



UnB

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

MÁRCIO TANCREDI

DIREITO DE PETIÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA:

ESTUDO DE CASO DE *LOBBY* LEGISLATIVO

BRASÍLIA – 2015

MÁRCIO TANCREDI

**DIREITO DE PETIÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
ESTUDO DE CASO DE *LOBBY* LEGISLATIVO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Francisco Schertel Ferreira
Mendes

BRASÍLIA – 2015

DIREITO DE PETIÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
ESTUDO DE CASO DE *LOBBY* LEGISLATIVO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Francisco Schertel Ferreira Mendes, Me. (UnB)

Prof. Paulo Burnier da Silveira, Dr. (UnB)

Prof. Márcio de Oliveira Júnior, Dr. (Cade)

Mestrando Carlos Eduardo Elias de Oliveira, (UnB)

Brasília, 10 de julho de 2015

That it is the right of the subjects to petition
the king, and all commitments and
prosecutions for such petitioning are illegal.

(English Bill of Rights, 1689)

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares e amigos, à “legião” dos colegas da Faculdade de Direito da Unb, aos meus atentos revisores Omar Abbud e Carlos Elias, ao meu bem disposto e corajoso orientador Francisco Schertel e ao amigo Márcio de Oliveira Júnior, que sugeriu o tema deste estudo.

RESUMO

A Constituição brasileira reconhece a iniciativa de petição, dirigida pelo cidadão ao Estado, como um direito fundamental. O exercício desse direito, contudo, pode apresentar, em algumas circunstâncias, efeitos lesivos em relação aos objetivos do sistema jurídico de defesa da concorrência, transformando o recurso constitucional aos agentes públicos em verdadeira arma da guerra comercial. Para analisar o modo como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) vem tentando coibir essa prática, foi feito estudo de caso de *lobby* promovido pelo Sindipetro/DF, em conjunto com dois grandes grupos empresariais locais da área de combustíveis, junto ao Legislativo e ao Executivo do Distrito Federal, visando impedir uma grande rede de supermercados de instalar unidade de venda de combustível no varejo, em suas dependências comerciais. O trabalho analisa, com base na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e em outros estudos doutrinários brasileiros, o acórdão proferido pelo Conselho, tentando avaliar a adequação de seus termos à estrutura do ordenamento jurídico nacional, sopesando as alternativas encontradas nessa trajetória.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution embraces citizen's petitions to the Government as a fundamental right. The exercise of that right, however, may sometimes bring negative effects to the aim of the defense of competition legal system, transforming the constitutional institute of petition in a weapon in commercial war. In the way to study how Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tries to prevent that malpractice, this essay chose a case of lobby before both the legislative and executive of Distrito Federal in Brazil, made by Sindipetro/DF and two major local fuel retail groups with the purpose of preventing a great supermarket group from operating fuel stations at its park yard. This study analyzes the conclusion by Cade, also considering precedential cases of the United States Supreme Court and other doctrinaire papers, trying to evaluate its compliance to the Brazilian legal system and also commenting some alternative ways found in this path.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. PETIÇÃO E ILÍCITO CONCORRENCIAL NO DIREITO NORTEAMERICANO	10
1.1. A Doutrina <i>Noerr-Pennington</i> , o Direito de Petição e o <i>Sherman Act</i>	10
1.2. O Caso E.R.R. Presidents Conf. v. <i>Noerr Motor Freight</i>	11
1.3. O Caso <i>United Mine Workers of America. v. Pennington</i>	12
1.4. Ampliando a Doutrina, mas reconhecendo exceções	13
1.5. A evolução dos limites de exceção nas representações fraudulentas	14
1.6. Balanço da Doutrina <i>Noerr-Pennington</i> e dos limites hoje aceitos para suas exceções	17
2. DIREITO DE PETIÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL	18
2.1. A Petição no Brasil.....	18
2.2. A Legislação Brasileira de Defesa da Concorrência	19
2.3. Hipóteses de tratamento da exceção ao direito de petição com efeitos anticoncorrenciais.....	20
2.3.1. A aplicação do critério da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.....	20
2.3.2. A hipótese de imunidade do direito de petição	21
2.3.2.1. Restrição como resultado da aplicação de um triplo critério.....	21
2.3.2.2. Restrição como resultado de um exercício de ponderação de princípios	23
2.3.3. Restrição como decorrência do abuso de direito.....	26
3. O CASO SINDIPETRO/DF.....	30
3.1. Descrição do Caso <i>Sindipetro/DF</i>	30
3.2. Análise do caso à luz da Doutrina <i>Noerr-Pennington</i>	32
3.3. Análise do caso à luz da proposta do triplo critério de <i>juridicidade, certeza do dano e inviabilidade de alternativa menos lesiva</i>	33
3.4. Análise do caso à luz de raciocínio de ponderação de princípios	36
3.5. Análise do caso à luz hipótese de abuso de direito	37
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

A busca de solução nos conflitos em que ocorre a colisão de princípios, bem como nos estabelecidos entre princípios e regras, é um tema que ganhou destaque nos sistemas jurídicos contemporâneos, principalmente a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito experimentada, no Ocidente, após o término da II Grande Guerra.

O tema apresentado, na forma de um estudo de caso, é crescentemente relevante para o Direito Econômico, no que diz respeito à possibilidade de mitigar a aplicabilidade do direito constitucional de petição quando tal aplicação carrear consigo efeitos anticoncorrenciais indesejáveis. Indo para um lado, a banalização de exceções poderia descaracterizar a alta dignidade que a origem constitucional da prerrogativa de petição confere a essa garantia; para o outro, estariam abertas as portas para que a disputa comercial desnaturasse a arena da decisão pública – legislativa, executiva, judiciária e regulatória – como um elemento adicional e espúrio da luta pelo domínio dos mercados.

Para ajudar a compreender e avaliar algumas alternativas já colocadas para esse fim, esta análise se inicia, num primeiro capítulo, tentando elucidar o modo pelo qual se originou, evoluiu e, ultimamente, se fixou a Doutrina *Noerr-Pennington* – conjunto jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que trata da delimitação da possibilidade de exceção à imunidade do direito de petição, em casos sensíveis do ponto de vista da defesa da concorrência.

O segundo capítulo explana brevemente o direito de petição e de defesa da concorrência no Brasil, além de discorrer sobre tentativas de equacionar as dificuldades trazidas pelo tema em face de circunstâncias genuinamente inseridas no contexto jurídico nacional, contexto esse que exhibe volume relativamente baixo de produção científica votada ao tema. De todo modo, apresenta-se lá o fio lógico de dois trabalhos de relevo.¹

¹ Já no fechamento deste trabalho, o autor teve conhecimento tardio – não podendo, assim, utilizá-lo de plano – do voto-vista proferido pelo então Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, do Cade, no âmbito do P.A. 08012-006076/2003-72, material de grande interesse e que inaugura o debate, no Conselho, sobre a exceção ao direito de petição em iniciativas com efeitos anticoncorrenciais.

O primeiro deles é da lavra de Eduardo Ferreira Jordão², constituindo-se num artigo que adapta parte de sua dissertação de mestrado, intitulada “O impacto anticompetitivo da regulação estatal”, defendida ante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP), em março de 2008. Nele, o autor sustenta, amparado em duas linhas independentes de raciocínio, a inviabilidade de impor-se restrição ao direito de petição que vincule efeitos anticoncorrenciais.

O segundo trabalho, de Tiago Cação Vinhas³, é também uma dissertação, intitulada “*Sham litigation*: do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais”, apresentada também na FD/USP, em maio de 2014, que sustenta a hipótese de que, na ocorrência de abuso no exercício de direito – no caso, o de petição – estaria aberta a possibilidade de se excepcionalizar este último, ainda que de modo cuidadoso e moderado.

O terceiro capítulo expõe o caso selecionado para estudo, o Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-11, representado ante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), em 2003, pela extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE), contra o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal (Sindipetro/DF) e dois grupos empresariais do setor de combustíveis do DF. O acórdão, unânime, foi dado na esteira do Voto proferido pelo Conselheiro-Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em março de 2004. A narrativa do caso consta de iniciativa de *lobby* tomada pelos representados junto a setores do Poder Legislativo e do Poder Executivos do DF, de modo a impedir que um grande grupo empresarial da área de supermercados pudesse instalar, em suas unidades comerciais locais, postos de revenda de combustíveis.

Reunidos os elementos que formataram o substrato teórico da análise, esta passou a ser explicitada no quarto capítulo, submetendo-se o acórdão investigado ao crivo analítico dos elementos jurisprudenciais e doutrinários anteriormente coletados, de modo a concluir

² Doutor em Direito Público pelas Universidades de Paris (*Panthéon-Sorbonne*) e de Roma (*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). Foi pesquisador visitante na *Yale Law School*, nos Estados Unidos, e pesquisador bolsista nos Institutos *MaxPlanck* de Heidelberg e de Hamburgo, na Alemanha. Atua especialmente nas áreas de Direito Público Econômico e Administrativo. Professor da FGV/Direito-Rio. (cf. Currículos Lattes).

³ Bacharel e Mestre em Direito, na área de Direito Comercial, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado e Professor de Direito Civil. (cf. Currículos Lattes).

que, sob nenhum deles, a solução determinada na decisão do Cade teria sido alcançada, visto que deixou de cumprir as condições que, em cada um, a concederiam.

Em sua parte final, o estudo coteja os achados da análise, contrapondo o resultado de cada linha teórica anteriormente abordada, concluindo que a última delas – a que evidencia o abuso de direito como elemento chave para avaliar o cabimento da exceção – apresenta vantagens relevantes ante as demais, podendo chegar a caracterizar, de uma só vez, desde que adequadamente manejada, justificativa e critério delimitativo da exceção à imunidade do direito constitucional de petição.

1. PETIÇÃO E ILÍCITO CONCORRENCIAL NO DIREITO NORTEAMERICANO

1.1. A Doutrina *Noerr-Pennington*, o Direito de Petição e o *Sherman Act*

A Doutrina *Noerr-Pennington* foi estabelecida inicialmente a partir de dois casos⁴ julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no início da década de 1960, que conferiram, em seu conjunto, imunidade ao exercício do direito constitucional de petição, mesmo quando desse exercício resultem efeitos anticompetitivos (GOMES, 2005, p. 111). O precedente *Noerr* tematizava caso de petição ante o legislativo e o *Pennington*, ante o Executivo.

