

Universidade de Brasília Faculdade de Direito Curso de Graduação em Direito

Estudo sobre importação conceitual da "sham litigation" pelo CADE

Aluno: João Aurélio Mendes Braga de Sousa **Matrícula**: 05/84886

Brasília, fevereiro de 2013.

JOÃO AURÉLIO MENDES BRAGA DE SOUSA

Monografia Final de conclusão do curso de graduação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, desenvolvida sob a orientação do professor Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira.

Brasília, fevereiro de 2013.

FICHA DE APROVAÇÃO

Estudo sobre importação conceitual da "sham litigation" pelo CADE

Aluno: João Aurélio Mendes Braga de Sousa **Matricula**: 05/84886

Banca examinadora:
Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira. Orientador
Ana de Oliveira Frazão
Francisco Schertel Mendes

Brasília, fevereiro de 2013.

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?

Não há dúvidas de que, também entre nós, o direito de petição goza de proteção constitucional (...) Não é menos certo, contudo, que o direito de petição, como qualquer direito, não se exerce em abstrato, cabendo repetir a pergunta: em quais circunstâncias seu exercício abusivo pode configurar infração à ordem econômica?

Trechos do Voto-Vista do ex Conselheiro do CADE, Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ricardo Villas Bôas Cueva, proferido no bojo da Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72, em 4 de setembro de 2007.

RESUMO

SOUSA, João Aurélio Mendes Braga de. **Estudo sobre importação conceitual da** "sham litigation" pelo CADE. Orientador Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira. Brasília: UnB, 2013.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE utilizou oficialmente, e por diversas vezes, a construção jurisprudencial estrangeira conhecida como *sham litigation*, que nomeia em seu país de origem, os EUA, específica modalidade de ilícito concorrencial. O CADE, ao importar o conceito jurídico para os seus próprios votos, e com base nele fundamentar a condenação de pelo menos uma empresa brasileira, fez uso expresso do termo norte-americano *sham litigation*. Este trabalho é um estudo desse transplante conceitual operado pelo CADE, e pretende testar os limites dessa importação conceitual, destacando as diferenças e os contatos entre os sentidos adotados pelo CADE e as características originais do instituto e - ainda mais importante - as resistências e permissões impostas pelo ambiente jurídico brasileiro à adesão do CADE à expressividade jurídica estrangeira.

Palavras-chaves: Hermenêutica Jurídica, Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, ilícito concorrencial, sham litigation.

AGRADECIMENTOS

A meu pai, Otto Braga de Souza, e a minha mãe, Iracema Mendes de Souza (in memoriam)

Sumário

1.	. Ir	ntrod	ução	9
	1.1.	Ар	resentação do Trabalho	9
	1.2.	Me	todologia Adotada	11
	1	.2.1.	Teoria Geral da Interpretação Jurídica de Emilio Betti	. 13
2.	. 0	3ênes	se da Legislação Federal de Controle Antitruste nos EUA	19
	2.1.	Co	isas, Mercadorias e Teoria Econômica	19
	2.2.	10	Mercado	24
	2.3.	0.5	Século XIX, o Contexto Histórico	25
	2	.3.1.	A Absorção da Economia Local pelos Mercados Nacionais	. 26
	2	.3.2.	A Urbanização	. 28
	2	.3.3.	A Rede de Transporte: as Estradas de Ferro	. 28
	2	.3.4.	A Rede de Comunicação: o Telégrafo	. 29
	2	.3.5.	Corporations, Pools, Holdings e Trusts	. 30
	2.4.	0.5	Sherman Antitrust Act (1890)	33
	2.5.	0 (Clayton Act - 1914	37
	2.6.	O F	Federal Trade Commission Act - 1914	39
3.	. A	A Dou	ıtrina Noerr-Pennington	40
	3.1.	0 (Campo de Incidência do Sherman Act	40
	3.2.	Ea: 42	stern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight (1967	1)
	3.3.	Un	ited Mineworkers of America v. Pennington (1965)	46
	3.4.	Ca	lifornia Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited (1972)	47
4. E	. A UA 5		estrução Jurisprudencial da Sham Litigation pela Suprema Corte de	os
	4.1.	Os	Efeitos Metaprocessuais do Processo	50
	4.2. Pict		ofessional Real Estate Investors, inc., et al., Petitioners v. Columbia	
			&K Construction CO. V. National Labor Relations Board ET AL.	54
5. E			pel Institucional do CADE no Controle de Infrações à Ordem	56
	5.1.	Os	Diplomas Legais	56
	5.2.		Defesa Concorrência como um dos Princípios da Ordem Econômic	
	5.3.	O (Contexto Significativo, o Texto é o Texto e as suas Circunstâncias	

6. C	Conceituação Jurídica de Ilícito Concorrencial no Brasil 6					
6.1.	O ilícito Concorrencial no Brasil	65				
7. A	Aplicação pelo CADE da Sham Litigation	69				
7.1.	Casos de Abuso de Representação Poder Público	69				
7.2.	SINPETRO, Grupo Cascão (Gasol) e Grupo Igrejinha (2004)	69				
7.3.	Valadarense X Oliveira Torres (2006, 2011)	73				
7.4.	Baterias Moura (2007)	75				
7.5.	SEVA SIEMENS (2008)	78				
7.6.	Amitech X Saint-Gobain (2009)	81				
7.7.	Alcoa Alumínio S.A. (2010)	83				
7.8.	Box 3 Vídeo: Shop Tour (2010)	83				
8. C	Conclusão	87				
9. E	Bibliografia	92				

1. Introdução

1.1. Apresentação do Trabalho

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE por diversas vezes utilizou a construção jurisprudencial estrangeira conhecida como *sham litigation*, que nomeia em seu país de origem, os EUA, o manejo abusivo da máquina estatal com a finalidade única de prejudicar a concorrência¹.

Em breves linhas, como cabe a uma apresentação, destaco que o instituto estadunidense da *sham litigation* não existe apenas para indicar quando o Estado deve acolher um pedido, mas, muito além, tem o condão de imputar ilicitude à busca da proteção estatal. A *sham litigation* (1) impõe limites ao direito de petição (direito constitucional de ação) e o (2) faz por meio da reprovação jurídica do ato de peticionar e pela decorrente aplicação de sanções ao peticionário pelo (3) gravame que causou a concorrente.

A *sham litigation*, conforme estabeleceu a Suprema Corte Norte-Americana, considera ilícito um pleito abusivo dirigido a qualquer ente do aparelho estatal. Portanto, pode ser considerado *sham litigation* um agir junto ao Judiciário, ao Executivo ou mesmo junto ao Legislativo.

O CADE, ao importar esse conceito jurídico para os seus próprios votos, e com base nele fundamentar a condenação de pelo menos uma empresa brasileira², fez uso expresso do termo norte-americano *sham litigation*³, configurou o ilícito de modo

_

¹ O instituto da *sham litigation* impõe limites ao exercício do direito de petição, disposto na Primeira Emenda da Constituição dos EUA, o qual garante ao cidadão americano o direito de solicitar ao seu próprio governo o reparo do que reputar injusto.

² A referência aqui é ao Processo Administrativo n. 08012.004283/2000-40, no qual o Plenário do CADE, por unanimidade, determinou a condenação da empresa Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. ao pagamento de multa de R\$ 1.774.312,66 (um milhão, setecentos e setenta e quatro mil, trezentos e doze reais, e sessenta e seis centavos) e à publicação de extrato da decisão condenatória. O voto vencedor, da lavra do então Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, discorreu sobre o instituto da *sham litigation*, mas decidiu não adentrar "na celeuma se se deve ou não importar o instituto de sham litigation, nas exatas proporções, nos restritos moldes norte-americanos ou se é possível ter uma visão mais ampla a respeito do instituto". O referido voto pode ser encontrado em http://www.cade.gov.br/temp/D D000000572781396.pdf

³ O Acordão do CADE proferido no julgamento do Processo Administrativo n. 08012.005727/2006-50 (http://www.cade.gov.br/temp/D D000000524191875.pdf), trouxe a expressão *sham litigation* como um item de sua ementa, como pode se verificar: "Suposta prática de: i) sham litigation, por meio de depósitos de registro de desenho industrial (DI) junto ao INPI, sem requisito de novidade, no segmento de perfis de alumínio destinados a portas e janelas (...)". Da mesma forma, o Parecer ofertado pela Procuradoria

semelhante ao realizado pela Suprema Corte Americana e, por vezes, traduziu literalmente trechos de decisões daquele Tribunal⁴.

Este trabalho é uma análise dessa importação conceitual, é um esforço vocacionado a responder a questão-meta que orienta todo este escrito, a saber: se há identidade entre conceitos de *sham litigation* expressos pelo CADE e o sentido original desse ilícito concorrencial.

Há aqui um levantamento dos distanciamentos e dos contatos entre os sentidos adotados pelo CADE⁵ e as características originais do instituto e - ainda mais importante - uma análise das resistências e permissões impostas pelo ambiente jurídico brasileiro à adesão do CADE à expressividade jurídica estrangeira.

O trabalho está divido em três blocos, no primeiro há uma conceituação do *sham litigation* com base em julgados da Suprema Corte dos EUA, integrando esse preceito jurídico à racionalidade jurídica norte-americana e destacando as particularidades do momento histórico de sua criação. Para isso será apresentada a (1) nomogênese da legislação federal de controle antitruste nos EUA⁶, (2) a formação da Doutrina Noerr-Pennington⁷ e (2.1) a construção jurisprudencial do *sham litigation* pela Suprema Corte dos EUA cujos julgados, desde 1961, definiram originalmente o conceito de *sham litigation*.

Federal junto ao CADE-ProCade, apresentado no bojo do Processo Administrativo n. 08012.004484/2005-51, também fez constar expressamente o termo *sham litigation* em sua ementa e, mais até, subsumiu a prática denominada de *sham litigation* no rol de violações contidas nos art. 20 e 21 da Lei 8.884/94 e, em razão disso, opinou pela condenação da empresa Siemens VDO Automotive Ltda.; textualmente: "EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO – REGULARIDADE FORMAL – INVALIDADE DA GRAVAÇÃO CLANDESTINA – ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE POR ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO (SHAM LITIGATION) – NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CONVITE À CARTELIZAÇÃO – CONDENAÇÃO NOS TERMOS DOS ARTS. 20, INCISOS I E IV C/C ART. 21, INCISOS IV E V, TODOS DA LEI 8.884/94.". O referido parecer encontra-se disponível no seguinte em: http://www.cade.gov.br/temp/D D000000405381405.pdf

⁴ Conforme ocorreu no já referido voto vencedor apresentado no Processo Administrativo n. 08012.004283/2000-40.

⁵ Este trabalho tem como objeto de estudo os votos prolatados pelo CADE. Quando houver necessidade de contextualizar o voto, serão apresentados os pareceres oferecidas pelos diversos órgãos instrutores institucionalmente responsáveis por colaborar com o Plenário do CADE.

⁶ Precisamente, o **Sherman Act**, de 2 de julho de 1890, o **Clayton Act**, de 1914, e o **Federal Trade Commission Act**, de 1914, que criou a Federal Trade Comission-FTC. O **Robinson-Patman Act**, de 1936, e o **Celler-Kefauver Act**, de 1950, ambos serão apenas mencionados, visto terem muito menor importância para o tema aqui analisado.

⁷ Precisamente na seguinte trilogia de casos: (1) "Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.", (NOER), (365 U.S. 127 (1961)); (2) "United Mineworkers of America v. Pennington", (PENNINGTON), (381 U.S. 657 (1965)), e (3) California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, (CALIFORNIA MOTOR), de (404 U.S. 508 (1972)).

No segundo bloco, estão as visões expressas pelo CADE, de 2004 até 2010⁸, em processos administrativos⁹ sobre o manejo abusivo do aparelho estatal na busca de fins antissociais. Neste bloco, serão testadas as aderências dos atuais institutos pátrios ao esforço de radicar o *sham litigation* como uma conduta ilícita anti-concorrencial, tais como exercício regular do direito, abuso do direito, boa-fé, simulação, ato emulativo, direito de petição, direito abstrato de ação, lealdade processual, litigância de má-fé, lobby.

