de Interesses: lobistas e seu impacto sobre a representação de interesses no Brasil*, Tese de doutorado em Ciências Sociais apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, mimeo, 2004, p. 232.

⁶⁶ V., a propósito, a análise de Gesner OLIVEIRA e Caio Mário da Silva PEREIRA NETO, “Regulation and competition policy: towards an optimal institutional configuration in the Brazilian telecommunications industry”. *25 Brooklyn Journal of International Law* 311, 1999.

natureza persuasiva (não repressiva) das autoridades protetoras da concorrência perante os reguladores.⁶⁷

Como foi visto nas linhas introdutórias a este artigo, economistas ligados à Escola de Chicago demonstraram que, dentre outras razões, pela maior capacidade de organização, as empresas reguladas são mais eficazes que os consumidores na tarefa de influenciar o Estado (capturá-lo) para atuar em seu favor. Desta maneira, é de se esperar que elas consigam impulsionar a produção de regulações anticompetitivas, que protejam os seus interesses particulares (afastando pressões concorrenciais, por exemplo) e ameacem o bem-estar dos consumidores.

A valorização e a intensificação da advocacia da concorrência poderiam ajudar a corrigir esta falha do “mercado político”. A entidade pública encarregada de desempenhar esta atividade atuaria, então, em favor destes grupos cujos custos de organização e informação são proibitivos, contribuindo a fazer valer também os seus interesses e a contrapor a força da atuação política da indústria regulada.⁶⁸

É possível apontar três conseqüências da atuação do advogado da concorrência no processo político.⁶⁹ Primeiro, e bastante simplificada, pode ser que os fundamentos técnicos de um estudo da entidade de defesa da concorrência convençam os agentes políticos de que determinada regulação proposta restringe demasiadamente a competição, não sendo a sua aprovação do interesse público. Segundo, este estudo pode servir como cobertura política para que se adotem posições contra indústrias favorecidas: a atuação da entidade de defesa da concorrência torna mais fácil – politicamente menos oneroso – para um dado agente político negar-se a agir em favor desta indústria. Finalmente, ao informar os consumidores dos modos em que uma regulação proposta poderá afetá-los, o advogado da concorrência pode encorajar atuações políticas (manifestações, passeatas, reclamações) que elevem o custo político de aprovar esta regulação

⁶⁷ O termo advocacia da concorrência (derivado do inglês, “competition advocacy”) é utilizado para referir às ações empreendidas (em geral) pelas entidades de defesa da concorrência para divulgar a filosofia concorrencial. Revela-se sob as mais distintas formas, desde atuações informais como correspondências, divulgação de estudos e pronunciamentos em fóruns, congressos e seminários, até ações mais formais, como a participação no processo decisório de alguma agência reguladora ou a intervenção em processos judiciais como *amicus curiae*. Seu objetivo é duplo: (i) difundir na sociedade civil os valores relacionados à competitividade; e (ii) persuadir entidades governamentais a atuarem de modo amigável aos princípios da concorrência e evitarem medidas que lhes sejam desnecessariamente lesivas. Neste segundo caso, a idéia é fazer valer a experiência e a especialização da entidade em questões ligadas à defesa da concorrência, ajudando os agentes políticos a entender o impacto econômico de suas decisões, antes de as promoverem. É cogitável, afinal, que tal impacto seja desnecessário para a consecução dos fins públicos visados, que se poderiam realizar por vias menos prejudiciais à concorrência. A propósito, cf. Timothy J. MURIS, “Creating a culture of competition: the essential role of competition advocacy”, *Panel on competition advocacy & Antitrust authorities*, Naples, Italy, disponível online em <http://www.ftc.gov/speeches/muris/020928naples.htm> (acesso em 26/12/2006).

⁶⁸ Simon J. EVENETT, “Competition Advocacy: time for a rethink?”, 26 *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2005-2006, p. 498. Não por acaso, o programa de advocacia da concorrência da FTC, nos Estados Unidos, chama-se: “The Federal Trade Commission’s competition and consumer advocacy program”.