O direito de petição consta da Primeira Emenda (*Bill of Rights*) à Constituição dos Estados Unidos da América, que proíbe a promulgação de leis que “reduzam o direito do povo de dirigir petição ao governo solicitando a reparação de agravos”⁵ (tradução nossa). Com o tempo, ele veio a tornar-se abrigo seguro para todos os que querem, de algum modo, influenciar as decisões do governo, o qual, a despeito da resposta que venha a dar ao pedido, não poderá de nenhuma forma repreender, retaliar ou punir o peticionário. (SABOVICH, 2008, p. 102).

O diploma legal básico para defesa da concorrência, nos Estados Unidos, é o *Sherman Act*, de 1890, que define como ilegal toda participação em combinações ou acordos tendentes a restringir o comércio. Os potenciais comportamentos vedados, além dos ilícitos comerciais mais típicos, envolvendo unicamente agentes privados, a exemplo da formação de cartel, podem também compreender o recurso a instâncias públicas, junto às quais se procure decisões vantajosas para si ou desvantajosas para os concorrentes. Entre essas decisões estão a aprovação de normas e de regulamentos, por iniciativa do legislativo ou do executivo; a prolação de sentenças judiciais; ou a definição de regras por agência administrativa ou reguladora. Todos esses casos têm de comum, entre si, a possibilidade de alcançar resposta governamental capaz de “restringir a ação dos competidores ou de diminuir o nível de competição” existente num dado mercado (KINTNER; BAUER, 1984, p. 550)

⁴ São eles: (i) *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961); e (ii) *United Mine Workers of America v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965).

⁵ No original: “the right of the people...to petition the Government for a redress of grievances”

1.2. O Caso E.R.R. Presidents Conf. v. Noerr Motor Freight

Nesse primeiro precedente, um grupo de caminhoneiros ajuizou ação contra um conjunto de empresas de transporte ferroviário que, por meio de campanha publicitária, intentava dois objetivos, quais sejam (i) influenciar negativamente o Estado da Pensilvânia – seu legislativo, para ser mais preciso – acerca de determinadas regulações atinentes ao transporte de carga de longa distância, e (ii) indispor a categoria dos motoristas autônomos com sua clientela. Os autores argumentavam que as iniciativas publicitárias das empresas de transporte ferroviário contrariavam a legislação antitruste norte-americana (o *Sherman Act*), além de serem divulgadas como iniciativa de terceiros, forma alegadamente destinada a iludir a boa-fé do público (LAO, 2003, p. 972).

Em decisão unânime, a Suprema Corte rejeitou a pretensão dos autores, “sustentando inequivocamente que esforços genuínos para influenciar a legislação não integram o escopo do *Sherman Act*” (LAO, 2003, p. 972). Isso porque é competência soberana do Estado impor restrições à liberdade de comércio, sendo certo, ainda, que o *Sherman Act* veda apenas ações privadas nesse mesmo sentido. Além disso, entendeu o relator (*Justice Black*) que restringir a esse nível o direito de petição prejudicaria enormemente o sistema representativo de governo, afetando não somente a qualidade da representação mas a própria razão de ser do sistema democrático. De fato, “o *Sherman Act* regula atividades negociais e restrições comerciais, e não a atividade política; seria inapropriado usar a legislação antitruste para controlar comportamentos políticos” (KINTNER; BAUER, 1984, p. 555).

Por fim, a atribuição da autoria da iniciativa publicitária a terceiros foi entendida como admissível, tendo em vista constituir prática consolidada de mercado, já utilizada pelos proponentes, inclusive (LAO, 2003, p. 972-3).

O relatório do Juiz Black também introduz uma noção sumamente importante, a de “exceção à imunidade”, situação em que esta última deixa de ser aplicável sempre que caracterizar-se uma “representação fraudulenta” (*misrepresentation*) ou, no caso concreto, sempre que

(...) uma [eventual] campanha publicitária, ostensivamente dirigida a influenciar a ação de governo, constituir-se em artifício fraudulento [*sham*] destinado a encobrir o que, na verdade, não passa de tentativa de interferir diretamente nas relações de negócio de um competidor (...) (USSC, *Noerr*

Motor Freight, 365 U.S, p. 140-2 apud LAO, 2003, p. 974; tradução livre)⁶.

1.3. O Caso *United Mine Workers of America. v. Pennington*

Nesse segundo precedente, um grupo formado por grandes empresas do setor de carvão e a *United Mine Workers Union* (sindicato de trabalhadores do setor da mineração) fizeram bem sucedidas gestões junto ao Secretário Federal do Trabalho para impor política de salário mínimo aos fornecedores regulares da *Tennessee Valley Authority*, agência federal autônoma, sendo esse órgão também instado, com igual sucesso, a abandonar as compras que fazia junto ao mercado *spot* de carvão, visto que a exigência de mínimo salarial não poderia aplicar-se, nesse caso. Dessa vez, ao contrário do caso precedente, não foram detectados sinais de "representação fraudulenta".

Tal como em *Noerr*, a Suprema Corte entendeu que a demanda constituía petição legítima – isto é, iniciativa com o objetivo de influenciar a decisão de autoridades públicas em determinada direção – inobstante o pesado ônus competitivo que ela, no caso concreto, impunha aos pequenos fornecedores, fator que não poderia ser alegado para restringir o permissivo constitucional. Assim, em que pesem seus efeitos anticoncorrenciais manifestos, a iniciativa foi considerada legal (LAO, 2003, p. 974-975).

Também é importante perceber que, no entendimento da Suprema Corte, “o motivo ou o propósito dos réus resta irrelevante na determinação da aplicabilidade das leis antitruste. A despeito de sua intenção ou efeito anticompetitivo, a conduta tornava-se absolutamente imune ao *Sherman Act*” (KINTNER; BAUER, 1984, p. 556).

Fácil perceber que, aqui, a Corte posicionou-se mais fortemente em favor da imunidade, não havendo na decisão comentários que sugerissem, tal como em *Noerr*, possibilidade mais explícita, ainda que abstrata, de adoção de exceções.

⁶ No original: “a publicity campaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor”.

1.4. Ampliando a Doutrina, mas reconhecendo exceções

Em 1972, novo julgado contribuiu significativamente para a evolução da Doutrina *Noerr-Pennington*, o caso “*California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*”. Nele, um grupo de transportadoras rodoviárias de carga foi processado por colocar empecilhos à livre competição setorial, impondo obstáculos recorrentes às iniciativas de suas concorrentes que visassem buscar, junto à administração pública, os permissivos administrativos indispensáveis à sua operação regular – tais como registros, autorizações etc. –, sequer sopesando o maior ou menor mérito de cada pedido.

O acórdão, majoritário, inovou não somente por estender a aplicação da Doutrina a dois novos âmbitos, (i) às ações propostas ante o Judiciário e (ii) às petições feitas junto às “agências administrativas”, mas, também, por negar pela primeira vez a aplicação da Doutrina, em face de exceção por vício de litigância fraudulenta (*sham litigation*) (LAO, 2003, p. 975).

Nas palavras da Corte, a exceção à Doutrina deveria ser reconhecida em virtude de haverem os réus, em sua ânsia imoderada de oposição, “instituído processos e ações judiciais (...) com ou sem causa provável, sem atenção ao mérito dos casos (...), tentando impedir seus competidores de obter acesso efetivo aos tribunais”⁷ (USSC, *Cal. Motor Transp.* apud LAO, 2003, p. 975-976, tradução livre). E tal reconhecimento teria “o propósito e a intenção (...) de ‘desencorajar (...) os réus de recorrer’ ao processo das agências administrativas, bem como intentar recurso ao processo judicial”⁸ (USSC, *California Motor Transp.*, p. 512 apud KINTNER; BAUER, 1984, p. 558-9, tradução livre), para fazer valer seus objetivos.

Com isso, a garantia do direito à petição ao Judiciário poderia ser afastada em virtude da litigância abusiva ou de má-fé, expressões aqui empregadas em sentido amplo, cuja ocorrência definiria com mais precisão a exceção que, até então, havia sido apenas abstratamente anunciada no caso *Noerr*.

⁷ No original: “instituted the proceedings and actions (...) with or without probable cause, and regardless of the merits of the cases, (...) [to] bar their competitors from meaningful access to adjudicatory tribunals”

⁸ No original: “purpose or intent (...) would be to discourage and ultimately to prevent the respondents from invoking” the processes of the administrative agencies and courts and thus fall within the exception to *Noerr*”.

Um trecho do acórdão, além disso, estabeleceu limites distintos a serem tolerados entre representações fraudulentas oferecidas ante o processo legislativo e aquelas feitas ante o de natureza judicial. “Representações fraudulentas, perdoáveis na arena política, não são imunes quando usadas em processos judiciais” (USSC, “*California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*”, apud LAO, 2003, p. 976). Contudo, na opinião de Lao (2003, p. 976), “essas observações constituem provavelmente apenas ‘[obiter] dicta’ (não havendo evidência de representação fraudulenta no caso), e é ainda incerto que efetivamente exista uma exceção de representação fraudulenta distinta de *Noerr*.”

1.5. A evolução dos limites de exceção nas representações fraudulentas

Três casos foram fundamentais para a evolução jurisprudencial dos limites circunscritores das exceções, no fim da década de 1980 e no início da seguinte.

No primeiro deles, em 1988, “*Allied Tube & Conduit Corporation v. Indian Head, Inc.*”⁹, decidiu-se sobre iniciativa da *Allied*, maior fabricante nacional de conduítes de aço, que, buscando banir do mercado novos produtos fabricados em plástico, patrocinou e financiou a entrada de novos membros à entidade setorial responsável pela edição de um Código Elétrico Nacional, norma privada adotada por diversos estados e municipalidades para amparar tecnicamente seus processos de compra. A manobra da *Allied* foi bem sucedida, levando a *Indian Head*, fabricante de tubos plásticos, a processá-la sob a alegação de “conspiração” para restringir o livre comércio, ao que respondeu a primeira amparando-se na Doutrina *Noerr-Pennington* (LAO, 2003, p. 979-80).

De novidade, o caso trouxe a discussão do direito de petição num contexto de relações puramente privadas. E o fez considerando que influenciar a entidade setorial seria o único meio de efetivamente produzir efeitos concretos na adoção daqueles específicos padrões técnicos por parte do poder público.