A terceira parte do trabalho é o cotejo hermenêutico entre as duas expressividades jurídicas, um esforço de compreensão recíproca vocacionado a distinguir em que medida a reelaboração intentada pelo CADE manteve fidelidade ao original (apontando coincidências e dissonâncias), e em que pontos a integração do *sham litigation* ao ordenamento pátrio convocou estruturas jurídicas estranhas (ausências) ao ambiente jurídico brasileiro. E, por fim, a conclusão com a reposta à pergunta-meta deste trabalho.

1.2. Metodologia Adotada

Esta pesquisa assume como pressuposto teórico que a aplicação do instituto do *sham litigation* pelo CADE só pode ser intentada por meio de interpretação jurídica, precisamente, por meio da hermenêutica jurídica.

Dizer isso importa em assumir que a tarefa de significar comportamentos como ilícitos tem de ser erigida por meio do esforço de compreensão (*Verstehen*)¹⁰ de manifestações da expressividade humana, noutro dizer, de objetivações do espírito (*nómos*), e não pode ser pautada pela razão própria das ciências exatas ou naturais (*Erklären*), as quais buscam matematizar o nexo causal de fenômenos físicos por meio de leis sintéticas e

-

⁸ O primeiro caso em que o CADE se aproximou do tema da *sham litigation* foi o Processo Administrativo n. 08000.024581/1994-77, que versou sobre ação concertada dos postos de combustíveis do Distrito Federal-DF e, também, do Sindicato do Comercio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal, os quais se uniram para engendrar esforços junto ao govenador do DF "contra o hipermercado CARREFOUR, para que esse não pudesse ingressar no segmento de revenda de combustíveis automotivos no Distrito Federal." Em 2010 o CADE realizou sua primeira, e até agora única, condenação por abuso do direito de representação.

⁹ Cabe esclarecer que, apesar de todo processo em curso no CADE ser, por definição, um processo administrativo, o dia-a-dia do Conselho tornou esta expressão reservada **apenas** para processos administrativos (PA) que versem sobre eventuais ilícitos concorrências (comportamentais). Os processos administrativos que tratam de atos de concentração (estruturais) são chamados de AC.

¹⁰ A razão de usar as palavras "Verstehen" e "Erklären" é direta referência ao sentido dado a esses termos por Wilhem Dilthey (1833-1911), quando distinguiu o modo de pesquisa das ciências humanas do das ciências naturais.

universais vocacionadas a descrever, com a uniformidade das regularidades mecânicas, determinados fatos da natureza (*phýsis*) isoladamente considerados, os quais são tomados como se existissem independentemente do pesquisador¹¹ que, em nome de um critério de objetividade, não dialoga com seu objeto de estudo, mas o disseca.¹²

A tarefa hermenêutica, pelo mais perfeito contrário, não cobra apenas tolerância do intérprete, mas demanda-lhe abertura de espírito, exige-lhe conexão empática capaz de carregar a compreensão que por meio dela se faz. E aliado a esse *iter* verdadeiramente humano, essa sintonia de ideias, essa reelaboração que pressupõe alguma identidade (superposição de universos culturais) entre as identidades (individualidade do autor e do intérprete); há sempre a necessidade de um espírito crítico permanentemente alerta, de empenho racional movido pela sincera vontade de buscar o sentido (*Sinn*) do texto¹³ que se expressa em um dado momento histórico.

Em claro dizer, há aqui uma postura antipositivista de reconhecer diferenças entre as abordagens das ciências exatas e das ciências humanas no esforço pelo entendimento. Todo o trabalho baseia-se nessa distinção entre esses modos de racionalização (*ratios*), e isso não representa um apuro metodológico ocioso, mas sim a firme aspiração de manter as bases da pretensão de validade jurídica dentro do mundo da linguagem,

_

¹¹ Essa estanqueidade entre o pesquisador e o objeto de estudo foi questionada dentro das ciências exatas em 1927, precisamente com a publicação do Princípio da Incerteza de Heisenberg (1901 - 1976), cujos resultados de experimentos subatômicos não se mostraram coerentes com a metodológica partição cartesiana da realidade em *res cogitans (coisa que conhece)* e *res extensa* (aquilo que é conhecido). Traços dessa nova postura podem ser percebidos em PEAT (2002:17): "Bohr and his colleagues in Copenhagen adopted a position close to that of the postmodern reader. The "properties" of the electron are not objective and independently existing, but arise in the act of observation itself. Without this act of observation, or creative "reading," the "properties" of an electron could not be said to exist as such." (grifos deste). Em livre tradução: Bohr e os colegas dele em Copenhague adotaram uma posição semelhante à de um leitor pós-moderno: as "propriedades" do elétron não existem objetiva e independentemente, mas surgem no ato de observação; sem este ato de observação, ou sem a "leitura criativa", não se poderia dizer que as "propriedades" de um elétron de fato existissem.

¹² Em livre referência a PALMER (1999): "Esquecemos que a obra literária não é um objeto manipulável, completamente à nossa disposição; é uma voz humana que vem do passado, uma voz à qual temos de certo modo que dar vida. O diálogo, e não a dissecação, abre o universo da obra literária."

¹³ O termo "textos" quer aqui significar formas representativas. E a expressão "formas representativas", por sua vez, tem o sentido atribuído por Emilio Betti (1890-1968) como pode ser lido em BETTI (2007: XXXIV): "a interpretação só pode se dar diante de uma forma representativa — onde a palavra "forma" deve ser entendida no sentido extremamente amplo delineado pelo meu saudoso amigo Adelchi Baratono, de relação unitária de elementos sensíveis, idônea para conservar a marca de quem a criou, e a qualificação ou função "representativa" deve ser entendida no sentido de que, por meio da forma, deve manifestar-se a nós, apelando para nossa compreensão, outro espírito diferente do nosso e, no entanto, intimamente semelhante ao nosso. Somente mediante formas representativas assim concebidas é que os homens conseguem entender-se entre si e construir, nas relações reciprocas, comunhões de espiritualidade." (grifos deste).

exatamente porque é o mundo da linguagem o único espaço possível do debate¹⁴, ou seja, é o ambiente do agir político democrático no qual são demarcados os horizontes de liberdade da vida humana¹⁵. E para servir a tais horizontes existe o Direito.

1.2.1. Teoria Geral da Interpretação Jurídica de Emilio Betti

A base teórica desta pesquisa é a Teoria Geral da Interpretação Jurídica do Professor Emilio Betti, precisamente, os cânones hermenêuticos fundamentais que aqui servem de guia para atividade de extrair sentido de expressividades jurídicas.

Assim, tanto a tarefa de compreender os julgados da Corte norte-americana, quanto o esforço de interpretar os atos administrativos proferidos pelo CADE, ambas as ações foram pautadas pelos quatro cânones hermenêuticos fundamentais componentes da disciplina compreensiva de interpretação jurídica sistematizada pelo jurista Emilio Betti¹⁶, que a seguir elenco e descrevo¹⁷:

- I. O Cânone da Autonomia Hermenêutica do Objeto.
- II. O Cânone da Coerência do Sentido (Princípio da Totalidade).

¹⁴ A necessidade de assegurar a ação (*práxis*) no espaço do debate democrático, que é por excelência o espaço da liberdade intersubjetiva, como "a fonte de critérios para o exercício da autoridade estatal" FRAZÃO (2006:19) e, com isso, servir aos Princípios Constitucionais de liberdade individual e de uma solidariedade que esteja entranhada na rede de relações humanas que plasma o convívio social, permitindo, assim, a existência das condições necessárias para que as pessoas possam efetivamente usar de autonomia para edificar seus próprios planos de vida (emancipação), mereceu a atenção de FRAZÃO (2006:275), em cuja obra o desenvolvimento da possibilidade humana de empreender, de tornar real, de realizar, não é conceituado como um "upgrade" dos fatores de produção, mas comparece como razão de ser para o Direito: "Outro ponto que precisa ser destacado é que, em um contexto de Estado democrático de direito, a economia não pode se fechar em um discurso técnico ininteligível e em esquemas matemáticos a respeito dos quais não existe nenhuma discussão. Pelo contrário, deve oferecer alternativas viáveis e compreensíveis não apenas para os juristas como também, e principalmente, para toda sociedade."

¹⁵ Hannah Arendt (1906-1975) lamentou a perda de poder das palavras, da relevância do discurso, na condução dos assuntos públicos e o triunfo de modernas "verdades" sobre o mundo apresentadas em fórmulas matemáticas cada vez mais impronunciáveis em linguagem humana corrente. A razão desse lamento foi o medo de que isso torne a humanidade refém das engrenagens teóricas de sua própria tecnologia, nas palavras de ARENDT (2007:11): "passaremos, sem dúvida, à condição de escravos indefesos, não tanto de nossas máquinas quanto do nosso *know-how*." Bernard Crick (1929-2008) apontou o risco de que a busca por objetividade e certezas a qualquer preço possa desnaturar a política em um simulacro de ciência, o qual chamou de "cientificismo", e lembrou que "as ideologias totalitárias são, em grande parte, uma perversão da ciência" CRICK (1981:65).

¹⁶ Em livre tradução das expressões "The Canon of the Hermeneutical Autonomy of the Object"; "The Canon of the Coherence of Meaning (Principle of Totality)"; "The Canon of the Actually of Understanding"; "The Canon of the Hermenutical Correspondence of Meaning (Meaning-Adequacy in Undestanding)".

¹⁷ Os dois primeiros cânones vinculam e subordinam o intérprete, os dois últimos regram a autonomia e a espontaneidade da interpretação.

- III. O Cânone da Real Compreensão.
- IV. O Cânone da Harmonização da Compreensão Correspondência e
 Concordância Hermenêuticas.

1.2.1.1. O Cânone da Autonomia Hermenêutica do Objeto

Este cânone, também chamado de Cânone da Imanência das Normas da Hermenêutica, declara a "superioridade do pensamento imanente à declaração em relação ao documento abstratamente considerado" (BETTI, 2007, p. XLIII).

Para Betti, o texto vale mais pela mensagem que transporta e delimita, mas não encerra, do que pela declaração em que se materializa. Para interpretação, a pronúncia emitida, pertencente ao mundo físico, importa; mas importa menos do que o conteúdo que por meio dela se revela. E é a mensagem, o conteúdo do texto, "o dote espiritual a ele confiado" (BETTI, 2007, p. XXXIII), que deve ser analisado com base nas circunstâncias de sua criação.

O significado não deve ser inserido no texto (na forma representativa, na objetivação da mente) com base em padrões abstratos de sentido, mas deve sim ser dele extraído levando-se em conta o contexto, os propósitos e as condições de desenvolvimento do texto¹⁸. A interpretação deve se subordinar ao texto, o qual deve ser compreendido "na sua autonomia, segundo sua própria lei de formação, sua necessidade, sua coerência e a sua racionalidade interiores" (BETTI, 2007, p. XLIV), ou seja, ou seja, o texto é um objeto histórico.

Este cânone aponta para necessidade do intérprete de reconhecer o texto como uma realização humana e histórica, sempre criado em razão de interesses e voltado para

¹⁸ Conforme expresso por BETTI (1990:164): Since meaning-full forms, as the object of interpretation, are essentially objectivations of mind and, in particular, manifestations of some thought-content, it is clear that they have to be understood with reference to that other mind that has been objectivated in them, and not in relation to any meaning the form itself may acquire if abstracted from the representational function it had that thought. Em tradução livre: Como as formas representativas, tomadas como objeto de interpretação, são essencialmente, objetivações do espírito e, em particular, manifestações do pensamento, é claro que têm de ser compreendidas em relação a essa outra mente que nelas objetivou seus próprios pensamentos, e não com base em qualquer outro sentido que o texto possa tomar se considerada abstratamente alienado da função representativa que teve para mente que o elaborou.

cumprir um propósito, ainda que nem sempre seja um propósito conscientemente intentado pelo autor¹⁹.

A razão de ser da lei, ou seja, a "vontade" que se expressa por meio da norma não é, contudo, um fato psicológico, mas um preceito ou critério normativo. Por isso, quando se busca a "intenção do legislador" não se trata de evocar os espíritos dos homens que registraram a lei, mas de buscar encontrar o ponto de ponderação definido pela lei para avaliar e resolver um determinado conflito de interesses.