⁶⁹ Adota-se, aqui, a exposição de James C. COOPER *et alli*, “Theory and practice of competition advocacy at the FTC”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, No. 3, 2005, p. 1102.

anticompetitiva. Há, em todos estes casos, um ganho de transparência e *accountability* do regulador.⁷⁰

Sob uma perspectiva econômica, estas medidas produzem o efeito de *encarecer* e desencorajar o lobby que vise à restrição concorrencial. Como consequência da atuação do advogado da concorrência, a efetivação de interesses privados através de lobby dependerá de ainda maiores esforços privados e ainda maiores valores monetários. Em última análise, este processo implicará a elevação do *limiar de racionalidade econômica* desta atividade de lobby, o que implica a sua redução quantitativa.⁷¹ Os benefícios são evidentes: (i) redução do total de recursos escassos da sociedade utilizados em lobbies; (ii) diminuição da probabilidade de captura do regulador.

Entre nós, ao menos no âmbito normativo, as competências relativas ao desempenho da função da advocacia da concorrência estão atribuídas de forma concorrente aos três componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC): o CADE (v. art. 7º, X, XVI, XVII, XVIII e art. 89 da lei n. 8.884/94), a SDE (v. art. 14, XIII, XIV, XIV e XV da mesma lei) e a SEAE (v. art. 12, III, VII, VII, f, X do Decreto n. 6.193/2007). Na prática, contudo, a principal responsável pelo programa de advocacia da concorrência no Brasil é a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).⁷² Nos projetos de reforma do SBDC, há uma forte tendência à valorização desta atividade e à sua concentração nas mãos da SEAE, circunstâncias que produziriam ganhos anticaptura e reduziriam o impacto anticompetitivo dos lobbies empresariais.⁷³

A apresentação de todas estas alternativas demonstra que a imunidade antitruste do lobby, aqui proposta, não implica um descompromisso absoluto com os eventuais efeitos maléficos da pressão política por regulação anticompetitiva. Dito de outro modo, a adoção desta proposta não importaria deixar a sociedade “à própria sorte” frente aos riscos do lobby anticompetitivo. Equivaleria tão somente à opção de não utilizar *uma* das formas de controle social desta atividade política: o controle jurídico do próprio lobby. Não se afastam – antes, se incentivam – soluções alternativas. E havendo estas soluções alternativas menos lesivas ao direito fundamental e democrático de manifestação de interesses públicos, não se justifica limitá-lo.

IV.4. Outro enfoque para o mesmo problema: a ponderação de princípios.

Tudo o que foi dito acima pode ser explicado e compreendido a partir de uma outra perspectiva. Mantendo-se os mesmos argumentos e o mesmo raciocínio, é possível enfrentar a questão objeto desta monografia através do método específico

⁷⁰ V., a propósito, as considerações de Michael KOHL, “Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality”, in Giuliano AMATO e Lauraine LAUDATI (ed.), *The anticompetitive impact of regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001, p. 424.

⁷¹ A expressão “limiar de racionalidade econômica” é aqui utilizada para referir ao custo máximo em que a empresa regulada admitiria incorrer para ver consagrado o seu interesse na medida regulatória estatal. A partir deste limiar, não seria mais justificável empreender o lobby privado, pois os benefícios econômicos dele decorrentes não superariam os custos incorridos.

⁷² V., a propósito, o Relatório de Atividades em 2006 da Secretaria de Acompanhamento Econômico, disponível na internet, no site <http://www.seae.fazenda.gov.br/>; acesso em 13/11/2007.

⁷³ O PL n. 5.877/05, que remodela a estrutura institucional do Sistema Brasileiro da Concorrência, eliminando a SDE, estabelece como função precípua da SEAE a “advocacia da concorrência” (art. 19). V. também o art. 18 do PL n. 3.337/04, que dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras.

da “ponderação de princípios constitucionais”. A conclusão desta nova análise será a mesma da anterior: não há espaço, na ordem jurídica brasileira, para a repressão direta do lobby por regulação restritiva da concorrência.