Com razão, LAO (2003, p. 980-1) objeta que

em vista da subversão do processo patrocinado pela *Allied* e da amplitude da exceção por fraude vigente à época, a Suprema Corte poderia facilmente sustentar que a conduta [da ré, a *Allied*] (a despeito de ser considerada petição) não estava abrigada sob [a Doutrina] *Noerr*, justamente porque

⁹ *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*, 486 U.S. 492,496 (1988).

fraudulenta. Mas optou por não fazê-lo, observando que a conduta da *Allied Tube* ‘não pode ser caracterizada como fraudulenta’ visto que muitos Estados adotam o Código em seu direito.

Assim, a amplitude da noção de “petição” abrigada sob a proteção *Noerr* foi sensivelmente alargada, uma vez que passou a não ser mais considerada fraudulenta qualquer conduta “genuinamente” tendente a influenciar a decisão da administração pública, “não importa quão impróprio seja o método utilizado” (LAO, 2003, p. 980-981) e, vale dizer, quão indireto seja o caminho utilizado para essa finalidade.

Esse novo entendimento mudou substancialmente os limites de aplicação das exceções por fraude e, com isso, os limites de abrangência da própria Doutrina *Noerr*, inobstante o fato de que a *Allied* viesse eventualmente a perder o caso, em função de aspectos outros, não relativos à discussão do conflito entre o direito de petição e a legislação antitruste (LAO, 2003, p. 981).

Em 1991, “*City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*” constituiu, mais uma vez, caso bem sucedido de *lobby*, desta vez dirigido por uma empresa de publicidade de *outdoors*, também chamada Columbia, ao Legislativo e ao Executivo locais, visando restringir as permissões para publicidade externa de modo a favorecer sua posição dominante no mercado, já então estabelecida. A competidora, *Omni Outdoor Advertising*, demandou judicialmente todos os envolvidos por “conspiração”, alegando violação da legislação antitruste nacional.

A posição adotada pelo *Justice Scalia*, relator do caso, foi de que a iniciativa da Columbia (a empresa concorrente) não constituía fraude, porque não tentou utilizar como arma competitiva o “processo de *lobby*”, mas o seu resultado, isto é, o estabelecimento de um determinado padrão de zoneamento urbano. *Obiter dicta*, *Scalia* também não aceitou admitir uma nova exceção à Doutrina *Noerr*, neste caso relativa à “conspiração” dos envolvidos, sob alegação, entre outras, de que, se o fizesse, a nova exceção contaminaria a imunidade em quase toda a sua extensão, visto que a essência do *lobby* é o atingimento de um acordo de opinião entre o peticionário e o poder público (LAO, 2001, p. 982-3).

Esse posicionamento, ao nivelar os conceitos de petição junto a instâncias do Judiciário (processo judicial) e do Legislativo e Executivo (“processo” de *lobby*) e, mais importante ainda, valendo-se do paradigma relativo ao abuso do primeiro (*sham litigation*)

para delimitar e caracterizar o do segundo (excesso no exercício do direito de petição ao Legislativo e ao Executivo), acabou por negar, na prática, a maior parte dos casos imagináveis de exceção à Doutrina *Noerr* para a atividade de *lobby*, uma vez que é bastante “improvável que alguém queira prejudicar um competidor por meio do mero *processo* de petição visando obter uma legislação favorável, e não da aprovação ou da garantia de eficácia da própria legislação” (LAO, 2003, p. 983; grifo no original).

Esse afunilamento da aplicação de exceções à Doutrina *Noerr* aos casos de litigância fraudulenta teve novo capítulo em 1993, desta vez restringindo a caracterização de fraude (*sham*) na própria iniciativa processual judiciária, na forma do caso *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures*¹⁰.

Nele, a *Columbia Pictures* reclamou a violação de seus direitos autorais por parte do grupo *Professional Real Estate Investors* (PRE), do setor de hotelaria, que alugava videodiscos a seus hóspedes para que os exibissem em seus próprios quartos. Indisputados os fatos, estava em litígio se o método de exibição a tornava “pública”, caso em que a violação estaria caracterizada. O grupo hoteleiro ofereceu reconvenção, alegando que a *Columbia Pictures* havia iniciado o litígio sob falso pretexto, à medida que, com ele, visava apenas prejudicar a posição competitiva da *Professional Real Estate Investors*, em desrespeito ao *Sherman Act*. O tribunal distrital deu ganho de causa ao grupo hoteleiro, mas não considerou a iniciativa da *Columbia Pictures* litigância fraudulenta, uma vez que ela não seria, segundo seu entendimento, destituída de fundamento. A Suprema Corte, avaliando a questão, estabeleceu em decisão unânime, mas muito disputada em torno dos fundamentos, um duplo teste para caracterizar a litigância fraudulenta. (LAO, 2003, p. 983-4).

A partir desse precedente, a caracterização da litigância fraudulenta requererá, para sua configuração, a verificação de dois requisitos: um objetivo, que deve necessariamente ser avaliado anteriormente ao outro, que possui caráter subjetivo. São eles:

- (i) a ação ou petição não deve *objetivamente* ter fundamentos, de maneira que nenhum litigante razoável possa esperar sucesso em seu mérito; e (...)
- (ii) a motivação *subjetiva* do litigante deve permitir verificar se a ação ou petição camufla uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um concorrente. (VINHAS, 2014, p. 200; grifos nossos)

¹⁰ *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Indus., Inc.*, 508 U.S. 49 (1993)

1.6. Balanço da Doutrina *Noerr-Pennington* e dos limites hoje aceitos para suas exceções

A importância do direito de petição nos Estados Unidos da América ante a legislação de defesa da concorrência pode ser medida pela Doutrina *Noerr-Pennington*, cujos termos foram estabelecidos a partir de uma série de precedentes que datam da década de 1960. Inicialmente formulada para avaliar comportamentos adotados por agentes de mercado junto ao Poder Legislativo, a Doutrina foi progressivamente ampliada para o âmbito do Executivo e das empresas públicas, sendo já na década de 1970 estendida à propositura de ações judiciais.

As exceções à aplicação da Doutrina foram admitidas desde o início, ainda que de modo abstrato, sendo posteriormente circunscritas aos casos de representação fraudulenta (*misrepresentation*), figura mais ligada às iniciativas não judiciais, e aos de litigância fraudulenta (*sham litigation*), comportamento caracteristicamente circunscrito ao universo das ações judiciais.

Nos anos 1980 e 1990, julgados importantes restringiram de modo significativo os limites de eficácia das exceções à Doutrina, sendo que o paradigma da litigância de má-fé (*sham litigation*) passou a contaminar a abordagem interpretativa dada à representação fraudulenta, conquanto exceção eficaz à Doutrina. Com isso, apenas iniciativas que usem o mecanismo processual da petição como arma direta podem enquadrar-se como exceções nas representações feitas no âmbito não judicial; a busca de determinado resultado benéfico, via petição, não parece mais abrigar estatuto excepcionador, face à atual compreensão da Doutrina.

Da mesma forma, a adoção do assim chamado “teste PRE”¹¹ passou a restringir os casos em que a litigância abusiva desobrigaria a aplicação da Doutrina *Noerr-Pennington*. Para isso, a iniciativa deve ser avaliada sob dois requisitos: (i) não possuir objetivamente fundamento, de modo a não inspirar perspectiva de sucesso, no mérito, a nenhum litigante razoável; e (ii) a motivação subjetiva de seu autor deve permitir verificar se ela camufla tentativa de interferir diretamente nas relações negociais do concorrente.

¹¹ Acrônimo de “*Professional Real Estate*”, em “*Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures*”.

2. DIREITO DE PETIÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

2.1. A Petição no Brasil

A Constituição de 1988 assegura a todos, em seu artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, o “direito de petição aos Poderes Públicos, na defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, sendo essa a expressão constitucional do direito de petição no ordenamento jurídico pátrio.

Jordão (2009) entende que, haja vista sua locução, a abrangência da garantia constitucional à petição teria caráter inicialmente mais restrito, aplicando-se apenas para (i) defesa de direitos e para (ii) a insurgência contra situação de ilegalidade ou de abuso do poder. A doutrina, contudo, tem alargado esse espectro por meio da interpretação sistemática da Carta de 1988, processo por meio do qual ao direito à petição tem sido atribuído caráter de direito político, em vista principalmente de sua sinergia com os dispositivos constitucionais “relativos ao estabelecimento de um regime democrático, à liberdade de expressão e à valorização da cidadania” (JORDÃO, 2009).

Assim, o direito de petição apresenta, além de uma abrangência maior do que lhe dá a abordagem meramente literal, um caráter verdadeiramente dúplice – instrumento de defesa de interesse pessoal, numa dimensão, e de participação política, em outra –, sendo, na segunda, “exercitável independente da existência de qualquer lesão a interesses próprios” (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 166 apud JORDÃO, 2009).

Também assevera Jordão (2009) que não importa se a expressão “direito de petição” é a mais adequada a esse plexo de direitos que garante a livre manifestação de opinião e de interesses face ao Estado, mas, principalmente, compreender que ela é parte integrante de nossa ordem constitucional. Por isso, mesmo quem queira negar à atividade de *lobby* o caráter específico de manifestação do direito de petição, não poderá discordar de que – função da vigência do regime democrático e da existência de comando constitucional visando reforçá-lo, constante da própria CF¹² – “a manifestação de opinião, a condução de

¹² Vide no preâmbulo da Constituição Federal, bem como no art. 1º e seu parágrafo único, a centralidade do regime democrático na ordem constitucional e, nos incisos III e V do mesmo artigo, a valorização da cidadania e do pluralismo político.

informações ou a promoção de pressão política, perante o Poder Público, em defesa de interesses políticos, individuais ou de grupos, recebe ampla proteção jurídica” (JORDÃO, 2009).

Menos sujeito a controvérsias está o direito constitucional de recurso ao Poder Judiciário para a defesa contra” lesão ou ameaça a direito”, estabelecido no art. 5º, inciso XXXV¹³, da Carta Federal, o qual, em conjunto com o direito de petição descrito no inciso XXXIV, “a”, perfaz núcleo de significado semelhante ao atribuído no capítulo anterior à expressão “*right of petition*”, correntemente utilizada no direito norte-americano.