1.2.1.2. O Cânone da Coerência do Sentido (Princípio da Totalidade).

Este cânone assume que deve haver uma unidade de sentido (coerência) entre o todo do texto e as suas partes componentes. E essa identidade permite buscar o "recíproco esclarecimento de significado entre o todo e os elementos constitutivos" (BETTI, 2007, p. XLVI) do texto, por meio de "perene referência das partes ao todo" (BETTI, 2007, p. 37) e vice-versa.

O processo interpretativo, em razão disso, é uma marcha cíclica do pensamento em busca do desenvolvimento da compreensão²⁰, ora analisando as partes à luz do todo, ora analisando o todo à luz das partes, repetidamente visitando a obra inteira (*to skim*) e o seus fragmentos (*to scan*) e, por meio da reiteração nesses ciclos de apreciação, continuamente aprimorando as interpretações iniciais²¹.

⁻

¹⁹ Em larga e livre analogia a um <u>único</u> e específico ponto do pensamento marxista, qual seja, o fetiche da mercadoria, pode se dizer que este cânone cuida de romper (desmistificar) a ilusão (fetiche) de que um artefato humano possa ser compreendido como um dado em si, como algo (coisa) cuja simples aparência material se basta como fonte de significados, "como uma coisa trivial, imediatamente compreensível", MARX (sd:79). Tanto o conceito marxista quanto este cânone, ambos apelam para que se mantenha clareza de que o artefato é "algo ao mesmo tempo perceptível e impalpável", MARX (sd:79), e que ele representa uma relação entre pessoas (produtores, consumidores; autor, intérprete) e não, como as aparências indicam, uma relação entre pessoas e uma manufatura (texto ou mercadoria).

²⁰ Conforme expresso por BETTI (1990: 165): "the meaning of the whole has to be derived from its individual elements, and an individual element has to be understood by reference to the comprehensive, penetrating whole of which it is part." Em tradução livre: o significado do todo deve ser extraído dos seus elementos individuais e cada elemento individual deve ser entendido por meio de referência ao todo do qual é parte.

²¹ Esse cânone impõe amálgama entre as partes e do todo. Não há como desmontar o texto em partes mais simples e, daí, analisá-las para conseguir a habilidade de remontá-lo. Não é possível lidar com o texto como se, tal qual um relógio, fosse um mecanismo feito de peças. A separação entre o que é o papel das partes e o que é papel do todo no "funcionamento" do texto não possui arestas tão nítidas, nem tais papéis, tampouco, se ligam, se relacionam, por meio de encaixes tão bem definidos.

O esforço de análise do intérprete, portanto, deve percorrer um "círculo de reciprocidade hermenêutica" (BETTI, 2007, p. XLVI) entre cada elemento e o todo do texto inteiramente considerado, extraindo nesse percurso reentrante de correlações interpretações provisórias que interagem em mútua e decrescente mutabilidade dependente.

Desse encadeamento de correspondências entre as frações e o inteiro emerge um sentido que é onipresente no texto: o sentido colhido "assiste inteiro em qualquer parte" da obra. E a onipresença (no texto) do sentido unifica o conjunto de normas em vigor, que por isso pode ser percebido como um sistema orgânico, uma "concatenação produtiva em movimento" (BETTI, 2007, p. 37), um ordenamento capaz de oferecer pontos de vistas sistêmicos (*ratio iuris*) e, assim, recepcionar normas supervenientes, que atribuam novos conteúdos e repercutam no ordenamento no qual se integrarão e, também, excluir interpretações que conflitam com a coerência do sistema normativo. Ambas as situações podem se verificar quando da aplicação de normas derivadas de sistemas jurídicos estrangeiros²³.

1.2.1.3. O Cânone da Efetiva (Real) Compreensão.

Este impõe ao intérprete o dever de refazer o percurso de concepção do texto para, com base nas próprias experiências, ativamente reconstruir o sentido, que deverá ser reanimado, integrado e adaptado ao do contexto social e jurídicos presentes.

Betti aponta que, de modo distinto do o que ocorre com a interpretação histórica, a interpretação jurídica necessita sempre atualizar o conteúdo das normas, integrando-as à vida social atual, pois é no presente que elas serão aplicadas²⁴. E isso confere ao

_

²² Trechos do poema "Ao Braço do Mesmo Menino Jesus Quando Appareceo", de Gregório de Matos Guerra (1636-1695): MATOS (1999:67).

²³ Conforme expresso por BETTI (1990:166): "This is especially so in cases where interpretation have to be excluded which would conflict with the consistency of a system that has been established with the aids provided by legal dogmatic, and that contains the norm in question; this is case, for example, when the application of particular norms derivable from other legal systems – in accordance with the directives of international private law – has to be excluded in so far as it would conflict with the spirit of one's own legal order. Em livre tradução: É assim nos casos em que uma dada interpretação tem que ser excluída por estar em conflito com a consistência do sistema que contem a norma que se busca interpretar. Este é o caso da interpretação - feita com base nas regras de Direito Internacional - de normas derivadas de outros sistemas legais que se mostrem em conflito com a ordem legal onde se buscar radicar a norma a ser transplantada.

²⁴ Segundo apresentado em BETTI (2007:LVIII/LIX): "O ponto saliente da diferença entre interpretação histórica e jurídica resume-se no seguinte: que na primeira se trata unicamente de reevocar na sua

intérprete jurídico papel criativo maior do que aquele que é desempenhado pelo historiador²⁵.

Essa integração da norma ao momento presente, por meio desse esforço criativo realizado pela subjetividade do intérprete, é o que fornece longevidade à eficácia dos textos legais.²⁶ Pois a letra da lei (e não a mens originaria), ao ser invadida pela "potência normativa da legislação (...) permanece formalmente imutável, mas se integra e é preenchida por um espírito diferente, conforme o espírito da época e da sociedade para a qual a norma é destinada a valer" (BETTI, 2007, p. 32), preservando assim a tradição que se solidificou no formato imutável do texto, mas mantendo aberto o sentido para o tempo presente, fornecendo a norma uma "perenidade móvel".

Esse cânone não nega "a própria autonomia do objeto a ser interpretado, a sua historicidade, a sua alteridade em relação ao sujeito" (BETTI, 2007, p. LIV) que o interpreta, mas defende que a espontaneidade e a subjetividade, do intérprete são condições indispensáveis para interpretação. Isso porque, para Betti o "ordenamento jurídico não é algo pronto e acabado" (BETTI, 2007, p. 45), mas sim "algo que não é, mas se faz, em concordância com o ambiente social historicamente condicionado, justamente por obra assídua da interpretação" (BETTI, 2007, p. 45).

autonomia, de reconstruir na sua totalidade, de integrar na sua originária coerência o sentido - concluído em si – da forma representativa, o pensamento que nela se exprime; em contrapartida, na interpretação jurídica de um ordenamento vigente, não se pode deter para relembrar o sentido originário da norma, mas deve-se dar um passo adiante, pois a norma, longe de exaurir-se na sua formulação primitiva, tem vigor atual juntamente com o ordenamento de que faz parte e destina-se a passar e a transfundir-se na vida social, a cuja disciplina deve servir. Nesse caso, portanto, o intérprete ainda não terminou de cumprir sua tarefa depois de reconstruir a idéia originária da fórmula legislativa - o que também deve fazer -, mas deve, em seguida, sintonizar aquela idéia com a atualidade presente, infundindo nela a vida desta, pois é justamente à atualidade presente que a avaliação normativa deve referir-se."

²⁵ Conforme expresso por BETTI (1990:186): "The supposed analogy of historical and normative-judicial hermeneutics is indeed based on self-deception. That the application of the law demands a legal interpretation that is related to the present and to contemporary society follows by necessity out of the function of the law as the ordering of co-existence in a human community"

²⁶ Conforme expresso por BETTI (2007:43): "Quanto mais a fórmula se distancia no tempo da presente atualidade, tanto mais ela precisa ser integrada e "enriquecida" mediante uma eficiente colaboração do intérprete. (...) Justamente a interpretação cumpre a tarefa de manter eficazes as leis e fazer com que elas vivam na realidade histórica e social."

1.2.1.4. O Cânone da Harmonização da Compreensão – Correspondência e Concordância Hermenêuticas.

O quarto cânone hermenêutico de Betti orienta o intérprete a uma "abnegação de si e (...) dos próprios preconceitos e hábitos mentais que servem de obstáculo" (BETTI, 2007, p. LV). à interpretação e, ao mesmo tempo, à adoção de uma "disposição congenial e fraterna para com aquilo que é objeto de interpretação" (BETTI, 2007, p. LV) e assim, buscar "estreita relação com o estímulo que recebe do objeto".

Segundo Betti, "para conseguir entender, o intérprete deve penetrar no espírito que lhe fala e se transferir para ele" (BETTI, 2007, p. LV), deve, portanto, possuir a grandeza mental necessária para compreender, pois "somente um espírito de mesmo nível e congenialmente disposto tem condições de entender, de modo adequado, o espírito que lhe fala." (BETTI, 2007, p. LV), pois intérprete "não é capaz de reencontrar no objeto aquilo que já não carrega virtualmente em si mesmo" (BETTI, 2007, p. LVI).

Evidente, o acervo de experiências pessoais adquirido ao longo e uma vida não fornece conteúdo mental para extrair pleno sentido de todas as expressividades humanas; Betti, neste ponto, relembra máxima de Goethe e afirma que "só a humanidade como um todo pode compreender completamente um produto humano"²⁷.

18

²⁷ Conforme expresso por BETTI (1990:193): "We, in addition, may remind ourselves of the eternal truth expressed by Goethe when he stated that it is only the whole of mankind that is in a position to completely understand a human product."

2. Gênese da Legislação Federal de Controle Antitruste nos EUA

2.1. Coisas, Mercadorias e Teoria Econômica.

Analisar ilícitos concorrenciais, que é o desafio aqui, impõe dois desafios anteriores: um, apresentar uma definição de mercado; outro, apresentar uma compatibilização possível entre os discursos jurídicos e econômicos quando do trato conjunto deste conceito chamado mercado. Essas são as duas próximas tarefas que este texto pretende cumprir. Na sequência, investigar como o Parlamento dos EUA resignificou juridicamente conceitos econômicos e implantou a legislação americana de defesa do livre-mercado.

"Iniciemos o exame da questão com a seguinte consideração: cada coisa que possuímos tem dois usos. Ambos esses usos pertencem a coisa, mas não da mesma maneira, pois um é próprio, conforme sua destinação, e outro é impróprio ou desviado para algum outro fim. Por exemplo, o sapato pode ser usado para ser calçado ou pode ser usado para ser vendido; no segundo caso não é o seu uso próprio, pois ele não foi feito para servir ao comércio." (ARISTÓTELES, 2007, p. 68)

Com esse texto Aristóteles abriu a dissociação entre o valor de uso (utilidade) e o valor de troca (preço). E apontou o valor de troca como atributo da coisa e o valor de uso como uma propriedade imanente da coisa.

Cabe de logo notar que o uso não é aqui tomado como uma categoria ontológica. O uso é o resultado de posturas culturais e de determinado padrão tecnológico: vacas não servem como alimento na Índia e petróleo não era fonte de energia na Roma dos Césares. Mas, apesar disso, parece mesmo aceitável assumir que, em regra, a perenidade do valor de uso é maior do que a inércia temporal do valor de troca, ainda que ambos sejam atributos que adjetivam e não propriedades que ontologicamente singularizam.

O conceito econômico de mercado é o de um sistema impulsionado pelo **valor de troca** de coisas (*res*) e serviços passíveis de serem expostos à sua dinâmica, ou seja, mercado é um mecanismo tangido pela aparência de uma particular faceta do valor das

mercadorias, o valor de troca. E o valor de troca de uma mercadoria é o custo de oportunidade envolvido em sua compra.

As mercadorias podem também ser analisadas pelo seu **valor de uso**, que representa o quanto uma mercadoria pode ser útil ao ser humano, em outro dizer, o quanto o seu uso e gozo importam para alguém.