Considere-se, em primeiro lugar, a existência de dois princípios constitucionais contrapostos. De um lado está o princípio da livre concorrência (art. 170, IV), cuja positivação implica o dever do Estado brasileiro de promover a competitividade dos mercados. De outro lado está o direito fundamental de petição (art. 5º, inciso XXXV, alínea “a”), que, em sua acepção política acima desenvolvida, garante aos cidadãos a faculdade de levar os seus interesses aos poderes públicos. Como todo direito fundamental, o direito de petição possui estrutura normativa de princípio.

Pois bem. É teoricamente admissível que o legislador restrinja um princípio constitucional para promover ou consagrar outro. No âmbito de uma ordem normativa heterogênea e complexa, é até mesmo comum que uma medida tendente à realização do estado de coisas imposto por uma norma importe a restrição das finalidades impostas por outra. Assim, seria possível que o direito fundamental de petição fosse restringido para a promoção do princípio da livre-concorrência. Ao menos a priori, portanto, caberia a interpretação de que a redação lassa do art. 20 da lei n. 8.884/94 autoriza o CADE a reprimir diretamente (também) o lobby da indústria para a emissão de regulação restritiva da concorrência.

Entretanto, é cediço que, num Estado de Direito, as restrições aos direitos fundamentais são limitadas. Nem mesmo o legislador possui total liberdade para proceder a elas, que serão constitucionais (e, portanto, juridicamente válidas) apenas quando forem *razoáveis e proporcionais*.

Os deveres de razoabilidade e proporcionalidade são amplamente reconhecidos, na doutrina e na jurisprudência nacional, como condicionantes da atuação estatal.⁷⁴ Considera-se comumente que os seus fundamentos normativos estariam nos princípios da legalidade e da finalidade (art. 5º, II e LXIX, 37 e 84, IV, da CF)⁷⁵, bem como no princípio de justiça (Preâmbulo e art. 3º da CF), do Estado de Direito (art. 1º da CF)⁷⁶ e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).⁷⁷ Por sua

⁷⁴ Razoabilidade e proporcionalidade são entendidas neste trabalho como *postulados normativos aplicativos*, e não como regras ou princípios constitucionais (v. Humberto ÁVILA, “Redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n.215.. jan./mar. 1999, em especial as pp. 44-51). Enquanto os princípios implicam o dever imediato de realizar um estado de coisas e as regras implicam o dever imediato de adotar a conduta descrita na norma, o postulado normativo *rege a aplicação destas outras duas espécies normativas*, estruturando a sua aplicação concreta. Dirige-se, pois, ao intérprete, constituindo-se em normas imediatamente metódicas. Daí se afirmar que os postulados normativos são normas de segundo-grau ou *meta-normas*; por atuarem no plano das normas, e não no plano dos fatos. Note-se bem que, na hipótese de descumprimento destes deveres, haverá violação *do princípio restringido* – e não da proporcionalidade e da razoabilidade em si. Por detrás da aplicação dos postulados normativos, há sempre outras normas jurídicas.

⁷⁵ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de direito administrativo*, 14. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 90-92.

⁷⁶ Paulo BONAVIDES, “O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte. v.34. n.34. 1994, p. 281-285; e Willis Santiago GUERRA FILHO, “Princípio da proporcionalidade e teoria do direito”. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Franca. v.3. n.4, maio. 2000, p. 197; Gilmar Ferreira MENDES, “O princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras”, *IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. São Paulo. n.14. jul. 2000, p. 372.

força, nenhuma atuação pública, seja ela de natureza administrativa, legislativa ou jurisdicional, é juridicamente válida se restringir de forma irrazoável ou desproporcional os direitos fundamentais e os princípios constitucionais.⁷⁸

Dito isto, o fundamental passa a ser examinar se a repressão direta ao lobby por regulação anticompetitiva constitui limitação *razoável* e *proporcional* do direito fundamental de petição para o fim de promoção do princípio da livre concorrência. Tudo isto para saber se encontra respaldo constitucional a interpretação de que o art. 20 da lei n. 8.884/94 autoriza o CADE a proceder a essa repressão.