2.2. A Legislação Brasileira de Defesa da Concorrência

No Brasil, a livre concorrência é princípio constitucional da ordem econômica, estabelecido no art. 170, inciso IV, da Carta de 1988. A ordem econômica, por sua vez, “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”¹⁴ e demanda, para sua completa compreensão, outros princípios, entre os quais se destacam, para as finalidades deste trabalho, os relativos à propriedade privada (inciso II) e à livre concorrência (inciso IV). Do princípio da livre concorrência “resulta o dever do Estado brasileiro de promover a competitividade dos mercados [...]e reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” (JORDÃO, 2009).

A disciplina infralegal da defesa da concorrência tem como principal documento a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, que, entre outras providências, “estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [e] dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.” Os ilícitos anticoncorrenciais estão definidos no art. 36 e seus incisos, sendo o primeiro deles o mais importante para os efeitos deste estudo. Diz a Lei:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, *independentemente de culpa*, os atos *sob qualquer forma manifestados*, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, *ainda que não sejam alcançados*:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

¹³ CF, art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁴ Vide Constituição Federal, art. 170, *caput*.

- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (grifos nossos)

Trata-se de um tipo administrativo de caráter bastante aberto, no qual o ato, para constituir-se em infração, (i) não exige culpa, (ii) não necessita observar forma específica de manifestação e (iii) nem mesmo precisa alcançar a produção concreta de efeitos.

Por isso, na opinião de Jordão (2009), em vista de um “tão amplo espectro [do tipo], caberia, ao menos em tese, sancionar o *lobby* que (i) *visse* à produção de normas que restrinjam a concorrência, ou (ii) que *tenha este efeito potencial*, independente das intenções que o tenham motivado.” (grifos no original)

De que forma, então, devemos equacionar o exercício do direito de petição quando dele decorrerem, potencial ou concretamente, prejuízos à livre concorrência, cuja defesa é constitucionalmente dada como dever do Estado? Ou na locução questionadora de Jordão (2009): “Há espaço, em nosso sistema jurídico, para a repressão antitruste do *lobby* por regulação anticompetitiva?”

2.3. Hipóteses de tratamento da exceção ao direito de petição com efeitos anticoncorrenciais

2.3.1. A aplicação do critério da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

O estado atual da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, conforme levantado no Capítulo 1 deste estudo, leva a crer que a hipótese de excepcionar o direito de petição em face de seus efeitos anticoncorrenciais – e, no caso, pouco importando se esses efeitos são efetivos ou simplesmente potenciais – se resume ao caso da fraude *por meio do processo*. Como anteriormente concluído¹⁵, as posições mais recentes daquele Tribunal, ao utilizar o paradigma da litigância fraudulenta (*sham litigation*) para delimitar as exceções relativas à representação fraudulenta (*misrepresentation*), acabaram por restringir estas últimas aos casos de fraude relativos ao *uso do processo como arma*, admitindo normal e regularmente as petições em que apenas os *resultados* do *lobby* junto a setores do Legislativo e do Executivo vierem a implicar efeitos danosos à livre concorrência.

¹⁵ Vide item 1.6.

Vinhas (2014, 207-8) afirma que, ao analisar jurisprudência recente do Cade, constatou o uso dos parâmetros do Teste PRE, desenvolvidos pela Suprema Corte dos EUA, na caracterização de conduta anticoncorrencial decorrente da prática de *sham litigation*, em sentido amplo. Quanto a isso, parece razoável admitir sua opinião de que

Não se deve, porém, proceder à importação automática do instituto da “*sham litigation*” para o Brasil. Como cada ordenamento jurídico tem suas próprias peculiaridades, a aplicação desse instituto no País, sem maiores cautelas, é cientificamente inadequada, além de poder ser desastrosa em decorrência de sua incompatibilidade com a estrutura do ordenamento jurídico pátrio, de modo a, até mesmo, poder ensejar a violação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. [...] Para evitar tais problemas, faz-se necessário buscar soluções harmoniosas com o ordenamento jurídico nacional.”(VINHAS, 2014, p. 200-1).

Na busca dessa adequação, será possível explicitar a posição desse autor, que a fundamenta com base na ocorrência do abuso de direito, como se verá adiante.

2.3.2. A hipótese de imunidade do direito de petição

Eduardo Ferreira Jordão defende a inviabilidade de repressão ao *lobby* junto às instâncias regulatórias com base no direito antitruste, tese da qual redundaria, por oposição, a imunidade absoluta do direito de petição, nesse mesmo contexto. O autor sustenta sua conclusão a partir de duas linhas (semi)independentes de argumentação, que chamaremos aqui de (i) proposta de triplo critério de exceção (juridicidade, certeza do dano e falta de alternativa menos danosa); e (ii) exercício de ponderação de princípios.

2.3.2.1. Restrição como resultado da aplicação de um triplo critério

Jordão inicia sua argumentação opondo-se à lógica fundamentadora utilizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos na construção da Doutrina *Noerr-Pennington*, visto que, embora considerando toda nobreza, toda dignidade e, numa só palavra, toda essencialidade que tem a participação política dos cidadãos na economia da democracia – argumento principal da Suprema Corte –, entende ser esses atributos insuficientes para promover a imunização pretendida. Veja-se, como contra exemplo relevante, o caso da troca de comunicações feitas com o objetivo de estabelecer acordo sobre preços, que tende a configurar ilícito concorrencial a despeito de caracterizar exercício de direito fundamental

relativo à liberdade de expressão, dando, quando devidamente comprovada, “ensejo à responsabilização de quem [as] promoveu.” (Jordão, 2009, i. 4).

Mas não é tarefa comezinha estabelecer quando essa ilicitude deve ser reconhecida, em função de três dificuldades principais: (i) não existir critérios teóricos adequados e juridicamente viáveis para fundamentá-la; (ii) implicar ela limitação de direito fundamental, na prevenção de danos indiretos e incertos; e (iii) existência de possibilidade concreta de mitigação dos aspectos negativos do *lobby* de efeitos anticoncorrenciais por vias outras, “menos problemáticas e menos restritivas de direitos.” (Jordão, 2009, i. 4).

A primeira dificuldade – ausência de um critério de fundamentação adequado e juridicamente viável – é considerado a mais importante, porque constitui virtual menosprezo e negligência para com sua dimensão de direito fundamental considerar toda e qualquer atividade de *lobby* dirigida a uma finalidade anticoncorrencial como afronta à legislação antitruste nacional¹⁶. (Jordão, 2009, i. 4).

Mas, supor que a proteção de interesses públicos relevantes fosse tomada como critério fulcral de imunização – reconhecendo a ilicitude do ato sempre que esse objetivo não se demonstrasse presente – seria um raciocínio equivocado e antijurídico, uma vez que “a exigência de que o *lobby* [endereçado] ao Poder Público veicule apenas interesses públicos importa uma violação profunda ao direito fundamental de petição, entendido como liberdade política individual.” (Jordão, 2009, i. 4.1). Também se poderia argumentar pela dificuldade de caracterização precisa do “interesse público”, ou da “legitimidade do interesse pretendido”, em outra linha de pensamento, porque o “problema passaria a ser o que se deve entender por essa legitimidade [ou por esse interesse público].” (Jordão, 2009, i. 4.1).

Da mesma forma, a *proporcionalidade da restrição pleiteada* não parece instituir critério adequado,

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. (Jordão, 2009, i. 4.1).

¹⁶ O autor escreve à época da vigência da Lei 8.884/94, fato que não interfere na apropriação atual de sua argumentação, vez que a Lei 12.520/2011 não trouxe inovação quanto ao rol dos efeitos caracterizadores de ilicitude nos comportamentos típicos.

A segunda dificuldade que vitima a busca de uma exceção à imunidade do *lobby* com efeitos anticompetitivos (JORDÃO, 2009, i. 4.2) reside no fato de que a limitação concorrencial que dele resulta é necessariamente *indireta e incerta*, caracterizando a exceção como afronta direta e imediata de um direito fundamental, face mera possibilidade de prejuízo à ordem concorrencial. A natureza *indireta* da limitação decorre do processo institucional pelo qual caminha a petição, no qual o efeito anticompetitivo apenas se materializa quando sucede da proposta ser acatada, ao fim do processo. Já a *incerteza* acerca da potencialidade lesiva do *lobby* está no fato de que a Lei admite, para caracterização do ilícito concorrencial, a mera potencialidade do ato, potencialidade essa, contudo, que não pode ser caracterizada por juízo atual, mas em juízo demonstrativo *a posteriori*.

Nem mesmo concentrar a atenção do regulador, nos casos em que da iniciativa objetivamente *resultar regra anticompetitiva*, será boa solução, em vista da inviabilidade de vincular a aprovação da medida a um competidor específico. Isso porque, na maior parte dos casos (i) haverá alterações na proposta feita por competidor acusado; ou (ii) remanescerão dúvidas acerca de quais agentes (e em que proporção) vieram a ser decisivos no resultado, impedindo segurança na imputação; ou (iii) não será possível deduzir se a posição ao fim tomada pelo regulador decorreu de sucesso do *lobby* ou de raciocínio próprio e autônomo, vinculado à causa do interesse público. (JORDÃO, 2009, i. 4.2).

A terceira dificuldade – a existência de alternativas de contenção dos efeitos anticoncorrenciais do *lobby* caracterizadas por um grau menor de lesividade, tais como (i) o controle de validade da regulação decorrente de *lobby*, (ii) o aperfeiçoamento do desenho das instituições reguladoras para aprimoramento de suas defesas anticaptura, e (iii) o aprimoramento da assim chamada “advocacia da concorrência”, atuando as autoridades reguladores ante os agentes de Estado, em caráter preventivo – não será aqui esmiuçado, uma vez que se referem a possibilidades relativamente externas à discussão jurídica do tema, mais se aproximando de medidas institucionais e gerenciais, ou de estratégias de abordagem contenciosa das disputas de mercado, por parte de seus agentes. (Jordão, 2009, i. 4.3)

2.3.2.2. Restrição como resultado de um exercício de ponderação de princípios

Tendo concluído pela inviabilidade de aceitar-se exceções de motivação concorrencial ao direito de petição, Jordão retoma a questão de modo a abordá-la sob outro

viés, o da "ponderação de princípios constitucionais", já anunciando que 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.” (Jordão, 2009, i. 4.4).