Não há porque confundir, nem dentro nem fora da teoria econômica, o valor de uso (referente às faculdades de usar (*Jus utendi*) e usufruir (*Jus fruendi*), que é bastante individual, com o valor de troca (que quantifica a faculdade de dispor (*Jus abutendi*), que é o mesmo para uma dada coletividade, fazer isso exigiria desconsiderar ou a utilidade marginal decrescente da moeda ou a existência de assimetria entre os patrimônios de compradores de bens idênticos.

A diferença ganha ainda maior nitidez quando se pensa em telefones. É fácil ver que cada aparelho vendido para um novo usuário acresce utilidade para os demais donos. Afinal, quanto mais aparelhos estiverem habilitados, maior será o número de chamadas possíveis, maior será a rede de ligações à disposição de cada usuário. Com a chegada da telefonia móvel, cada telefone passou a poder contatar pessoas em locais até então inacessíveis, ampliando assim o valor de uso (utilidade) de cada aparelho. Mas apesar disso, não é possível afirmar que isso resulte em aumento do valor de troca dos aparelhos. O fato de os aparelhos possuírem cada vez maior valor de uso (utilidade) não é condição suficiente para o aumento dos seus valores de troca.

Outro exemplo é o de um bem que possa tanto ser adquirido para uso próprio (compra pelo consumidor final) quanto como ferramenta para produção ("Capital - K"). O bem terá o mesmo preço (valor de troca) para ambos os tipos de compradores, apesar dessa diferença no emprego do bem (valor de uso) criar dois "bens" completamente distintos do ponto de vista econômico.

Hoje, ainda mais do que no passado, a moeda apresenta a singularidade de ter valor de troca, mas não possuir valor de uso. Por isso, ao se precificar - ou seja, mensurar usando uma moeda como parâmetro de medida - um bem ou serviço, muito provavelmente se estará reduzindo a percepção do seu valor ao valor de troca, pois essa é a dimensão (e uma das funções) por excelência da moeda. Quando os bens além de precificados forem também considerados como mercadorias, ou seja, forem tomados como objetos do

mercado, então, aí inevitavelmente os bens estarão sendo considerados apenas com base nos seus valores de troca, pois essa é única dimensão que o mercado é capaz de relevar. Pretender diferente é tão sensato quanto buscar extrair o sabor doce da fotografia de uma maça.

Portanto, merecem cuidadosa atenção afirmações como à do economista N. Gregory Mankiw sobre a ação de cambistas de ingressos para o jogo de basebol. Segundo Mankiw os cambistas colaboram com o bom **funcionamento do livre mercado** ao produzirem uma alocação mais eficiente de recursos (MANKIW, 2011, p. 148):

Cambismo: para assegurar uma alocação eficiente dos recursos, uma economia deve destinar as diversas mercadorias – nisso incluindo ingressos para jogos do Red Sox (time de basebol) – aos consumidores que lhes deem maior valor ("tradução livre")²⁸.

A diferença entre valor de uso e valor de troca importa na leitura do parágrafo acima. O fato de um rico empresário estar disposto a pagar 1000 reais por um ingresso não significa que ele valorize (valor de uso) esse ingresso mais do que um estudante disposto a pagar apenas 50 reais.

Não só as mercadorias, mas os objetos podem ainda possuir **valor simbólico**. A própria moeda tem forte conteúdo simbólico. Hinos e medalhas, praças e canções, bíblias e o acervo dos museus são algumas das muitas criações culturais impregnadas de sentido histórico/antropológico/moral. E ainda que cruzes, bandeiras e fotos possam ser vendidas, possam ser tomadas como mercadorias, há valor simbólico encarnado em tais bens e esse valor não guarda qualquer relação com a sua serventia para uso individual ou com a sua capacidade de troca por outros bens.

É disso que provem a diferença entre taxas e multas de mesmo valor monetário. Ainda que ambas possam ser idênticas quanto ao custo que diretamente causam no orçamento de quem as recebe, apesar dessa identidade contábil, taxas e multas diferem completamente em seu valor simbólico. A multa é um atestado de reprovabilidade; a taxa, não. A diferença não só representa a existência de incentivos comportamentais alheios à lógica dos incentivos do mercado, mas a existência de normas de intenção

-

²⁸ Segue o texto no original: Ticket Scalping: To allocate resources efficiently, an economy must get goods - including tickets to the Red Sox - to the consumers who value them most highly

pedagógica vocacionadas a formar posturas interiores sobre o que seja considerado correto. Essa diferença de sentido entre multa e taxa, que é uma diferença fundamentalmente moral, ocorre no espaço dos valores simbólicos e pode escapar à uma análise dedicada apenas a precificar.

Por essa razão, apesar de a oferta e de a demanda de mão de obra constituírem um mercado em sentido econômico, a legislação americana (§6, Clayton Act - The Labor Exemption) expressamente afastou o controle antitruste dos acordos sindicais de fixação de piso salarial (não reconheceu tais acordos como cartéis de preços), afinal, os trabalhadores não podem ser equiparados a mercadorias (*res*)²⁹. Essa diferenciação não é econômica, é moral; não resultou da descoberta de um fato da natureza (empírico), mas de um fato histórico, e revela contornos da realidade jurídica que nos abarca.

A importância de lembrar a existência de diferenças morais é bem revelada pelo editorial "Mum's the word: when children should be screened and not heard", da revista "The Economist" (edição de 5 de dezembro de 1998, p. 20)³⁰, que considerou as crianças, assim como celulares e cigarros, produtoras de externalidades negativas em restaurantes e aviões: o barulho que fazem quando choram em locais públicos é um custo distribuído ineficientemente pela mão-invisível do mercado e, por isso, os bebês devem sofrer regulação estatal, seja pela criação de zonas livres de crianças (*child-free zones*) seja por maior taxação das – assim consideradas – unidades emissoras de poluição sonora.

Em respeito ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, o uso do termo mercado será aqui visto como tratando apenas de troca de objetos (*res*), jamais de pessoas. E mesmo os objetos, melhor dito, a propriedade será considerada não apenas pelo seu valor de troca, mas também pelo seu valor de uso e pelo seu valor simbólico.

⁻

²⁹ O texto original: "Antitrust laws not applicable to labor organizations (§ 6 of the Clayton Act) - The labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws."

³⁰ Disponível nesta data no endereço eletrônico: http://www.economist.com/node/178005

O economista Alfred Marshall demarcou bem o campo da microeconomia ao reconhecer que "não é bom" estender o significado de valor para além do sentido valor de troca, nas palavras do próprio Marshall (MARSHALL, 1985, pp. 126,127):

§ 6. A noção de Valor está intimamente relacionada com a de Riqueza; e pouco pode ser dito sobre isto aqui. "A palavra Valor", diz Adam Smith, "tem dois diferentes significados: algumas vezes expressa a utilidade de certo objeto em particular, e outras, o poder de adquirir outras coisas que a posse de tal objeto representa". Mas a experiência tem mostrado que não é bom o uso da palavra no primeiro sentido.(grifos deste)

O valor, isto é, o valor de troca de uma coisa em termos de outra num lugar e tempo qualquer, é a quantidade da segunda coisa que pode ser obtida ali e na ocasião dada, em troca da primeira. Assim, o termo valor é relativo e exprime a relação entre duas coisas num lugar e tempo determinados.

Esse será o sentido de valor a ser adotado aqui quando se tratar da análise microeconômica. O mercado em sentido econômico é movido por opções, por escolhas. O livre mercado é o ambiente das livres escolhas. Mas não se perderá de vista, portanto, que a comida para o faminto e o remédio para o doente, antes de serem mercadorias, são direitos.

E para ingressar na teoria econômica, seguirei os economistas D.N. McCloskey (A Retórica da Economia) e Pérsio Arida (A História do Pensamento Econômico como Teoria e Retórica). A teoria econômica será aqui vista como uma retórica ("retórica entendida no sentido aristotélico como a arte de convencer e persuadir") (ARIDA, 2003, p. 11) formada ao longo dos séculos pela competência persuasiva de um núcleo de regras de oratória.

O trabalho de Arida, avançando no chamando "projeto retórico da economia" aberto por McCloskey, apontou às imposturas e limitações metodológicas do dogmatismo positivista (a validação epistemológica pelo empirismo da falseabilidade popperiana e a construção argumentativa moldada por uma racionalidade puramente silogística), segundo o qual cabe à economia apenas alargar uma "fronteira do conhecimento" (ARIDA, 2003, p. 16) (tal fronteira seria a "verdade posta pelo passado da disciplina") (ARIDA, 2003, p. 19) formada pela superposição de respostas que por "superação

positiva"³¹ resolverem/sepultaram as controvérsias econômicas do/no passado. Nesse trabalho Arida também apontou a esterilidade de um estudo das "visões abrangentes do mundo econômico" (ARIDA, 2003, p. 18) forjadas ao longo da história ("matrizes básicas da teoria econômica") (ARIDA, 2003, p. 18), quando tais grandes narrativas são tomadas - num claro erro hermenêutico - como acima de qualquer possibilidade de atualização ou contraste (fazer das obras clássicas "Guias" para o exercício infatigável e monológico de diversas profissões de fé).

O artigo do professor Pérsio Arida finda por oferecer critérios de validação para a teoria econômica, pedras de toque da qualidade científica, baseados na capacidade da teoria em formar compreensões intersubjetivas, reconhecendo, assim, a teoria econômica como um fenômeno linguístico. O que aqui se acompanha.

2.2. O Mercado

Mercado não significa um conjunto de compras e vendas. Trocas remuneradas podem acontecer entre internos de um hospital, mas isso não permite dizer que exista um mercado entre os pacientes. Na Europa feudal, por exemplo, podiam ocorrer, e ocorreram, vendas de terras, mas não existiam terras à *venda*. Até o século XIV, apesar de eventuais compradores e vendedores terem ocasionalmente pactuado transações fundiárias, não havia oferta e demanda³² por terras. As terras foram objeto de contratos, mas não eram objeto da mercancia. Havia compra e venda, mas não havia mercado.

Mercado é uma rede idealizada de trocas regida por um sistema de preços. E sistema de preços é - como legou HAYKE³³ - um mecanismo de transmissão de informação.

O sistema de preços conecta os diversos contratos em uma rede e, dessa forma, revela nexos nas escolhas e nas barganhas realizadas pela sociedade. É o sistema de preços que permite a essa abstração chamada mercado a capacidade operar como se fosse capaz de

_

³¹ Segundo ARIDA (2003:20) "Por superação positiva entende-se que a resolução da controvérsia faz emergir sua verdade; e que esta verdade, entendida como o saldo".

³² Os conceitos de "oferta" e "demanda" revelam propensões à compra e à venda, e não ações de compra e venda em si. São conceitos sobre as motivações (motivo de ações) à compra e à venda. Dizer que não havia oferta e demanda de terras é dizer que não havia propensões generalizadas, disposição psicológica coletiva, à compra ou à venda de terras.

³³ Nas palavras do próprio Hayek, retiradas de seu artigo "The Use of Knowledge in Society", de 1951: "We must look at the price system as such a mechanism for communicating information if we want to understand its real function - a function which, of course, it fulfils less perfectly as prices grow more rigid."

processar a incomensurável quantidade de informação pulverizada entre as pessoas e, assim operando, realizar a fundamental e abstrusa tarefa de distribuir (alocar) riqueza material. É o sistema de preços que orienta as **opções** das pessoas quanto à troca de bens e coordena o movimento da metafísica mão invisível Smithiana. E o movimento da mão invisível, impulsionada pela rivalidade entre agentes econômicos em busca de maior eficiência produtiva, é o objeto de estudo da análise microeconômica.

O abuso de poder de econômico, tema deste trabalho, na conceituação da teoria econômica clássica é uma forma de restrição à liberdade de movimento da mão invisível, é um engessamento no funcionamento ideal de um mecanismo teórico chamado mercado.

Portanto, já pode agora ficar aqui bem assentado que, do ponto de vista da teoria econômica, a garantia de poder contratar, de poder pactuar negócios, não se confunde com a garantia para o todo da sociedade de que a riqueza produzida pelo esforço conjunto será distribuída por meio da competição entre os que ofertam e os que demandam, ou seja, por meio do mercado. Essa diferenciação é ainda mais nítida para o direito: o conjunto de direitos subjetivos (direitos de primeira-geração) relativos aos contratos de compra e venda, e de todas as demais transações que movimentam os diversos negócios, não é da mesma natureza jurídica do direito metasubjetivo ao livre funcionamento de um sistema de preços, à economia de mercado (direito de terceirageração), em outras palavras, o direito à existência de concorrência entre as empresas.