IV.4.1. A razoabilidade da restrição ao direito de petição.

O exame de razoabilidade, que constitui a primeira fase deste teste, visa a comprovar a existência de uma razão de dignidade constitucional que justifique a restrição operada a um princípio constitucional.⁷⁹ Liga-se, portanto, à análise da *causa*, do *motivo* da restrição promovida. Restrições sem causa constitucionalmente protegida ou faticamente verificável são irrazoáveis.

Não há grandes dificuldades no exame da razoabilidade da repressão direta ao lobby para a emissão de regulação anticompetitiva. Ela é inegavelmente *razoável*, na medida em que o seu objetivo – a sua razão – é a proteção da concorrência, valor constitucionalmente protegido.

IV.4.2. A desproporcionalidade da restrição ao direito de petição.

Por outro lado, tendo em conta a exposição acima, parece claro que a repressão direta ao lobby por regulação anticompetitiva constitui limitação *desproporcional* do direito fundamental de petição para o fim de promoção do princípio da livre concorrência. O exame de proporcionalidade envolve uma análise da relação existente entre as finalidades buscadas e os meios para tanto escolhidos.

⁷⁷ Humberto ÁVILA, *Teoria dos princípios*, 7. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 155; José Afonso da SILVA, “Controle da constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema”. *Interesse Público*. Sapucaia do Sul, RS. v.5. n.25. maio/jun. 2004, p. 20.

⁷⁸ Registre-se a importante divergência de Luis Virgílio AFONSO DA SILVA, para quem “a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade é uma busca fadada a ser infrutífera. A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisão entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais” (v. o seu “O proporcional e o razoável”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.91. n.798. abr. 2002, p. 34).

⁷⁹ A propósito do exame de razoabilidade, é esclarecedora a jurisprudência do STF relativa à limitação geográfica para a instalação de estabelecimentos comerciais. Numa série de casos, esta Corte reputou que violavam a Constituição leis municipais que estabeleciam distanciamento geográfico entre farmácias e drogarias. Entendeu-se aqui que a restrição concorrencial era *irrazoável*. (V. STF, RE 199.517/SP; Tribunal Pleno; Relator: Min. Carlos Velloso; Relator p/Acórdão: Min. Maurício Corrêa; DJ 13/11/1998; STF, RE 193.749/SP; Tribunal Pleno; Relator: Min. Carlos Velloso; Relator p/Acórdão: Min. Maurício Corrêa; DJ 04/06/1998; STF, ADI 2327/SP; Tribunal Pleno; Relator: Min. Gilmar Mendes; DJ 22/08/2003). Foi mesmo estabelecida, em 24/09/2003, a súmula n. 646, segundo a qual: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”. Entretanto, quando se tratou de julgar leis municipais que estipulavam distâncias mínimas entre *postos de combustíveis*, o resultado do julgamento foi diferente. O fundamento foi o de que o alto risco da atividade justificava o prudente distanciamento, na mesma área geográfica, de estabelecimentos congêneres. Aqui, a limitação concorrencial geográfica foi julgada razoável, por fundar-se na proteção da segurança pública (Cf. STF, RE 204.187/MG; 2ª Turma; Relatora: Min. Ellen Gracie; DJ 02/04/2004. Ver também o voto do Min. Gilmar Mendes. E ainda: STF, RE 235.736/MG, 1ª Turma, Relator: Min. Ilmar Galvão, DJ 5/2/2000; e STF, RE 199.101/SC, 1ª Turma; Relator: Min. Sepúlveda Pertence; DJ 30/09/2005).