Considera, de início, a contraposição dos dois princípios envolvidos no caso, ou seja, por um lado, o princípio da livre concorrência, constante do inciso IV do art. 170 da Constituição Federal, que tem por essência determinar ao Estado a promoção da competitividade dos mercados, e, por outro, o direito de petição, garantia fundamental explicitada no inciso XXXIV, alínea "a", e no inciso XXXV, do art. 5º da CF, preceito fundamental que define a garantia que têm os cidadãos de peticionar aos poderes públicos em defesa de seus direitos e contra ilegalidade ou abuso de poder. E considera, ainda, que, no contexto de um ordenamento jurídico moderno, heterogêneo e complexo, seja certamente possível situação na qual a realização da finalidade de uma norma implique restrição à de outra. Tal situação, aplicada ao objeto deste estudo, abre a possibilidade de que, para manter a ordem concorrencial, seja cabível restringir – ao menos em determinada medida – os direitos fundamentais de petição, reprimindo a ampla liberdade de recurso às diversas instâncias estatais a princípio insculpida no texto constitucional. Essas restrições, contudo, devem ser necessariamente limitadas, uma vez que não podem atingir o núcleo essencial do direito em questão, devendo, para sua validade, mostrar-se simultaneamente *razoáveis e proporcionais*. (Jordão, 2009, i. 4.4).

Razoabilidade e proporcionalidade têm fundamentos diversos e relevantes em nosso ordenamento jurídico. Jordão cita, entre outros, os princípios constitucionais da legalidade e da finalidade, presentes no art. 5º, incisos II e LXIX, no art. 37 e no art. 84, inciso IV da CF; o princípio de justiça, constante do preâmbulo e do art. 3º da CF; a noção de Estado de Direito, dada no art. 1º da CF; e o princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, inciso LIV da CF. (Jordão, 2009, i. 4.4).

O exame de razoabilidade visa a “comprovar a existência de uma razão de dignidade constitucional que justifique a restrição operada a um princípio constitucional”, pelo que impõe a análise da causa de restringir e do motivo que leva a considerar a hipótese de restrição. Na opinião de Jordão (2009, i. 4.4.1), o exame desse primeiro aspecto é simples, uma vez que “a repressão direta ao *lobby* para emissão de regulação anticompetitiva [...] é

inegavelmente razoável, na medida em que o seu objetivo a sua razão [sic] é a proteção da concorrência, valor constitucionalmente protegido.”

Outro, porém, é o quadro que surge do exame do critério de *proporcionalidade*, porque, no cotejo entre finalidades e meios, a restrição ao direito de petição falha em dois, de três critérios elencados pelo autor para aferição da proporcionalidade, que são a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade, em sentido estrito*. (Jordão, 2009, i. 4.4.2).

A restrição, na opinião do autor, consegue passar pelo primeiro critério – o de aptidão aos fins – uma vez que seu meio, ou seja, a própria restrição do direito, se presta a produzir os fins desejados, quais sejam, melhores níveis de proteção aos mercados (Jordão, 2009, i. 4.4.2).

Mas a restrição é, no entendimento de Jordão, *desnecessária*, uma vez que o poder público deve selecionar o meio *menos lesivo* à integridade do direito que se pretende restringir, ou seja, o que “impuser menor violação de direitos e princípios fundamentais, [...] [visto que] desnecessária é uma medida que violou mais profundamente os direitos de terceiros do que seria exigível para a realização do fim visado.” (Jordão, 2009, i. 4.4.2). Entre as alternativas mais adequadas e menos desproporcionais, segundo o critério de *necessidade*, explicita o autor: (i) o controle da validade jurídica da regulação anticoncorrencial resultante do *lobby*; (ii) a regulamentação da atividade de *lobby*; (iii) a adoção de modelo institucional “multiagencial”; e (iv) o incremento da advocacia da concorrência. Na comparação entre essas quatro possibilidades, de um lado, e a restrição ao direito de petição, de outro, entende o autor evidenciada a desnecessidade da última (Jordão, 2009, i. 4.4.2).

Já a *desproporcionalidade em sentido estrito* deve cotejar as vantagens e as desvantagens da medida, do ponto de vista da sociedade, devendo as primeiras superarem as últimas. E é justamente em vista da falta de critérios para aferir a licitude do *lobby* que resta mais perigosa a hipótese de restrição das liberdades, que são de natureza pública e política, em contraposição aos efeitos potenciais da restrição, por natureza indiretos e incertos. Tal combinação seria justamente a medida da desproporcionalidade, incorrendo a restrição em “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.” (Jordão, 2009, i. 4.4.2).

2.3.3. Restrição como decorrência do abuso de direito

Vinhas (2009, p. 201-4), atendo-se ao construto do “*iter* processual fraudulento”, na esteira do entendimento da Suprema Corte dos EUA, entende que pode caracterizar infração à livre concorrência o uso abusivo do direito de petição (ou de ação, no caso da litigância fraudulenta), consistindo esse abuso precisamente na intenção de manejar o procedimento como *meio*, pouco importando, desse modo, o *resultado* que com ele se almeja conseguir. Sua abordagem, por isso, tem fulcro, em suas palavras, na noção de “abuso do direito de ação e/ou petição com efeitos anticoncorrenciais.” (VINHAS, 2009, p. 201).

Avaliando o instituto do abuso de direito, conclui que ele, apesar de tradicionalmente estudado em sua dimensão privada, não caracteriza elemento exclusivamente ligado ao ramo civilista, visto que “sua formulação teórica e doutrinária classifica-o na teoria geral do direito.” (VINHAS, 2009, p. 201). A teoria do abuso de direito é importante, aqui, porque ajuda a distinguir as situações em que o direito, embora exercido em consonância com a disposição da lei, perde legitimidade ante interesses outros, sob a luz do ordenamento jurídico, tomado em seu conjunto. Com isso, determinados atos por sua natureza legais, podem vir a deslegitimar-se socialmente, se for abusiva a forma pela qual se fazem exercer, em concreto. Esse formato, aliás, é o que historicamente vinculou o abuso de direito ao conceito de direito subjetivo, em sentido amplo, “uma vez que o primeiro pode se caracterizar, em sua definição mais tradicional, justamente pelo exercício irregular do segundo, excedendo seus limites.” (VINHAS, 2009, p. 201).

Indo mais além – e utilizando-se de ideias do civilista português Menezes Cordeiro (2011, p. 113-5 apud VINHAS, 2009, p. 201) –, conclui Vinhas por um conjunto de limitações apresentadas pelo instituto do abuso de direito quando do exercício de direitos de natureza subjetiva. Nesse conjunto, essas limitações:

(i) são determináveis apenas *in concreto*, (ii) correspondem a exigências globais que se projetam ou podem se projetar em exercícios precisos, (iii) regulam-se em função de princípios gerais como tutela da confiança e primazia da materialidade subjacente, e (iv) equivalem a uma regra de conduta segundo a boa-fé. (VINHAS, 2009, p. 202)

O Código Civil de 2002 define o abuso de direito em seu art. 187, cujos elementos atômicos são: (i) o exercício de um direito, (ii) por seu titular, (iii) de forma que exceda os

limites impostos por sua finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ainda segundo Vinhas (2014, p. 202-3), esse abuso pode ocorrer também no exercício de direito fundamental, entre os quais interessa sublinhar os casos relativos ao direito de ação e ao de petição, sendo essa possibilidade vinculada a um conjunto definido de premissas. São elas:

(i) os direitos fundamentais têm um conteúdo essencial, que deve ser respeitado pelo legislador ordinário; (...) (iv) os direitos fundamentais são princípios, e estes devem ser entendidos como posições *prima facie*, de modo que a eventual restrição atinge a proteção *prima facie* decorrente de norma de direito fundamental, mas não o conteúdo essencial desse direito; e (v) a restrição a direitos fundamentais se dá por meio de regras, as quais usualmente são encontradas na legislação infraconstitucional, e que proíbem alguma conduta que é *prima facie* permitida por algum direito fundamental, ou autorizam alguma ação estatal cujo efeito restringe a proteção garantida *prima facie* por um direito fundamental. (Vinhas, 2014, p. 202-3).

No que diz respeito ao direito de ação, a doutrina consagra o abuso do direito processual (ou abuso do processo), gênero do qual é espécie a litigância de má-fé, prevista no art. 17 do Código de Processo Civil. Aplicando-se a definição do abuso de direito ao exercício do direito de processo, tem-se que o abuso do direito de processo ocorre à medida que estejam presentes (i) o exercício de um direito no âmbito de processo judicial, (ii) por agente titular desse direito, (iii) de modo a exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (VINHAS, 2014, p. 202).

O direito de petição, por sua vez, ocorre na relação entre o peticionário, na condição de administrado, e a Administração Pública e seus Órgãos. Embora exercido fora do modelo direto de aplicação previsto no Código de Processo Civil, o direito de petição não está isento de cumprir com as regras de higidez lá previstas, mas agora exigíveis no âmbito do processo administrativo. Evidência disso são os deveres elencado pela Lei 9.784, de 1999, em seu artigo 4º, todos decorrentes dos princípios de boa-fé e de lealdade processual¹⁷ (VINHAS, 2014, p. 202).

¹⁷ Lei 9.784/99: “Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: I - expor os fatos conforme a verdade; II - proceder com lealdade,

Assim sendo, é possível concluir que o abuso do direito de petição se dará com

(i) o exercício de um direito, (ii) pelo administrado, (iii) na interface com a Administração Pública Direta e Indireta, (iv) com desvio de finalidade, verificado com a infringência dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, representados pelos deveres de veracidade, lealdade, urbanidade, entre outros, previstos no artigo 4º da Lei nº 9.784/99. (VINHAS, 2014, p. 204).

Para o autor, os órgãos administrativos e judiciais dos Estados Unidos consagraram o instituto da *sham litigation*, em sentido amplo – que contempla o abuso do direito de ação e de petição – sentido esse “comparável ao abuso do direito de ação e de petição – já consagrado no ordenamento jurídico brasileiro – com efeitos anticoncorrenciais” (VINHAS, 2014, p. 204-5).