2.3. O Século XIX, o Contexto Histórico

A chegada do telégrafo, precedida por uma evolução dos correios, criou um grande fluxo de comunicações instantâneas; os canais, os barcos a vapor e principalmente as estradas de ferro encurtaram distância; as dimensões de tempo e espaço dentro do qual a economia operava foram alteradas e essas alterações inseriram, em algumas décadas, uma colossal quantidade de novos dados a esse "mecanismo de transmissão de informação" que é o sistema de preços.

O surgimento do Sherman Act, em 2 de julho de 1890, inaugurando a construção da legislação antitruste americana, foi a resposta legislativa à essa grande transformação econômica e social. E para compreender o sentido dessa legislação, é necessário analisá-

la com base nas circunstâncias de sua criação, conforme estabelece o Cânone da Autonomia Hermenêutica do Objeto.

Como definindo no capítulo anterior, o significado da legislação antitruste não pode ser alcançado por meio de padrões abstratos de sentido, mas deve ser extraído levando-se em conta o contexto, os propósitos e as condições de desenvolvimento do texto (BETTI, 1990, p. 164). A interpretação deve reconhecer o texto da legislação em sua condição de objeto histórico criado em razão de interesses e voltado para cumprir propósitos. Por isso, os itens seguintes são uma passada em revista pelas mudanças estruturais da economia americana que deram causa a essa legislação.

2.3.1. A Absorção da Economia Local pelos Mercados Nacionais

O século XIX marcou uma enorme mudança no mundo dos negócios norte-americanos. Em cem anos a economia americana deu um salto. O país deixou de ser predominantemente rural para se tornar uma nação industrial e exportadora. Por volta de 1800, não havia uma única empresa nos EUA que detivesse mais de 10% da produção do mercado manufatureiro. Cem anos depois, em 1904, havia 78 empresas controlando mais da metade da produção total dos seus respectivos mercados; 57 delas com pelo menos 60% do mercado onde atuavam e 28 companhias controlavam 80% ou mais de seus mercados (HEILBRONER, 2012, p. 80).

Em vinte anos, de 1880 a 1900, o número de indústrias têxteis caiu em dois terços. No mesmo período, o número de fabricantes de implementos agrícolas caiu 60% e a quantidade de fabricantes de artigos de couro, em 75%. No setor de locomotivas, havia apenas duas empresas em 1900, contra dezenove em 1860. O ramo de biscoitos, que era completamente pulverizado por pequenas empresas passou a ser controlado por uma única companhia com 90% de todo mercado (HEILBRONER, 2012, p. 80).

Em 1896, se não contarmos as companhias de estradas de ferro, não havia sequer uma dúzia de empresas nos EUA que valessem mais de dez milhões de dólares; em 1904, ou seja, apenas oito anos depois, não só existiam trezentas companhias que atingiam/ultrapassavam esse porte, como elas controlavam 40% da atividade empresarial do país e influenciavam o destino de 80% dos negócios estratégicos (HEILBRONER, 2012, p. 80).

A United States Steel Corporation produzia mais da metade do aço americano. A Standard Oil Company cuidava sozinha de 80% do petróleo. A American Tobacco Company detinha 75% do mercado de cigarros (HEILBRONER, 2012, p. 80).

Em 1880 havia por volta de cem milionários nos EUA. Em 1916 já havia 40 mil (HEILBRONER, 2012, p. 78). Esses líderes dos negócios do século XIX se distinguiam por talentos distintos daqueles que fizeram o sucesso dos grandes empresários do século XVIII, notáveis na engenhosidade técnica de lidar com a natureza por meio de maquinários. A produção fabril tornou o domínio da técnica de produzir, a *expertise* do engenheiro, destinada a trabalhadores assalariados de segundo escalão.

O capitalista do século XIX, assim como os seus predecessores, devia conhecer bem o que ocorria da porta para dentro do seu estabelecimento, mas passou a ser fundamental que ele conhecesse também o que se passava da porta para fora.

A primeira tarefa passou a ser passível de delegação a peritos técnicos: muitos gerentes hábeis e engenheiros esforçados detinham conhecimento de detalhes da operacionalização da produção ainda maior do que o do próprio dono da empresa.

No desempenho da segunda tarefa - conhecer e lidar com a dinâmica do negócio - o capitalista de então ainda não figurava como coadjuvante de talentosos subalternos da tecnocracia. Homens como John Pierpont Morgan (1837–1913), John D. Rockefeller (1839–1937), Cornelius Vanderbilt (1794–1877), Andrew Carnegie (1835–1919), Daniel Drew (1797–1879), James J. Hill (1838–1916), Jayson Gould (1836–1892) e Collis Huntington (1821–1900), todos eles desempenharam papéis centrais na condução dos negócios, mais até, importaram no destino da economia do seu tempo, fizeram por merecer o próprio ingresso na História, que lhes reservou simultaneamente o epíteto de estadistas dos negócios (*Industrial Statesmen*) e a alcunha de barões ladrões (*Robber Barons*) (STANLEY L. ENGERMAN, 2008, p. 390).

O industrial do século XIX era um homem de negócios, um estrategista astuto e bem sucedido na escolha de prioridades e na administração de acordos, muito mais atento a finanças, à competição e às vendas do todo do seu negócio, ou melhor, do todo dos seus mercados, do que à engenhosidade de técnicas produtivas operacionalizadas no chão da fábrica (HEILBRONER, 2012, p. 78).

2.3.2. A Urbanização

O centro administrativo da dinâmica econômica, a grande sede dos negócios, eram as cidades, que cresciam junto com a expansão econômica. As décadas de 1820 e 1850 marcaram o início do período de mais rápida urbanização de toda história americana. Nessas três décadas quintuplicou o número de moradores de cidades com mais de duas mil e quinhentas pessoas, e a participação dessa população urbana no total americano passou de sete para dezoito por cento. Em 1820 havia apenas cinco cidades americanas com mais de vinte cinco mil habitantes e apenas uma, New York, com mais de cem mil; trinta anos depois, em 1850, havia vinte e seis cidades com mais de vinte cinco mil habitantes e seis com população superior a cem mil (HOWE, 2007, p. 526).

Esse crescimento urbano revelou o crescimento da capacidade dos agricultores em sustentarem os não-agricultores e a nova competência gerencial dos moradores das cidades em capitanear seus negócios à distância. As redes de canais e estradas de ferro e as redes de comunicação, serviço postal e o telégrafo de Morse, alavancaram tais mudanças ao tornar regiões antes isoladas em mercados não só conectados, mas em crescente interdependência.

2.3.3. A Rede de Transporte: as Estradas de Ferro

O crescimento da malha de estradas de ferro aproximaram regiões distintas, não só transportando pessoas como, também, distribuindo cargas. Em apenas vinte anos a quantidade total de milhas percorridas por passageiros de trens cresceu vinte vezes (de 90,1 milhas em 1839 para 1.879,6 em 1859) e a quantidade de cargas transportada (produto peso e percurso) cresceu setenta e oito vezes, conforme pode ser ainda melhor visto na tabela abaixo (FISHLOW, 2008, p. 580):

Ano	Passagens		Frete (Cargas)	
Allo	Receita	Milhas vendidas	Receitas	Milhas X toneladas
1839	4,5	90,1	2,5	32,8
1849	13,6	468,1	14,1	347,0
1859	45,8	1.879,6	66,5	2.577,7

O governo americano incentivou fortemente o crescimento das estradas de ferro. As companhias ferroviárias (Northern Pacific, Southern Pacific, Union Pacific e Santa Fe, entre outras) receberam apenas do governo federal, entre outros incentivos, um quarto das terras dos estados de Minnesota e Washington, um quinto de Wisconsin, Iowa, Kansas, North Dakota e Montana; um sétimo de Nebraska, um oitavo da California e um nono da Louisiana (JOHNSON, 1998, p. 533). Nas palavras do historiador Paul Johnson, "nenhuma outra corporação em toda história da humanidade foi aquinhoada de forma tão generosa por um governo. Essas empresas foram tratadas como o filho pródigo que retorna ao lar." (JOHNSON, 1998, p. 533-534).

2.3.4. A Rede de Comunicação: o Telégrafo

O aparecimento do telégrafo elétrico de Morse nos EUA, em 1844, reduziu em poucas décadas o tempo da comunicação de longa-distância em milhares de vezes. Muito do que era até então feito por meio de cartas ou de mensageiros³⁴, no máximo por meio de bandeiras e sinais de fumaça, passou a ser feito quase que instantaneamente por meio dos telégrafos. Não sem razão, em 1851, sete anos depois da inauguração da pioneira linha de Baltimore-Washington, toda região ao leste do Rio Mississippi, estava inteiramente conectada por uma rede de telégrafos. Na década seguinte, as linhas dos telégrafos já se estendiam até a costa oeste americana (YATES, 1986).

O historiador Daniel Walker Howe, ao escrever sobre o período 1815 a 1848 da história dos EUA, reconheceu o impacto do telégrafo na economia americana como comparável ao impacto causado pelas ferrovias³⁵. Seja porque o telégrafo ligou desde o seu começo longas distâncias, seja porque teve uso eminentemente comercial, ainda que também transmitisse noticias sobre jogos e resultados de loterias³⁶, diferentemente do telefone, inventado no final do século XIX e preferencialmente utilizado na comunicação pessoal entre famílias e amigos.

Em 1820 o governo federal americano cuidava do serviço-postal por explícita determinação constitucional, e dispendia nessa atividade mais energia e recursos do que

³⁴ Conforme expresso por Yates (1986): "Before the telegraph was introduced to the United States in 1844, information could only travel as fast as people could."

³⁵ HOWE (2007:696): In economic importance, the electric telegraph bears comparison with the railroad.

³⁶ HOWE (2007:696): Unlike the telephone, invented later in the nineteenth century, the telegraph was used much more for commercial than social purposes. But telegraph wires also carried news of sports events and lotteries for the benefit of avid gamblers.

em qualquer outra ação estatal. O serviço postal empregava mais pessoas do que o efetivo das forças armadas e o de toda burocracia civil reunidos (HOWE, 2007, p. 225). De 1815 a 1830, o número de agências postais mais do que dobrou, passando de três para oito mil unidades, a maior parte delas situadas em pequenas cidades (HOWE, 2007, p. 225). Com a chegada do telégrafo essa rede de comunicação já implantada passou a transportar informação em outro padrão de eficiência.

As ferrovias foram utilizadas para o transporte de operários e do material necessário à construção de novas linhas de telégrafos. E o telégrafo, anos depois, serviria para ampliar a certeza e segurança no transporte ferroviário, assegurando que os trens chegassem no horário.³⁷

Esse vertiginoso aumento de eficiência no fluxo de informações repercutiu de forma contraditória na expansão da economia americana na segunda metade do século XIX: ao mesmo tempo em que favoreceu a ampliação da concorrência nos EUA, ao permitir às empresas alargarem suas atividades e o surgimento de mercados de dimensões nacionais, também favoreceu a redução da concorrência, ao facilitar ação coordenada de grandes empresas.

2.3.5. Corporations, Pools, Holdings e Trusts

Essa dupla consequência, o crescimento dos mercados e das empresas, alterou o modelo de negócio de muitas atividades empresarias nos EUA solapando a importância do pequeno empresário americano: o mundo dos negócios nos EUA passou a ser das grandes empresas. As regiões antes atendidas por pequenos mercados paroquiais e insulados, abastecidos por fornecedores locais, foram invadidas pelos produtos em massa do mercado nacional.

Alguns dos produtos recebiam anúncios em revistas de circulação nacional, como a Godey's Ladies' Book, que circulou entre 1837 e 1877, sempre voltada para o público feminino, chegou a ser a revista mais influente dos EUA. Nela escreviam autores como Edgar Allan Poe, James K. Paulding, Lydia Sigourney e Catharine Maria Sedgwick. Mesmo no pico da Guerra Civil, Godey's manteve uma tiragem de 150.000 exemplares (HOWE, 2007, p. 608).