Uma medida será dita proporcional quando seja *adequada, necessária e proporcional em sentido estrito*. A desproporcionalidade é característica das medidas que não são aptas a realizar a finalidade pretendida; que vão além do necessário para atingi-la (causando restrições despiciendas); ou, finalmente, que sejam desproporcionais em sentido estrito. Para que se possa afirmar a inconstitucionalidade de uma medida restritiva, será bastante que se evidencie a violação a apenas um destes três aspectos. A restrição ao direito de petição que ora se analisa encontra problema nos dois últimos deles.

A *adequação* é um juízo a respeito da conformidade dos meios escolhidos para o fim desejado. Em outras palavras, a medida é adequada quando possui aptidão para a prossecução dos fins nela invocados. A inadequação é característica dos meios que não produzem ou fomentam o resultado esperado, nem contribuem para a sua realização.⁸⁰ Apesar das dificuldades jurídicas atinentes ao critério da ilicitude do lobby que permitiria a sua repressão (v. item IV.1 acima) e dos problemas práticos relativos à sua efetivação, é possível consentir que a restrição em análise é, sim, adequada ao fim a que se propõe. De fato, admitindo-se a possibilidade jurídica da repressão antitruste ao lobby, é razoável esperar que dela decorreria *algum grau* de proteção à competitividade dos mercados.

Entretanto, a restrição examinada é claramente desproporcional por *desnecessidade*. Com efeito, o dever de proporcionalidade, na sua acepção necessidade, determina que, dentre os meios semelhantemente adequados para a consecução da finalidade pretendida, o Poder Público escolha aquele que impuser *menor violação de direitos e princípios fundamentais*.⁸¹ A necessidade é a propriedade da restrição que indica ter sido ela imposta na exata medida daquilo que era exigido para a produção do resultado esperado. Uma medida desnecessária é uma medida que violou mais profundamente os direitos de terceiros do que seria exigível para a realização do fim visado.⁸²

⁸⁰ O argumento da inadequação da legislação foi usado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), no desempenho de sua função de “advogada da concorrência”, para desaconselhar o Senado Federal a adotar Projeto de Lei que visava a acrescentar dispositivo no Código de Defesa do Consumidor. A redação do dispositivo em questão era a seguinte: “no fornecimento de bens e serviços executados de forma contínua, o fornecedor deverá estender aos contratos em vigor, a critério do consumidor, as condições oferecidas para adesão de novos consumidores”. A SEAE argumentou que esta medida *não atingiria a finalidade pretendida*, de estender as promoções a todos os consumidores. Ao invés disso, acabaria por desencorajar o estabelecimento de promoções, as quais se tornariam economicamente irracionais (V. Relatório de Atividades em 2006 da Secretaria de Acompanhamento Econômico, disponível na internet, no site <http://www.seae.fazenda.gov.br/>; acesso em 13/11/2007, pp. 26 e ss.)

⁸¹ Perceba-se que, enquanto o exame da adequação limita-se a verificar a existência de nexo de causalidade entre a medida adotada Poder Público e a finalidade buscada, o exame de necessidade empreende uma análise comparativa entre a medida concretamente adotada pelo Poder Público e as alternativas que ele detinha para realizar a mesma finalidade. O exame de necessidade fixa como critério desta análise comparativa o menor grau de violação a direitos e princípios fundamentais. Quer dizer: diferentes medidas regulatórias devem ser comparadas, dando-se preferência àquela que seja menos restritiva.

⁸² No caso SINPETRO, aplicando o argumento da desproporcionalidade por desnecessidade, o CADE entendeu ser inconstitucional Lei Complementar do Distrito Federal que impedia o estabelecimento de postos de combustíveis em estacionamento de supermercados, sob o argumento da preservação da segurança da população vizinha. O Conselho observou que a completa proibição à instalação de postos de revenda de combustíveis não se afigurava “indispensável aos imperativos de segurança da população, pois para tanto bastaria que fossem estabelecidos rígidos padrões de garantia da segurança” para o seu funcionamento, tais como distância mínima dos

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira . O direito antitruste e o controle do lobby por regulação restritiva da concorrência. Revista de Direito Público da Economia, v. 25, p. 63-100, 2009.