Informa, ainda, haver o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) se utilizado dos requisitos¹⁸ “PRE”, definidos no caso *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures* para a configuração da infração anticoncorrencial, abrindo, com isso, a possibilidade de investigação e de punição por parte do Conselho. Ressalva, contudo, que a mera aplicação desses requisitos carece de fundamentação legal no ordenamento jurídico nacional, vez que amplia a lista de exigências colocada pelo artigo 36 da Lei 12.529, de 2011, ultrapassa os limites lá tipificados, podendo, com isso, até mesmo promover “uma restrição injustificada dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.” (VINHAS, 2014, p. 205).

Mais do que isso, alerta que o esvaziamento do alcance do instituto da *sham litigation* (judicial ou não judicial), promovido ao longo do debate em que a Suprema Corte norte-americana foi modelando as exceções à Doutrina *Noerr-Pennington*, pode redundar em restrição à sua aplicação no Brasil, caso o instituto se transporte “para o Brasil sem qualquer temperamento” (VINHAS, 2014, p. 205).

Propõe, em troca, que se aceite como infração à ordem concorrencial – e, portanto, ato processável e punível no âmbito do Cade – o *abuso do direito de ação e de petição* que

urbanidade e boa-fé; III - não agir de modo temerário; IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.”

¹⁸ São eles: (i) a ação ou petição sob análise apresentar-se completamente carecedora de fundamento, de maneira que nenhum litigante razoável pudesse esperar sucesso no mérito de seu pedido; e (ii) a ação ou petição consistisse em mero artifício para alcançar efeito anticoncorrencial (VINHAS, 2014, p. 205)

produzir, ou for tendente a produzir, os efeitos previstos no art. 36 da Lei 12.529, de 2011. E alerta que, caracterizado o abuso, caracteriza-se restrição legítima ao exercício dos direitos fundamentais de ação e de petição, na forma prevista tanto na Constituição Federal, quanto no Código de Processo Civil e no regramento legal do Processo Administrativo (Lei 9.784, de 1999) (VINHAS, 2014, P. 205-6).

3. O CASO SINDIPETRO/DF

3.1. Descrição do Caso Sindipetro/DF

Trata-se de representação *ex-officio* da antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, feita por despacho de seu titular, dia 7 de julho de 2003, em face do Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal e de duas redes comerciais de postos de gasolina atuantes no Distrito Federal, as Redes Gasol e Igrejinha. Nela, conclui a SDE pela incursão dos representados nas condutas tipificadas no art. 20, inciso I¹⁹, combinado com o art. 21, incisos II, IV e V²⁰, da Lei 8.884/94.

Os representados foram acusados de dois comportamentos ilícitos: (i) atuar para impedir que o grupo Carrefour, da área de supermercados, ingressasse no mercado local de revenda de combustíveis, e (ii) conluio no sentido de impedir a comercialização de novo produto, o diesel aditivado. Dessas, somente a primeira é de interesse para o presente trabalho.

A motivação do grupo de supermercados era instalar postos de abastecimento nos estacionamento de suas unidades de venda e, com isso, estimular as vendas em seu negócio original, atraindo clientes por meio da revenda de combustíveis a preços mais em conta, aproveitando-se de certas vantagens regulatórias e tributárias que teria ao promover essa associação de produtos. Tal estratégia comercial já tinha sido implementada com sucesso pelo grupo Carrefour em outras unidades da Federação.

O grupo de representadas foi acusado de conluio com o objetivo de influenciar setores relevantes do Legislativo e do Executivo do Distrito Federal para modificar disposições relativas ao regramento de uso e ocupação do solo, sempre com o intuito de impedir o grupo Carrefour de levar em frente a instalação de unidades de revenda de combustíveis em suas unidades locais.

Em 27 de junho 2000, foi editada a Lei distrital Complementar de nº 294, decorrente de projeto de lei de autoria do Poder Executivo, instituindo a “outorga onerosa da alteração

¹⁹ Dispositivos equivalentes ao art. 36, caput e inciso II, da Lei 12.529/11.

²⁰ Dispositivos equivalentes ao art. 36, § 3º, caput e incisos II, III e IV, respectivamente, da Lei 12.529/11, tendo apenas sido acrescentado “promover” aos comportamentos tipificados no inciso II.

de uso [de solo] no Distrito Federal”, trazendo o diploma, em seu art. 2º, vedação expressa à “edificação de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamentos de supermercados, hipermercados e similares, bem como de teatros, cinemas, *shopping centers*, escolas e hospitais públicos.”

Tais disposições foram consideradas, na representação da SDE, fruto direto do esforço das representadas, tendo o conjunto probatório consistido principalmente de atas do Sindicato, nas quais são narrados contatos havidos com agentes públicos, tanto do Executivo quanto do Legislativo distrital, bem como sugestões levadas a esses setores acerca da conveniência e das alternativas concretas de como regradar, no ordenamento jurídico local, as pretendidas restrições.

A defesa apresentada pelas representadas, tanto na fase de inquérito, junto à Secretaria, quanto na de julgamento, perante o Cade, consistiu em diversas preliminares, que não serão aqui comentadas, e de argumentações de mérito que não negavam diretamente as imputações, admitindo, contudo, a existência, no âmbito sindical, de

discussão a respeito de empresas que visavam, de forma ilícita e irregular, ingressar no mercado através da mudança da destinação de terreno, em total arrepio às normas de tombamento desta capital e sem que houvesse a necessária licitação pública. (Rede Gasol, p. 430 *apud* BRASIL, 2003, p. 1.583-1.584).

Alegaram os representados, ainda, que o objetivo almejado em sua ação de *lobby* junto aos agentes públicos do Distrito Federal teria sido a de

apenas [...] impedir que o Carrefour viesse a promover ‘concorrência desleal’, [...] 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 importaria ‘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. (JORDÃO, 2009, i. 3.1.1).

A decisão do Cade foi unânime, condenando as representadas pelas infrações que lhe foram imputadas pela SDE. Segundo Jordão (2009, i. 3.1.1), quatro fatores principais foram relevantes para essa decisão: (i) a comprovação do poder de mercado das representadas,

razão pela qual elas de fato poderiam produzir efetivos efeitos anticoncorrenciais; (ii) a concertação (conluio) entre as representadas, com o objetivo de realização de objetivo comum; (iii) a comprovada pressão política promovida pelas representadas para obtenção de legislação restritiva da concorrência; e (iv) "inconsistência" das justificativas apresentadas pelas representadas para motivação de sua atuação política.

Apoiavam esses raciocínios a comprovação (i) da realização de audiências com agentes públicos do Distrito Federal com vistas a prejudicar a entrada do grupo Carrefour no mercado de combustíveis do DF, e (ii) do exercício de pressão política continuada, na mesma direção, sendo que, “em uma das assembleias, chegou-se a discutir termos de Projeto de Lei que seria levado aos políticos envolvidos.” Também nesse sentido, foram imaginadas pelo Cade alternativas aptas a mitigar as vantagens tributárias que o grupo Carrefour obteria com a instalação dos postos de combustíveis, valendo-se de meios não prejudiciais à concorrência. Muito importante, ainda, foi o raciocínio, explicitado pelo Cade no Voto do Relator, de que a atuação política dos representados “visava unicamente à restrição concorrencial e à consagração de seus interesses empresariais.” Todavia, não houve qualquer comprovação de que a restrição de uso alcançada com a promulgação da Lei distrital Complementar 294, de 2000, tenha resultado de convencimento político mediante “oferecimento de vantagens ou favores ilícitos”, pelo que a condenação das representadas parece decorrer da promoção de “lobby para aprovação de legislação restritiva da concorrência, em proteção aos seus interesses privados.” (JORDÃO, 3.1.1).

3.2. Análise do caso à luz da Doutrina *Noerr-Pennington*

Como foi visto em capítulo anterior deste estudo, a importância do direito de petição nos Estados Unidos da América ante a legislação de defesa da concorrência é atestada pela Doutrina *Noerr-Pennington*, entendimento construído por uma série de julgados iniciada na década de 1960, cujo foco inicial, centrado na avaliação de petições com efeitos anticoncorrenciais dirigidas por agentes de mercado ao Poder Legislativo, foi progressivamente ampliado para incluir iniciativas de mesma natureza, tomadas no âmbito do Executivo, das empresas públicas e das ações judiciais.

Exceções à aplicação da Doutrina foram admitidas desde o início, ainda de modo abstrato, sendo posteriormente concretizadas a partir (i) de casos de representação

fraudulenta (*misrepresentation*), ou seja, de fraudes constantes de iniciativas caracteristicamente não judiciais; e, no lado contrário, (ii) dos casos de litigância fraudulenta (*sham litigation*).

Esses limites foram melhor explicitados nas décadas de 1980 e 1990, quando julgados importantes restringiram de modo significativo os limites de eficácia das exceções à Doutrina, sendo que o paradigma da “litigância fraudulenta ou abusiva” (*sham litigation*) passou a contaminar o entendimento dado à exceção por “representação fraudulenta” (*misrepresentation*). Com isso, somente as iniciativas que exibissem *abuso do mecanismo processual da petição como arma direta* poderiam enquadrar-se como exceções, inclusive se havidas fora do contexto judicial.

Para aferição da possibilidade de exceção nos litígios judiciais, adotou-se o “teste PRE” – que as restringiu às iniciativas que pudessem ser positivamente avaliadas a partir de dois requisitos: (i) não possuir objetivamente fundamento, de modo a não inspirar perspectiva de sucesso, no mérito, a nenhum litigante razoável; e (ii) a partir da motivação subjetiva do autor, verificar se a iniciativa camufla tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de concorrente(s).

No confronto com a interpretação atual da Doutrina *Noerr-Pennington*, o caso *Sindipetro/DF* não caracterizaria exceção válida à vigência privilegiada da prerrogativa constitucional de petição ao poder público desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Isso porque não houve “abuso processual” no encaminhamento da demanda a setores do Legislativo e do Executivo do Distrito Federal, abuso esse, aliás, bastante difícil de ser caracterizado fora do universo do contencioso judicial, conforme alerta feito por Lao (2003, p. 983). Ademais, não poderia o caso ser submetido aos critérios do teste PRE, cujo domínio exclusivo é a “litigância abusiva”, ou seja, a *sham litigation*, em sentido estrito.