-

³⁷ "One of the most dramatic practical benefits of the electric telegraph lay in its assistance to the railroads in scheduling trains and avoiding collisions on single-track lines."

Para muitos dos fornecedores locais restou apenas um caminho para sobrevivência: perder muito da autônima na gerência do próprio estabelecimento e buscar uma inserção subalterna na dinâmica dos grandes negócios nacionais. Mas mesmo essa perda amarga de garbo não foi possível a todos os pequenos empresários.

A chegada das grandes companhias (Corporations) não reduziu, mas ampliou e intensificou a concorrência entre empresas (HEILBRONER, 2012, p. 81). Em quase todos os negócios, nenhuma firma tinha assegurado um bom retorno por um longo período de tempo. Houve uma guerra de preços entra as grandes companhias (LAMOREAUX, 2008, p. 424).

As empresas, então, tentaram combinar pactos para evitar a guerra de preços. Mas não houve muito sucesso, a impossibilidade de recorrer a coerção judicial por rompimento do pactuado, fragilizava a unidade/estabilidade da associação (*pool*) quando os lucros se tornavam menores (LAMOREAUX, 2008, p. 425). Um dos mais longevos carteis que se tem notícia foi o **Rail Association**, formado em 1887 para controlar o preço de grades de aço. A união operou com sucesso por quase uma década, mas em 1896 colapsou em virtude de inesperada queda geral nas vendas (LAMOREAUX, 2008, p. 425).

A segunda forma de ampliar lucros nasceu em 1882 com a **Standard Oil aliance**. Uma associação formada pelas refinarias de petróleo com o propósito de unificar decisões gerenciais. A rivalidade entre as empresas já havia sido abolida por meio de troca mútua de ações entre as empresas participantes da associação. Havia, ainda, acordos firmados entre a Standard Oil, de propriedade de John D. Rockefeller, e as ferrovias. O acordo garantia preços maiores de transporte para eventuais concorrentes da Standard Oil.

Como eles já eram monopolistas do setor de refino de petróleo, para ampliar os próprios lucros deveriam então assumir a condição de reguladores privados. Era preciso administrar melhor a capacidade ociosa no setor. Sobrava capacidade produtiva na indústria de refino de petróleo.

O advogado S. C. T. Dodd acomodou a recém-criada arquitetura institucional em um novo espécime de contrato societário, e assim viabilizou a existência jurídica de um novo modelo de gerência organizacional, nascia a "The Standard Oil Trust".

Quarenta empresas (HOVENKAMP, 2004, p. 188) de refino deixaram de operar e se tornaram formalmente sócias da nova pessoa-jurídica, a holding "The Standard Oil Trust", que concentrava as decisões gerenciais do setor em um único comitê (the trust's officers managerial authority).

Essa agência privada buscava substituir o mercado e, por meio da tecnocracia nascente, planejar e construir o futuro, reduzindo assim os riscos e outras ineficiências resultantes de ações não perfeitamente orquestradas e, claro, a agência distribuía os lucros monopolistas entre as empresas-sócias (LAMOREAUX, 2008, p. 426) poupadas da faina empresarial.

Uma organização empresarial desse porte, controlando indústria de base, pode sozinha impactar no valor dos grandes agregados macroeconômicos. The Standard Oil Trust operava com petróleo, fornecia energia para fazer rodar a economia americana. Tem se hoje como razoável inquirir o quanto uma organização privada como àquela poderia alterar preços para o consumidor final, mas faz todo sentido, também, perguntar o quanto um *trust* como o do senhor Rockefeller poderia – sozinho – alterar o PIB dos EUA.

Afinal, o primeiro *trust* não foi formado para afastar <u>rivalidade em um mercado</u>, não era isso, as empresas inclusive já formavam um cartel. O *trust* foi criado para melhor <u>regular um setor</u>. Não se tratava de buscar aumentar o *market share*, vulnerar a elasticidade da demanda e incrementar o próprio *mark up*, o que se fez ali foi dominar/orquestrar toda cadeia produtiva do que logo depois seria a principal base energética do país. Esse "trust" já nasceu concentrando poder - bem entendido: não era poder econômico, era poder - sobre o presente e o futuro dos EUA.

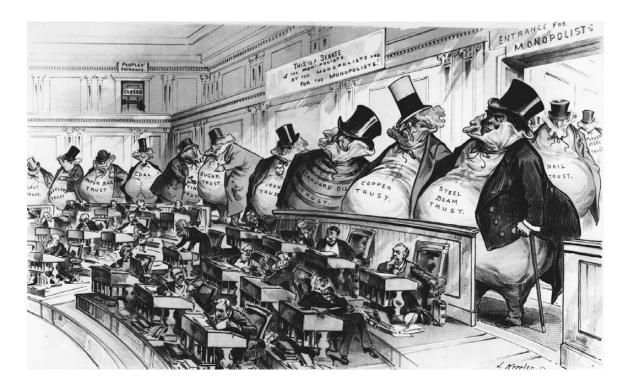
Ainda na década de 80, as empresas de açúcar, bebidas destiladas, óleo de linhaça, óleo de algodão e cordames, entre outras, adotaram o formato de *trusts* (LAMOREAUX, 2008, p. 426).

Quando John D. Rockefeller comprou a Standard Oil Company, em 1870, o Mercado de refino era competitivo e havia 250 empresas rivalizando por espaço no mercado. Na virada do século, Standard Oil controlava mais e 90% do refino de petróleo nos EUA. Mas, em 1890, com o advento do Sherman Act, esse modelo organizacional passou a não ser mais juridicamente aceito.

Em 1906, Standard Oil foi acusada de violar o Sherman Act, em 1909, foi considerada culpada pela prática de condutas anticoncorrenciais. A companhia apelou para a Suprema Corte Americana e dois anos depois, a Suprema Corte, mantendo a decisão recorrida, determinou que a companhia fosse desmembrada (*dismantled*). A dissolução da Standard Oil deu origem a Exxon, Chevron, and Mobil (HOVENKAMP, 2004, p. 188).

2.4. O Sherman Antitrust Act (1890)

O surgimento do Sherman Antitrust Act (26 Stat 209), em 2 de julho de 1890³⁸, ocorreu no auge da hostilidade pública contra as grandes corporações (HOVENKAMP, 2004, p. 187). Havia um clamor por partes dos governos estaduais por uma legislação federal que impedisse a formação de trusts. A própria autonomia e dignidade do Senado diante do poder econômico era alvo de críticas, como se vê na charge abaixo (HOVENKAMP, 2004, p. 187), intitulada "The Bosses of the Senate," e publicada na revista Puck, em 23 de janeiro de 1889, merece atenção tanto a pequena porta fechada, situada no alto do desenho, que representa a entrada do povo no espaço parlamentar, quanto a entrada dos monopolistas. Também merece destaque a placa no alto e no centro da imagem anunciando que o senado é dos, para e pelos monopolistas.



-

³⁸ Em setembro deste mesmo ano, Alfred Marshall (1842-1924) publicou *Principles of Economics*.

Nos Estados Unidos, diferentemente do que ocorreu no Brasil, a legislação antitrust foi uma resposta direta à ação de trusts. O Sherman Act atingiu diretamente alvos nominados e publicamente conhecidos. Na charge vista há pouco, o temor não está representado como uma fumaça que pairava difusa e indefinida entre os espaços, pelo contrário, os ameaçadores monstros de cartola têm os próprios nomes gravados neles.

O nome da lei foi homenagem ao senador John Sherman (1823–1900), do estado de Ohio, o estado de origem da Standard Oil Company, que foi o congressista com coragem para propor a lei (HOVENKAMP, 2004, p. 187). O Congresso americano aprovou o Sherman Act por unanimidade, 242 votos, na câmera baixa (House of Representatives) e por 52 a 1 no Senado.

O Sherman Act é a primeira lei federal americana a (1) tornar ilícitos quaisquer acordos que pudessem reduzir a concorrência entre empresas e, também, (2) proibir a monopolização de mercados. As violações podiam ser punidas com multas ou prisão.

É, entretanto, necessário cuidado com a afirmação de que o Sherman Act inaugurou a defesa da concorrência nos EUA. Antes de 1890 cinco estados americanos (Maryland (1867), Tennessee (1870), Arkansas (1874), Texas (1876) e Georgia (1877)) já possuíam leis estaduais condenando práticas anticoncorrências (STIGLER, 1991, p. 36). No ano de publicação do Sherman Act, 1890, outros doze estados americanos conseguiram instituir leis em defesa da concorrência. Além disso, mesmo antes do Sherman Act, decisões judiciais já haviam sido tomadas pelos tribunais americanos inibindo lucros monopolistas.

O Sherman Act não tutelava a concorrência no plano local, apenas atuava sobre mercados que abarcassem pelo menos mais de um estado/distrito/território americano. Sancionava com multas as empresas envolvidas por restrição ilegal ao comércio e, simultaneamente, em indenização pelas perdas particulares ocasionadas (direitos subjetivos) no valor de três vezes o prejuízo individual sofrido. As pessoas condenadas estavam passíveis de até um ano de prisão. Reconheceu direito de ação às pessoas físicas para ingresso no judiciário sobre crimes concorrências. E, por fim, utilizou a legislação aplicável ao contrabando para regrar a apreensão e o confisco de bens envolvidos em práticas anticoncorrências.

O texto do Sherman Act é aberto por uma expressa declaração de propósito: proteger o comércio e os negócios americanos contra restrições ilegais e monopólios. Essa declaração é seguida por apenas oito parágrafos, os quais foram traduzidos abaixo:

Primeiro Parágrafo³⁹:

Qualquer avença formalizado na forma de contrato de "trust" ou qualquer acordo ou conluio para restringir o comércio entre os vários estados ou com nações estrangeiras, passam a ser considerados ilegais. Qualquer pessoa que estabeleça tais contratos ou esteja envolvida em tais combinações/conspirações será julgada culpada pela prática de contravenção e será punida com multa não superior a cinco mil dólares ou/e com prisão não superior a um ano, a critério do tribunal responsável.

Segundo Parágrafo 40:

Toda pessoa que monopolizar ou tentar monopolizar ou, ainda, combinar ou conspirar com outra(s) pessoa(s) para monopolizar qualquer parte do comércio entre os vários estados ou com nações estrangeiras, será julgada culpada pela prática de contravenção e será punida com multa não superior a cinco mil dólares ou/e com prisão não superior a um ano, a critério do tribunal responsável.

❖ Terceiro Parágrafo⁴¹:

Qualquer avença formalizado na forma de contrato de "trust" ou qualquer acordo ou conluio para restringir o comércio entre os vários estados, territórios ou com o Distrito

³⁹ O texto original: "Every contract, combination in the form of trust or other- wise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, at the discretion of the court."

⁴⁰ Texto original: Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof; shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court.

⁴¹ Texto original: Every contract, combination in form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or in restraint of trade or commerce between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia and any State or States or foreign nations, is hereby declared illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court.

de Columbia ou, ainda, com nações estrangeiras, passam a ser considerados ilegais. Qualquer pessoa que estabeleça tais contratos ou esteja envolvida em tais combinações/conspirações será julgada culpada pela prática de contravenção e será punida com multa não superior a cinco mil dólares ou/e com prisão não superior a um ano, a critério do tribunal responsável.

Quarto Parágrafo⁴²:

As contravenções estabelecidas no Sherman Act serão contidas e prevenidas por meio da ação jurisdicional dos tribunais americanos, ficando os procuradores dos Estados Unidos, sob a direção do Procurador Geral, instituir, por meio de petição para abertura do julgamento do caso, os justos e imparciais procedimentos para prevenir e conter tais contravenções. Tão logo as partes sejam apropriadamente notificadas de tal petição, os tribunais deverão iniciar os trabalhos de julgamento, ao longo do qual restrições cautelares poderão ser impostas.

Quinto Parágrafo⁴³:

Os tribunais, ao longo dos trabalhos de julgamentos abertos nos termos do parágrafo anterior, sempre poderão convocar/intimar novas pessoas para que ingressem no processo na condição de partes, ainda que sejam pessoas residentes fora do distrito no qual está instalado o tribunal. As referidas convocações/intimações poderão ser entregues pela polícia judiciária local.