A exposição acima demonstrou à exaustão a existência de medidas alternativas para evitar as restrições à competitividade eventualmente decorrentes do lobby por regulação (v. item IV.3). Apontaram-se, a título de exemplo, quatro delas: (i) o controle da validade jurídica da regulação anticoncorrencial que eventualmente resultar deste lobby; (ii) a regulamentação da atividade lobista; (iii) a adoção do desenho institucional multiagencial nos diversos setores da economia; (iv) o encorajamento e a ampliação da advocacia da concorrência. Todas estas medidas alternativas são igualmente adequadas e muito menos lesivas ao direito fundamental de petição, quando comparadas com a repressão direta ao lobby por regulação anticompetitiva. Exsurge claramente, assim, a sua desproporcionalidade por desnecessidade.

Finalmente, além de desnecessária, a repressão direta ao lobby por regulação anticompetitiva com base no direito concorrencial é também *desproporcional em sentido estrito*. Rememore-se, em primeiro lugar, que, com a exigência da proporcionalidade em sentido estrito, pretende-se que as vantagens sociais decorrentes do ato devem superar as desvantagens dele decorrentes. Sob o exame da proporcionalidade em sentido estrito, contrapõem-se, de um lado, a relevância do fim visado com a medida e a intensidade da restrição que ela provoca.

Também neste particular, os argumentos tecidos acima são conclusivos. Note-se, de um lado, a intensidade da restrição que se promove às liberdades públicas e políticas, à falta de um critério adequado e viável de “ilicitude” do lobby (v. item IV.1). De outro lado, insista-se em que a repressão atingiria atos políticos cujos efeitos restritivos da concorrência são *indiretos e altamente incertos* (v. item IV.2). Da combinação destes dois aspectos resulta que se perpetraria um dano certo e intenso às liberdades públicas e políticas dos cidadãos e ao regime democrático para evitar-se um dano indireto e incerto à competitividade dos mercados. A desproporcionalidade da estratégia é, pois, incontestável.

Portanto, do ponto de vista estritamente jurídico, a repressão ao lobby por regulação anticompetitiva com base no direito concorrencial brasileiro é inconstitucional por violação desnecessária e desproporcional ao direito fundamental de petição aos poderes públicos.

IV.5. Esclarecimentos finais.

Repita-se, finalmente, que a proposta de imunidade antitruste, aqui defendida, não depende de uma compreensão “exclusiva” do direito de petição. A prevalência que se lhe deu no conflito com o princípio da livre concorrência não permite esta conclusão. Admite-se a importância da proteção concorrencial – apenas não se entende que isso possa levar à repressão de violações concorrenciais (i) sem base em critério teórico consistente e juridicamente viável; (ii) *indiretas e incertas*; (iii) e

automóveis, padrões dos tanques e autorização do corpo de bombeiros (V. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº. 08000.024581/1994-77. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Representante: DPDE “ex officio”. Representados: SINPETRO/DF; Rede Gasol (Grupo Cascão); Rede Igrejinha DOU, 09.02.05. Cf. a seção VI.7 do voto do Relator). Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há o sempre citado caso da lei do estado do Paraná que determinava a pesagem obrigatória de botijões de gás à vista do consumidor. O fundamento da obrigação, que restringia de forma inequívoca a livre iniciativa, era a proteção do consumidor. A Corte acolheu o argumento de que havia meios menos restritivos de promover esta finalidade, como a fiscalização por amostragem – a lei foi, então, julgada inconstitucional por desproporcionalidade (desnecessidade). Cf. STF, ADI-MC 855/PR; Tribunal Pleno; Relator: Min. Sepúlveda Pertence; DJ 01/07/1993.