3.3. Análise do caso à luz da proposta do triplo critério de *juridicidade, certeza do dano e inviabilidade de alternativa menos lesiva*

Como vimos anteriormente, Jordão (2009, i. 4) acredita que não se deve vilipendiar a dignidade da garantia constitucional incorporada, em essência, no direito de petição. Para fazê-lo, é necessário submeter o caso concreto a uma tripla exigência, que aqui chamamos de *juridicidade, certeza do dano e inviabilidade de alternativa menos lesiva*. Para

ultrapassar essas exigências, contudo, existem três dificuldades correlativas a superar, quais sejam, (i) não existirem critérios teóricos adequados e juridicamente viáveis para fundamentar as exceções; (ii) implicar a exceção em limitação de direito fundamental para mera prevenção danos indiretos e incertos; e (iii) haver possibilidade concreta de mitigação dos aspectos negativos do *lobby* prejudicial à concorrência por vias outras, “menos problemáticas e menos restritivas de direitos.” (Jordão, 2009, i. 4).

A primeira e principal dificuldade – ausência de um critério de fundamentação adequado e juridicamente viável – não é superada simplesmente imaginando-se que a exceção seria admitida sempre que a petição, em concreto, visasse promover interesse público relevante. Isso porque tal critério deixaria de lado o caso em que a petição versasse sobre um dos diversos direitos individuais, ou seja, direitos de natureza privada, que também são dotados de altíssima dignidade constitucional.

Assim, a exigência de que o *lobby* veicule apenas interesses públicos “importa violação profunda ao direito fundamental de petição, entendido como liberdade política individual.” (Jordão, 2009, i. 4.1) Além disso, há também grande dificuldade de caracterização precisa da abrangência do conceito “interesse público”, aumentando a insegurança do sistema. Nem mesmo a troca do critério para o de legitimidade do interesse pretendido na iniciativa de petição resolveria essa dubiedade, porque o “problema passaria a ser o que se deve entender por esta legitimidade [...] [e] estribar essa ‘legitimidade’ na licitude do que se requer no *lobby* [...] redundaria em puro e simples círculo vicioso.” (Jordão, 2009, i. 4.1). A exigência de proporcionalidade da restrição pleiteada também parece impor forte pressão contrária à juridicidade da exceção porque, nessa circunstância, a avaliação da proporcionalidade passa a ser dever de quem representa, e não mais obrigação do Estado, em claro prejuízo de aspectos relevantes do regime democrático.

A segunda dificuldade que vitima a busca de uma exceção decorre do fato de que a limitação concorrencial dela resultante é incerta e indireta. Sendo incerta, torna difícil aceitar a mitigação de um direito fundamental face a mera possibilidade de prejuízo à ordem concorrencial. Sendo indireta, tem seu efeito anticompetitivo materializado apenas ao final do processo, e somente se ele for bem sucedido; com isso, eventual efeito contrário ao interesse público será de estrita responsabilidade do regulador, não do peticionário, que não poderá responder por uma simples manifestação de interesse, de natureza pública e política.

A terceira dificuldade apresentada pelo autor – a existência de alternativas de contenção dos efeitos anticoncorrenciais do *lobby* caracterizadas por um grau menor de lesividade – é exemplificada em situações tais como (i) o controle de validade da regulação decorrente de *lobby*, (ii) o aperfeiçoamento do desenho das instituições reguladoras para aprimoramento de suas defesas anticaptura, e (iii) o aprimoramento da assim chamada “advocacia da concorrência”, atuando as autoridades reguladoras ante os agentes de Estado, em caráter preventivo. Embora não analisadas em seu mérito, é importante ressaltar que essas alternativas caracterizam medidas de caráter institucional e gerencial ou, quando muito estratégias para a abordagem contenciosa das disputas por mercado, por parte de seus agentes.

Ora, a decisão prolatada pelo Cade no processo contra o Sindipetro/DF não supera nenhuma das dificuldades impostas pelo autor para viabilizar exceção ao direito constitucional de petição: (i) não define critério teórico adequado e juridicamente viável de fundamentação para admitir exceção a direito fundamental – aliás, a sentença do Cade sequer toca no tema do direito de petição –; (ii) declara ilícito ato cujos efeitos são incertos, no momento do pedido, e indiretos, no instante em que se tornam concretos; e (iii) não debate alternativas para garantia dos dispositivos anticoncorrenciais que sejam juridicamente menos problemáticas, e menos restritivas dos direitos fundamentais.

Sustenta Jordão que deveria o Cade ter enfrentado essa questão, ponderando o direito político de pedir e influenciar contra o pano de fundo da política de incentivo à concorrência. Até mesmo as representadas deixaram de se colocar como detentoras de direito de manifestação de seus interesses próprios, sempre tendo arguido no processo “razões de interesse público” (JORDÃO, 2009, i, 3.1.2) Assim, não ficaram definidos quais entre os aspectos levantados são de fato essenciais para caracterizar a ilicitude da petição: “poder de mercado, concertação dos representados, pressão perante o Poder Público para a restrição concorrencial, [...] ausência de interesses públicos na legislação pretendida.”

Com efeito, ficaram muitas perguntas sem resposta direta:

[...] o poder de mercado [...] é de fato essencial para caracterizar a ilicitude concorrencial de uma atividade lobista? Sem poder de mercado, não seria possível cometer este ilícito? [...] a concertação para o *lobby* é [...] essencial para a caracterização da ilicitude ou a influência política exercida individualmente por um empresário para afastar a pressão concorrencial

também é condenável? [...] Todo o *lobby* para limitação concorrencial é ilícito? [...] 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? 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? [...] O *lobby* que veicule interesses públicos improcedentes e resultar em restrição concorrencial é, só por isso, ilícito? Ou é necessário que as razões arguidas sejam fraudulentas ou claramente implausíveis? (JORDÃO, 2009, i, 3.1.2).

3.4. Análise do caso à luz de raciocínio de ponderação de princípios

Numa segunda linha de investigação acerca da possibilidade de aceitar-se exceções de motivação concorrencial ao direito de petição, Jordão refaz sua abordagem, agora sob o viés da "ponderação de princípios constitucionais", de modo a contrapor, de um lado, o princípio da livre concorrência e, de outro, o de petição, considerando que, num ordenamento jurídico contemporâneo, seja possível que a finalidade de uma norma implique restrição à de outra. Contudo, tal restrição não pode atingir núcleo essencial de direito fundamental, devendo, nos outros casos, observar submissão aos deveres da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse duplo teste, examinar a razoabilidade significa “comprovar a existência de uma razão de dignidade constitucional que justifique a restrição operada a um princípio constitucional”, operação simples, no caso em tela, uma vez que “a repressão direta ao *lobby* para emissão de regulação anticompetitiva [...] é inegavelmente razoável, na medida em que o seu objetivo a sua razão [sic] é a proteção da concorrência, valor constitucionalmente protegido.”

Já examinar a proporcionalidade implica operação mais complexa, que demanda aferir três subcritérios, a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade, em sentido estrito*. Enquanto a restrição, no caso em comento, atende ao primeiro critério – o de aptidão aos fins – deixa de fazê-lo em relação aos demais, visto que é simultaneamente desnecessária, uma vez que deve o poder público selecionar o meio menos lesivo à integridade do direito que se pretende restringir, e desproporcional em sentido estrito,

porque, em vista da falta de critérios adequados para aferir a licitude do *lobby*, resta somente a perigosa hipótese de restrição do direito de petição, prerrogativa fundamental, em troca de efeitos concorrenciais de natureza indireta e incerta, como já se mencionou. Essa, aliás, é a precisa medida da desproporcionalidade, incorrendo a restrição, no caso concreto, em “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.”

Razoável, mas desproporcional, a exceção reconhecida na sentença do Cade, no caso Sindipetro/DF, *não poderia ser admitida* a partir de ponderação de princípios que contraponha o direito de petição e as demandas de garantia antitruste do ordenamento jurídico nacional, valendo também aqui as questões em aberto elencadas ao final do item precedente.

3.5. Análise do caso à luz hipótese de abuso de direito

Vinhas (2009, p. 201-4) propõe caracterizar como infração à livre concorrência o uso abusivo do direito de petição – ou de ação, no caso da litigância fraudulenta –, consistindo esse abuso em manejar o procedimento como meio, pouco importando o resultado que com ele se almeja conseguir. O instituto do abuso de direito ajuda a distinguir as situações em que o direito, embora exercido em consonância com a disposição da lei, perde legitimidade sob a luz do ordenamento jurídico, tomado em seu conjunto. Com isso, determinados atos considerados legais por sua natureza, podem vir a deslegitimar-se socialmente se for abusiva a forma pela qual se fazem exercer. Indo além, conclui, com base em Menezes Cordeiro (2011, p. 113-5 apud VINHAS, 2009, p. 201), que as limitações decorrentes do abuso de direito, entre outras características: (i) são determináveis apenas *in concreto*, (ii) correspondem a exigências globais que se projetam em exercícios precisos, (iii) regulam-se em função de princípios gerais, como tutela da confiança, e (iv) equivalem a uma regra de conduta segundo a boa-fé (VINHAS, 2009, p. 202).

Por sua vez, o Código Civil de 2002, no art. 187, define que o abuso ocorre quando há o exercício de um direito, por seu titular, de forma que exceda os limites impostos por sua finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Segundo Vinhas (2014, p. 202-3), esse abuso pode ocorrer no exercício de direito fundamental, como os de ação e de petição, vinculando-se, nesse caso, a premissas tais como: os direitos fundamentais têm

um conteúdo essencial que deve ser respeitado pelo legislador ordinário; eventual restrição atinge a proteção *prima facie* decorrente da norma, mas não o conteúdo essencial do direito fundamental; a restrição a direitos fundamentais é encontrada usualmente na legislação infraconstitucional, que proíbe – ou autoriza o Estado a reprimir – conduta *prima facie* permitida pelo direito fundamental (Vinhas, 2014, p. 202-3).

O abuso do direito de processo – gênero do qual é espécie a litigância de má-fé – ocorre à medida que haja exercício de um direito no âmbito de processo judicial, por titular, de modo a exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. O direito de petição não está isento de cumprir com as regras de higidez lá previstas no Código Civil, muitas delas exigíveis no âmbito do processo administrativo, a exemplo dos deveres previstos no art. 4º da Lei 9.784, de 1999. Assim, o abuso do direito de petição se dará quando do exercício de um direito pelo administrado, na interface com a Administração Pública Direta e Indireta, com desvio de finalidade, desvio esse que é verificado pela ultrapassagem dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, que são representados pelos deveres de veracidade, lealdade, urbanidade, entre outros, previstos no art. 4º da Lei nº 9.784/99 (VINHAS, 2014, p. 202-4).