Sexto Parágrafo⁴⁴:

-

⁴² Texto original: The several circuit courts of the United States are hereby invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of this act; and it shall be the duty of the several district attorneys of the United States, in their respective districts, under the direction of the Attorney-General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises.

⁴³ Texto original: Whenever it shall appear to the court before which any proceeding under section four of this act may be pending, that the ends of justice require that other parties should be brought before the court, the court may cause them to be summoned, whether they reside in the district in which the court is held or not; and subpoenas to that end may be served in any district by the marshal thereof.

⁴⁴ Texto original: Any property owned under any contract or by any combination, or pursuant to any conspiracy (and being the subject thereof) mentioned in section one of this act, and being in the course of transportation from one State to another, or to a foreign country, shall be-forfeited to the United States,

Qualquer propriedade obtida por meio de quaisquer contratos ou combinações referidos no primeiro parágrafo do Sherman Act ou que seja objeto de tais avenças/conluios, e que esteja em trânsito entre estados ou sendo transportada para fora do país, será apreendida pelo governo dos Estados Unidos ficando sujeita aos mesmos procedimentos de apreensão, de confisco e de condenação estabelecidos pela legislação americana para o tratamento de bens objeto de contrabando.

Sétimo Parágrafo⁴⁵:

Qualquer pessoa cujos negócios/propriedades sejam prejudicadas em razão de prática condenada pelo Sherman Act, poderá processar o acusado, pessoa ou corporação, no distrito de domicílio do ofensor. A restituição pela perda causada poderá alcançar três vezes o valor do dano sofrido, sem prejuízo de cobrança de custas processuais e de valor padrão que represente o montante normalmente utilizado para pagamento de honorários advocatícios.

Oitavo Parágrafo⁴⁶:

As expressões "pessoa" ou "pessoas" utilizadas no Sherman Act abarcam tanto as corporações e associações formadas segundo a legislação federal, quanto aquelas que se formaram segundo as normas dos territórios, dos estados ou mesmo segundo as normas estrangeiras.

Os oito parágrafos acima descritos compõem o texto integral do Sherman Act.

2.5. O Clayton Act - 1914

Vinte a quatro anos depois do Sherman Act, o Congresso americano publicou o Clayton Act (38 Stat. 730), cuja origem direta se encontra na eleição presidencial americana de

and may be seized and condemned by like proceedings as those provided by law for the forfeiture, seizure, and condemnation of property imported into the United States contrary to law.

⁴⁵ Texto original: Any person who shall be injured in his business or property by any other person or corporation by reason of anything forbidden or declared to be unlawful by this act, may sue therefor in any circuit court of the United States in the district in which the defendant resides or is found, without, respect to the amount in controversy, and shall recover three fold the damages by him sustained, and the costs of suit, including a reasonable attorney's fee.

⁴⁶ Texto original: Any person who shall be injured in his business or property by any other person or corporation by reason of anything forbidden or declared to be unlawful by this act, may sue therefor in any circuit court of the United States in the district in which the defendant resides or is found, without. respect to the amount in controversy, and shall recover three fold the damages by him sustained, and the costs of suit, including a reasonable attorney's fee.

1912, quando os três candidatos (William Howard Taft, Woodrow Wilson, Theodore Roosevelt) acreditavam que a Suprema Corte estava sendo muito leniente com as grandes corporações e a legislação antitruste precisava ser fortalecida. Quando o professor de ciência política Woodrow Wilson venceu a eleição, encaminhou ao Congresso a tarefa de uma nova lei antitruste. Dois anos depois nascia o Clayton Act (HERBERT, 2004, pp. 123,124).

Clayton Act detalhou condutas anticoncorrências, por exemplo,

- (1) Uso de preços predatórios sustentados por meio de subsídios cruzados. Essa pratica foi duramente punida até 1993 (Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Co.), quando a suprema Corte estabeleceu um padrão de prova mais rigoroso para configuração de discriminação de preços (HERBERT, 2004, p. 124).
- (2) Exigência de exclusividade na negociação com varejista e realização de transação conjunta (gênero do qual a venda casada é espécie). A primeira prática é vincular uma transação à realização de outra. Essa norma foi uma resposta direta ao caso **Henry v. A.B. Dick & Co.** (1912), quando a Suprema Corte inocentou A. B. Dick de exigir dos seus clientes de máquinas de mimeógrafos a compra exclusiva de papel e tinta de sua firma. Em 1984, com o caso **Jefferson Parish Hospital v. Hyde**, a Suprema Corte tornou mais rigoroso o *standard* de prova necessário à incriminação (HERBERT, 2004, p. 125). O segundo ilícito foi o de exigir dos distribuidores que se afastem de negociar com os demais concorrentes do atacadista/fornecedor. Como se viu no caso **Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream Co.** (1982), essa prática não é mais vista necessariamente como ilícita.
- (3) Deu maior nitidez a proibição de fusões e aquisições tendentes à monopolizar o mercado
- (4) Por fim, o Clayton Act expressamente excluiu a aplicação anticoncorrrencial ao campo trabalhista, pondo fim à jurisprudência que se esboçava na Suprema Corte de condenar greves e ações dos sindicatos de trabalhadores (estabelecimento de pisos salariais) com base na proibição da legislação antitruste sobre fixação de preços (HERBERT, 2004, p. 127).

2.6. O Federal Trade Commission Act - 1914

A criação da agência antitruste norte-americana, a Federal Trade Commission (FTC) resultou de uma concepção presente no ano de 1914, nos EUA, de que o combate aos cartéis seria mais efetivo se desenvolvido por um corpo de técnicos dotados de padrões de conhecimento econômico inexistentes nas Cortes de Justiça (BORK, 1993, p. 48).

Coube ao então presidente Woodrow Wilson, dois anos depois de eleito, criar a agência americana de política antitruste, em 1914, ainda que durante a própria campanha à presidência tivesse defendido o contrário. Wilson defendia que a solução para o melhor regramento da economia seria conferir maior nitidez ao ordenamento, mas foi convencido a seguir a proposta de seu opositor, Theodore Roosevelt, e criar um corpo técnico competente para regular o setor econômico (ERNEST Gellhorn, 2004, p. 34).

3. A Doutrina Noerr-Pennington

3.1. O Campo de Incidência do Sherman Act.

A lei antitruste americana condenou expressamente "toda tentativa de monopolizar o comércio", e "qualquer combinação para restringir a rivalidade entre as empresas", Essas proibições deram causa a demandas judiciais contra companhias/sindicatos acusados de violarem a lei antitruste por meio do uso espúrio da máquina estatal. A Suprema Corte Americana teve, então, de lidar com alegações sobre a prática de uma nova espécie de delito: tentativas de influenciar autoridades públicas a emitirem decisões que resultariam em danos à concorrência.

Como se verá a seguir, essa influência junto ao Poder Público se materializou por meio de uma miríade de expedientes dispostos em largo espectro de legalidade. Alguns votos da Suprema Corte citaram pagamento de propina a servidores; outras decisões trataram sobre pedidos a parlamentares buscando alterações legislativas que, de fato, resultariam em maior proteção a interesses legítimos, tais como, melhora nos níveis de segurança (evitar acidentes), conservação do patrimônio público e preservação do meio-ambiente.

As denúncias apontavam para uma modalidade de ilícito que era necessariamente concretizado em duas fases e por dois agentes distintos. No primeiro momento, empresas privadas se articulavam (conspiração) para influenciar o processo decisório estatal; no segundo, o ente público expedia norma que efetivamente resultava em dano concorrencial, não havendo necessariamente conluio entre o agente público e as empresas privadas. Não raro, como se demonstrará mais adiante, as denúncias alegaram que a inteligência (percepção da realidade) do agente público responsável pela edição do ato lesivo à concorrência havia sido manietada por dissimulação (*sham*) encenada pelas empresas privadas.

O ilícito apontado, portanto, não agredia apenas a concorrência, mas também ao processo estatal de tomada de decisão. Mais do que isso, o ilícito é exatamente sobre a organização de um grupo de empresas que, usando instrumentos processuais, buscaram controlar fontes legítimas de poder público. E a resposta da Suprema Corte revelou os

⁴⁷ Segundo parágrafo do Sherman Act.

⁴⁸ Primeiro parágrafo do Sherman Act.

limites jurídicos impostos ao universo de possibilidades argumentativas das organizações privadas quando essas buscam interferir na ação pública⁴⁹.

As empresas acusadas se valeram do Direito Fundamental à Petição, consagrado na Constituição dos Estados Unidos por meio da Primeira Emenda, que garante a todo cidadão americano o direito de buscar junto ao Estado uma solução para conflitos de interesse⁵⁰:

Primeira Emenda

O Congresso não poderá legislar para estabelecer uma religião, ou para proibir o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou sobre o direito de as pessoas se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas¹⁵¹.

A Primeira Emenda, buscando garantir a fruição dos direitos fundamentais, proibiu o Congresso americano de criar norma restritiva do direito à petição. Coube a Suprema Corte compatibilizar direito de expressão/de petição com os direitos à livre-concorrência, o que foi feito por meio da construção jurisprudencial conhecida como Doutrina Noerr-Pennington.

A Doutrina Noerr-Pennington demarcou o abuso do direito à petição no ambiente jurídico norte-americano e foi plasmada por uma tríade⁵² de julgados⁵³ que serão vistos a seguir.

_

⁴⁹ A "sham litigation" enfeixou o conjunto de garantias institucionais da ordem econômica que se expressavam por meio de limites jurídicos ao uso da razão instrumental no espaço público. "Sham litigation" portanto, demarcou contornos na liberdade de expressão ao fixar as fronteiras do universo de possibilidades argumentativas à disposição dos entes privados na busca de conformar ação estatal e de formar largos consensos sobre discursos ("opinião pública").

O texto comentado da Primeira Emenda encontra-se disponível em: http://www.law.cornell.edu/constitution/first-amendment

⁵¹ Texto original: "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."

⁵² (GOLUB, 1993, p. 1095)

⁵³ Precisamente na seguinte trilogia de casos: (1) "Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.", (NOERR), (365 U.S. 127 (1961)); (2) "United Mineworkers of America v. Pennington", (PENNINGTON), (381 U.S. 657 (1965)), e (3) California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, (CALIFORNIA MOTOR), de (404 U.S. 508 (1972)).

3.2. Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight (1961)

A Suprema Corte americana foi instada a reanalisar decisão da Corte Distrital da Pensilvânia (United States District Court in Pennsylvania) que condenou 21 empresas ferroviárias por violação às leis antitruste e, também, declarou lícita a atuação de 41 empresas de caminhão.

A decisão adotada pela Corte Distrital da Pensilvânia foi aceita pelo juiz federal John Biggs, Jr.⁵⁴, da Corte de Apelações (United States Court of Appeals for the Third Circuit); permitindo, assim, a um grupo de 41 companhias de caminhão e a sua associação (Pennsylvania Motor Truck Association) processarem 21 empresas ferroviárias e a associação comercial (Eastern Railroad Presidents Conference), além de uma empresa de relações publicas (Carl Byoir & Associates, Inc.), alegando que tais empresas conspiraram visando monopolizar o negócio de fretes de longa distância, em violação aos §§ 1 e 2 do Sherman Act.

O ilícito, segundo os denunciantes, consistiu em contratar a empresa Byoir para mover campanha publicitária "maliciosa, corrompida e fraudulenta" destinada a (1) "criar um clima de aversão contra as empresas de caminhão no seio da opinião pública" e, também, (2) tentar recrudescer a legislação aplicável aos caminhões.

A ação difamadora, segundo os denunciantes, utilizou a chamada "third-party technique", que consiste em disseminar opiniões/mensagens fazendo parecer que tais opiniões são apenas a expressão voluntária e desinteressada do ponto de vista de grupos civis e não – como era a realidade – a circulação de produto de campanha publicitária profissionalmente elaborada e inteiramente custeada/contratada pelas empresas ferroviárias.

A acusação apontou que os ferroviários convenceram o então governador da Pensilvânia a vetar a lei "Fair Truck Bill", que aumentava o valor da carga máxima passível de ser transportada por caminhões pelas estradas da Pensilvânia.