que poderiam ser controladas por meios menos restritivos de direitos fundamentais. Tampouco depende a imunidade antitruste de uma concepção “absoluta” do direito de petição. Já se disse que o argumento referente à essencialidade democrática deste direito é importante, mas não é decisivo. Admite-se que, em algumas hipóteses, ele possa ser limitado – apenas se entende que este não é o caso da repressão ao lobby para aprovação de medidas anticompetitivas. Fundamentalmente, não se acede à idéia que esta limitação possa ocorrer para reprimir violações concorrenciais (i) sem base em critério teórico consistente e juridicamente viável; (ii) *indiretas* e *incertas*; (iii) e que poderiam ser controladas por meios menos restritivos de direitos fundamentais.

Um exemplo ajuda a compreender a questão. Note-se que nenhuma destas três dificuldades acima se aplica à hipótese de litigância fraudulenta (“sham litigation”), com finalidades ou efeitos anticompetitivos.⁸³ Justamente por isso, é possível admitir que ela seja reprimida com base no direito antitruste. Também no caso da litigância fraudulenta há “exercício do direito de petição” ao Poder Público. Mas, neste caso específico, (i) há um critério teórico que fundamenta a repressão (a utilização de medidas processuais manifestamente improcedentes com a única finalidade de prejudicar o concorrente); (ii) as limitações concorrenciais que dela resulta são *certas* (já que decorrem do *processamento* das medidas anticompetitivas) e *diretas* (são conseqüências imediatas da ação anticompetitiva); (iii) e não haveria meios menos restritivos de impedir a violação concorrencial dela resultante. Neste caso específico, a restrição ao direito de petição é perfeitamente *proporcional* ao fim da proteção concorrencial.

Portanto, retomando o que se disse acima, a limitação do direito fundamental de petição até seria possível, mas exigiria fundamentação sólida a respaldá-la e a demonstrar a sua proporcionalidade para o fim visado. Este está longe de ser o caso da tese da repressão ao lobby por regulação anticompetitiva. É por isso que é impositivo propor a revisão da tendência jurisprudencial do CADE e a imunização antitruste do lobby.

V. Conclusão.

Demonstrou-se neste artigo que o CADE tem tendido a admitir a repressão ao lobby por regulação anticompetitiva com base no direito concorrencial. Esta posição, que contraria as tendências liberalizantes americana e européia, foi aqui criticada, sob o argumento de que ela não se compatibiliza com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo inconstitucional. Em especial, reputou-se que a repressão antitruste ao lobby constituiria *restrição desproporcional* do direito fundamental de petição, entendido em sua acepção de direito democrático de manifestação de interesses perante o Poder Público.

São três os problemas que impedem a utilização desta estratégia, para a minimização do impacto anticompetitivo da regulação estatal. Para começar, não há critérios teóricos adequados e juridicamente viáveis para fundamentar a ilicitude concorrencial do lobby por regulação anticompetitiva. Além disso, a repressão ao lobby implicaria limitação à liberdade de manifestação política para impedir ações que causariam danos *indiretos* e *incertos*. Finalmente, os eventuais efeitos maléficos

⁸³ A litigância fraudulenta é a utilização de medidas processuais (administrativas ou judiciais) para prejudicar o concorrente. Para maiores detalhes, veja-se o item IV.2 acima.

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira . O direito antitruste e o controle do lobby por regulação restritiva da concorrência. Revista de Direito Público da Economia, v. 25, p. 63-100, 2009.

do lobby para a concorrência podem ser mitigados por outras vias menos problemáticas e menos restritivas de direitos.

A consequência é a de que a repressão antitruste ao lobby por regulação não é juridicamente viável em nosso ordenamento. Trata-se de alternativa a ser descartada na tentativa de minimização do impacto anticompetitivo da regulação estatal.