O uso dos requisitos PRE no Brasil, tal qual firmados pela Suprema Corte dos EUA, carece de fundamentação legal no ordenamento jurídico pátrio, visto que amplia a lista de exigências colocada pelo artigo 36 da Lei 12.529, de 2011, com risco de promover “uma restrição injustificada dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.” (VINHAS, 2014, p. 205). Por outro lado, o esvaziamento do alcance da *sham litigation*, pelo mesmo tribunal, pode restringir sua aplicação no Brasil, se transportado sem qualquer temperamento (VINHAS, 2014, p. 205).

Propõe Vinhas (2014, P. 205-6), com isso, que se aceite como infração à ordem concorrencial o abuso do direito de ação e de petição que produzir, ou for tendente a produzir, os efeitos previstos no art. 36 da Lei 12.529, de 2011. Assim, caracterizado o abuso, caracteriza-se também restrição legítima ao exercício dos direitos fundamentais de ação e de petição, na forma prevista tanto na Constituição Federal, quanto no Código de Processo Civil e no regramento legal do Processo Administrativo (Lei 9.784, de 1999). O ato passível de investigação e de punição não é o exercício regular do direito de petição, que é

irrestringível, mas o seu abuso, que constitui restrição legítima ao direito fundamental em sua dimensão *prima facie*.

No caso concreto, a análise do Cade deveria, portanto,

verificar a ocorrência ou não do *abuso do direito* de ação ou petição e a potencial produção, ou não, de *efeitos anticoncorrenciais* decorrentes da prática, levando em consideração características do caso, tais como a plausibilidade do direito invocado, a veracidade das informações prestadas, a adequação e a razoabilidade dos meios processuais utilizados e a expectativa de sucesso do agente. (VINHAS, 2014, p. 206, grifos nossos).

A aplicação desses critérios ao caso Sindipetro/DF constataria, de plano, a produção de efeitos anticoncorrenciais decorrente da iniciativa de *lobby* empreendida pelos representados, considerando-se tal iniciativa provada nos termos do acórdão. Ocorre, porém, que a *verificação da lesividade concorrencial* da iniciativa é passo necessariamente posterior e dependente da *verificação do abuso de direito*, porquanto não se deverá admitir exceção ao direito fundamental de petição, senão em decorrência de abuso comprovado, sob risco de, assim não sendo, ferir-lhe a essência.

Contudo, tal abuso parece não ter sido caracterizado no caso concreto, *impedindo a admissão da lesividade* da iniciativa e, em consequência, o reconhecimento de sua *ilicitude*. De fato, por muito que as motivações exibidas pelas representadas – defesa dos interesses da comunidade, defesa do ordenamento jurídico distrital etc. – possam esconder, e talvez, de fato, escondam mera defesa de interesse particular, não se reconhece aí qualquer abuso, mas exercício cabível e regular do direito de manifestação política ante os poderes constituídos. Não se constatou, ademais, episódio de manipulação abusiva de informações ou tentativa de corrupção de agentes públicos, entre outras hipóteses que, uma vez comprovadas, poderiam permitir a constatação de abuso.

Assim sendo, também à luz hipótese de abuso de direito não haveria como condenar as representadas no caso Sindipetro/DF.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A coordenação e a composição de princípios conflitantes, no interior de um dado ordenamento jurídico, é uma questão infensa a soluções de caráter geral, uma vez que esse tipo de conflito somente se coordena e se compõe a partir da determinação dos princípios conflitantes e das características do caso concreto, situação que se torna ainda mais sensível na medida em que garantias e direitos fundamentais estão envolvidos.

Para benefício da segurança jurídica, seria desejável que os limites admissíveis de restrição a direito ou a garantia fundamental já tivessem seus contornos delineados na lei, em arranjo prévio que daria maior conforto a todos os agentes envolvidos, incluindo os responsáveis pela jurisdição. Isso, entretanto, não ocorre com frequência, obrigando a um lento trabalho de construção e de afirmação jurisprudencial. Tal é, precisamente, o tema abordado neste trabalho.

O direito de petição ao Estado, cujo exercício não deve imputar nenhum comprometimento ao peticionário, é uma garantia de extrema relevância e dignidade, cuja limitação deve ser sopesada com muito cuidado e critério, sob risco de prática constitucionalmente vedada. Uma das interfaces com que o direito de petição por vezes se choca está nas iniciativas de recurso às instâncias públicas com potenciais efeitos anticoncorrenciais, tal como no caso do Sindipetro/DF, que contempla petições dirigidas a setores do Legislativo e do Executivo.

Uma das chaves utilizadas para análise desse caso, em concreto, foi a da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, que entende regularmente possível excepcionalizar a imunidade da garantia de petição nos casos judiciais em que houver litigância fraudulenta (*sham litigation*) e, nos demais, quando a fraude intentada em representação (*misrepresentation*) for de natureza também processual – uma circunstância de difícil ocorrência, que evoca um eventual “excesso de representação”. Assim, as exceções viáveis se restringiriam, quase sempre, às decorrentes de litigância fraudulenta.

Outra linha de abordagem foi a oferecida por Eduardo Ferreira Jordão, que trilha dois caminhos diferentes para concluir, univocamente, pela impossibilidade de exceção à

imunidade. No primeiro caminho, argumenta que a decisão do Cade no caso Sindipetro/DF não resolve os empecilhos que elencou à admissão de exceção à imunidade: (i) inexistência de critérios teóricos adequados e juridicamente viáveis para fundamentá-la; (ii) limitação de direito fundamental em prevenção de danos indiretos e incertos; e (iii) possibilidade de mitigação dos aspectos negativos do *lobby* por vias “menos problemáticas e menos restritivas de direitos.” O outro caminho tomado por Jordão foi a elaboração de um exercício de ponderação de princípios que pudesse testar a *razoabilidade* e *proporcionalidade* da limitação ao direito fundamental de petição. Em ambos os casos, o resultado é semelhante, concluindo o autor – com base na análise do mesmo caso focalizado neste trabalho – pela imunidade do direito de petição, quer no caso concreto, quer em situações de natureza comparável. Também tece o autor críticas ao modo como o Cade estruturou sua decisão, vislumbrado como insuficiente para estabelecer paradigma seguro para julgamento de casos da mesma espécie, visto que não foram claramente definidos os critérios que fundamentam o acórdão.

A última abordagem perseguida foi a apresentada por Tiago Cação Vinhas, que percebe na hipótese do abuso de direito o meio adequado de estruturar um critério seguro e adequado de delimitar a possibilidade de exceção ao direito de petição. Amparado no instituto do abuso, já consagrado no ordenamento jurídico nacional, o autor defende que limitação nascida dessa forma não atinge a essência do direito fundamental, mas somente sua dimensão *prima facie*, pelo que o abuso se torna, de uma só vez, justificativa e critério delimitativo da exceção à imunidade.

De fato, comparando o uso da solução de Vinhas com o do critério da Suprema Corte dos EUA – já tangenciado em algumas decisões do Cade – há um ganho duplo: não se obriga o uso de elemento estranho ao ordenamento jurídico nacional e se instrumentaliza critério legal já vigente entre nós, alargando, notadamente no caso das iniciativas não judiciais, a hipótese de exceção, mas de forma controlada e bem definida. Adicionalmente, essa solução permite que se escape da armadilha da fixação da arena processual como campo privilegiado e quase único para a admissão de exceção, cacoete do atual estado da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, decorrente, ao que parece, da força que tem o paradigma da *sham litigation* na jurisprudência daquele País.

O contraponto da hipótese relativa ao abuso, em face das abordagens de Jordão, também resulta positivo. No que diz respeito ao caminho do triplo critério, porque (i) efetivamente institui um critério de excepcionalização; (ii) permite a avaliação de prejuízos diretos e certos, ao menos na ação repressiva (de resto, a mais natural à espécie de iniciativa aqui tratada); e (iii) constitui, por tudo isso, alternativa menos danosa que a exceção despida de critérios, com ganho suplementar relativo à adoção de solução de natureza jurídica, e não meramente administrativa ou gerencial. E, no que diz respeito ao exercício de ponderação de princípios, porque, além de *razoável*, também se mostra *proporcional*, visto que não esgarça os limites presumivelmente seguros de exceção a um princípio de fundamento e dignidade constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Justiça/Secretaria de Direito Econômico (MJ/SDE). Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-11. Representante: SDE "ex-officio". Representada: Sindicato Comercio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal e Grupo Cascão. Parecer: SDE/Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE (Assessor Evandro Wilson Martins). Brasília, 3 de julho de 2003. **SEI**: Documentos Externos, Brasília, v. 7, p. 1.657-1.659.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-11. Representante: SDE "Ex-Officio". Representada: Sindicato Comercio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal e Grupo Cascão. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Brasília, 3 de março de 2004. **SEI**: Documentos Externos, Brasília, v. 7, p. 1.873-1.922.

GOMES, Angela. *Noerr-Pennington*: Unocal's Savior - Or is It? **Journal of Science & Technology Law**. Boston University (MA), 102-127, 2005.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. O Direito Antitruste e o Controle do *Lobby* por regulação restritiva da concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 25, jan/mar 2009. 34 p.

KINTNER, Earl W.; BAUER, Joseph P. Antitrust Exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the *Noerr-Pennington* Doctrine. **Scholarly Works/NDLSScholarship**, Notre Dame (IN), 549-589, 1984.

LAO, Marina. Reforming the *Noerr-Pennington* Antitrust Immunity Doctrine. **Rutgers Law Review**, Newark (NJ), v. 55:4, 965-1026, 2003.

SABOVICH, James M. Petition Without Prejudice: Against the Fraud Exception to *Noerr-Pennington* Immunity from the Toxic Tort Perspective. **Penn State Environmental Law Review**, State College (PA), v 17:1, 101-154, 2008.

VINHAS, Tiago C. *Sham Litigation*: do Abuso do Direito de Petição com Efeitos Anticoncorrenciais. 2014. 228 fls. Dissertação de mestrado, Direito Comercial – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2014.