-

⁵⁴ Texto original: "Chief Judge Biggs dissented from the opinion of the majority of the Court of Appeals insofar as it upheld the District Court's conclusion that the railroads and Byoir had violated the Sherman Act. For similar reasons, he concurred in that part of the majority opinion which upheld the conclusion that the truckers had not violated the Act."

A acusação requereu que os réus fossem impedidos de divulgar qualquer informação depreciativa sobre os caminhoneiros sem descortinar a própria autoria por trás das mensagens e, também, de tentar exercer pressão sobre o Poder Legislativo ou junto ao governador da Pensilvânia, por meio de organizações de fachada, para propagar os argumentos contra os caminhoneiros.

As empresas ferroviárias admitiram ter realizado uma campanha publicitária concebida para influenciar a aprovação de leis estaduais sobre os limites de carga dos caminhões e sobre taxas de imposto em caminhões especialmente pesados, e encorajar aplicação de leis mais rígidas para sancionar caminhões com cargas excessivamente pesadas, mas negou que a sua campanha foi motivada por um desejo de destruir o negócio de caminhões ou interferir nas relações entre os caminhoneiros e seus clientes.

Em vez disso, insistiram que a campanha foi realizada para alertar o público e os legisladores dos diversos estados americanos sobre os danos causados às estradas pelos caminhões com excesso de peso. Apontando que os caminhões estragam as estradas, criam risco de tráfego para toda sociedade, mas nada pagam para construir, manter e reformar as vias por onde trafegam.

Por fim, os acusados reconvieram e acusaram as empresas de caminhão de terem violado os parágrafos 1º e 2º do Sherman Act.

A reconvenção dos ferroviários foi um eco da inicial, acusando os caminhoneiros de conspirar para destruir a concorrência no negócio de transporte de longa distância. O meio da conspiração alegada na reconvenção foram os mesmos com os quais os caminhoneiros tinham acusado as ferrovias na denúncia original: criação de campanha publicitária maliciosa desenhada para destruir as ferrovias e de tentar criar ambiente hostil para as estradas de ferro no seio do público em geral e, assim, interferir nas relações existentes entre as ferrovias e seus clientes. Os caminhoneiros negaram todas as acusações.

O primeiro parágrafo do voto da Suprema Corte merece especial atenção. A abertura da deliberação não tratou de máculas à imagem ou de interferências espúrias no processo legislativo, precisamente, não tratou da lide posta, mas abriu panorâmica do contexto econômico que era o pano de fundo da demanda judicial:

A sobrevivência das ferrovias americanas sempre dependeu muito dos ganhos com o transporte de longa distância. Durante os primeiros anos de sua existência, os ferroviários não tinham praticamente qualquer concorrência neste ramo de negócio, mas, já em 1920, com o crescimento do setor de transporte rodoviário, essa situação começou a mudar. Os caminhoneiros perceberam, assim como os ferroviários já haviam aprendido anteriormente, que uma parte muito rentável do negócio de transporte é a movimentação de cargas pesadas. Como o setor de transporte rodoviário tornou-se mais e mais poderosos, a competição entre ele e as ferrovias para este negócio tornou-se cada vez mais acirrada, até que, após a conclusão da Segunda Guerra Mundial, pelo menos, as estradas de ferro, se não ambos os grupos concorrentes, se viram em meio a uma luta de vida ou morte. O presente litígio é uma consequência dessa luta. ⁵⁵

Esse parágrafo revela que o Juiz Hugo Lafayette Black, relator da decisão, detinha aguda atenção para muito além da lide deduzida em juízo, revelando, já nas primeiras linhas de seu voto, clara percepção de que a sua decisão impactaria uma luta de vida ou morte entre os modais de transporte nos EUA.

A Corte entendeu que "esforços para influenciar mudanças nas leis não constituem violações ao Sherman Act"⁵⁶. Isso porque, o Sherman Act não proíbe a associação de pessoas buscando convencer o Legislativo ou o Executivo a adotarem leis que possam restringir o comércio ou mesmo criar monopólios⁵⁷, pois a legislação antitruste regula a atividade econômica, e não a atividade política⁵⁸.

⁵⁵ Texto original: "American railroads have always largely depended upon income from the long-distance transportation of heavy freight for economic survival. During the early years of their existence, they had virtually no competition in this aspect of their business, but, as early as the 1920's, the growth of the trucking industry in this country began to bring about changes in this situation. For the truckers found, just as the railroads had learned earlier, that a very profitable part of the transportation business was the long hauling of heavy freight. As the trucking industry became more and more powerful, the competition between it and the railroads for this business became increasingly intense until, during the period following the conclusion of World War II, at least the railroads, if not both of the competing groups, came to view the struggle as one of economic life or death for their method of transportation. The present litigation is an outgrowth of one part of that struggle."

⁵⁶ Texto original: "No violation of the Sherman Act can be predicated upon mere attempts to influence the passage or enforcement of laws."

⁵⁷ Texto original: "The Sherman Act does not prohibit two or more persons from associating together in an attempt to persuade the legislature or the executive to take particular action with respect to a law that would produce a restraint or monopoly; and it does not apply to the activities of these railroads, at least insofar as those activities comprised mere solicitation of governmental action with respect to the passage and enforcement of laws."

⁵⁸ Texto original: "To hold that the government retains the power to act in this representative capacity and yet hold, at the same time, that the people cannot freely inform the government of their wishes would impute to the Sherman Act a purpose to regulate, not business activity, but political activity, a purpose which would have no basis whatever in the legislative history of that Act."

A Suprema Corte ponderou que se fosse adotado o entendimento de que Sherman Act desabona a atitude das pessoas que se manifestam publicamente sobre temas nos quais têm interesse financeiro, isso resultaria em subtrair uma fonte valiosa de informação do Governo como, ao mesmo tempo, privaria as pessoas do direito de petição⁵⁹.

A Suprema Corte reconheceu que o meio empregado na campanha publicitária dos ferroviários, a chamada "third-party technique", que distorce e deliberadamente falsifica a autoria das informações postas em circulação, é uma conduta comercial antiética (unethical business conduct) de nível moral muito abaixo do padrão ético exigido nos EUA (falls far short of the ethical standards generally approved in this country), mas, visto ser uma campanha desenhada para influenciar politicamente a ação governamental, o uso da "third-party technique" não constituiu violação ao Sherman Act.

O voto da Suprema Corte revela uma separação conceitual entre o espaço de ação política e o do campo de disputa comercial, restringindo a incidência da legislação antitruste apenas ao primeiro. Disso resultou em uma diferenciação entre os contornos do direito de expressão a ser exercido na arena política e a extensão do direito de expressão legitimamente utilizável nas disputas comercias.

Ao situar os movimentos das partes exclusivamente dentro da arena política, até por não se ter encontrado indícios de que os ferroviários tentaram influenciar consumidores a não contratar com os caminhoneiros⁶⁰, apenas tentaram mudar as leis; a Suprema Corte colocou os atos de persuasão praticados fora dos critérios de reprobabilidade das leis antitruste, que versam sobre matéria comercial.

A Suprema Corte até reconhecendo que a disputa comercial tem limites, não é um valetudo, ("no-holds-barred fight"), mas os autos tratavam de movimentos de natureza política.

very instances in which that right may be of the most importance to them."

60 Texto original: "There are no specific findings that the railroads attempt

⁵⁹ Texto original: "A construction of the Sherman Act that would disqualify people from taking a public position on matters in which they are financially interested would thus deprive the government of a valuable source of information and, at the same time, deprive the people of their right to petition in the

⁶⁰ Texto original: "There are no specific findings that the railroads attempted directly to persuade anyone not to deal with the truckers. Moreover, all of the evidence in the record, both oral and documentary, deals with the railroads' efforts to influence the passage and enforcement of laws."

A Suprema Corte reconheceu que podem existir situações em que as campanhas publicitárias que se anunciam vocacionadas à formação de atos estatais, são apenas uma simulação (mere sham) e servem, de fato, para interferir em negócios privados, e esses casos estariam imunes à incidência da legislação antitruste⁶¹.

3.3. United Mineworkers of America v. Pennington (1965)

A apreciação deste voto exige um passo atrás. Ele demanda a análise do Walsh–Healey Public Contracts Act ou Walsh-Healey Act (PCA)⁶², que condicionava a contratação governamental ao cumprimento de padrões mínimos de proteção ao trabalhador, evitando assim que disputas por preços em licitações públicas acabassem precarizando ainda mais - a norma surgiu em 1936 - as condições de trabalho nos EUA.

Uma das condições estabelecidas no Walsh-Healey Act (PCA) estabelecia a competência do Ministro do Trabalho (*Secretary of Labor*) para estabelecer o valor de referência (*prevailing wage*) que serviria de piso mínimo dos salários (*minimum wage*) a serem praticados pelos fornecedores governamentais.

O resultado prático disso era que o Ministro do Trabalho era quem, de fato, estabelecia o valor do salário mínimo a ser praticado nas minas de carvão. Já que a indústria de carvão não sobreviveria sem firmar contratações governamentais, especificamente, sem contratar com a Tennessee Valley Authority (TVA)⁶³, empresa estatal criada no bojo do New Deal e encarregada da realização de grandes obras de infraestrutura.

O voto trata justamente de uma queixa - rigorosamente uma reconvenção (counterclaim) - movida pela empresa mineradora Phillips Brothers Coal Company contra os sindicatos de trabalhadores das minas (United Mine Workers of America Welfare and Retirement Fund) e, também, contra as grandes mineradoras da região, que juntos conspiraram para convencer o Ministro do Trabalho a aumentar o piso salarial exigido de fornecedores públicos, o que resultaria em valor economicamente proibitivo para pequenas mineradoras, pouco mecanizadas, que seriam expulsas do mercado.

46

⁶¹ Texto original: "There may be situations in which 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 and the application of the Sherman Act would be justified. But this certainly is not the case here."

⁶² Disponível em: http://www.dol.gov/compliance/laws/comp-pca.htm#overview

⁶³ Mais informações em: http://www.tva.gov/index.htm

A Corte de Apelação (325 F.2d 804)⁶⁴ reconheceu a existência de "sham litigation", mas teve sua decisão reformada pela Suprema Corte.

Segundo a Corte da Apelação, a regra estabelecida no caso Noerr não excepciona de forma ilimitada o disposto no Sherman Act, mas apenas "excepciona tentativas de modificação legislativa movidas de boa-fé e desacompanhadas de propósitos ilegais." ⁶⁵

A Suprema Corte reconheceu que os acordos trabalhistas, quando envolvem empresários capazes de monopolizar ramos de negócios⁶⁶, não estão fora do alcance da legislação antitruste⁶⁷, mas decidiu que "os esforços para influenciar oficiais públicos não violariam as leis antitruste. Mesmo quando feitos com o propósito de eliminar a concorrência, tais condutas não seriam ilegais, sejam sozinha, sejam como parte de esquema mais amplo voltado para violar o Sherman Act".

3.4. California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited (1972)

O caso trata do uso espúrio da influência sobre o processo de formação da vontade estatal para obstruir o acesso de empresas concorrentes aos órgãos deliberativos do Estado⁶⁹. É, portanto, uma acusação de açambarcamento do espaço de diálogo com os órgãos do Poder Público (to usurp that decisionmaking process) visando impedir concorrência comercial.

O voto tratou de disputa entre um grupo de transportadoras intraestaduais e um grupo de transportadoras interestaduais, que foram acusadas de conspirar para monopolizar o

 $^{^{64}}$ Texto integral do voto: $\underline{\text{http://openjurist.org/325/f2d/804/pennington-v-united-mine-workers-of-america-l-lewis-g-m-pennington-e}}$

⁶⁵ Texto original: We do not construe the Noerr ruling as creating an unlimited exemption to Sections 1 and 2 of the Sherman Anti-Trust Act. We believe that the Noerr ruling had reference to conduct which in good faith looked to the enforcement of the law or a modification of an existing policy, unaccompanied by a purpose or intent to further a conspiracy to violate a statute. It is the illegal purpose or intent inherent in the conduct which vitiates the conduct which would otherwise be legal. We find no error in the two instructions complained of.

⁶⁶ Texto original: "when the unions participated with a combination of business men who had complete power to eliminate all competition among themselves and to prevent all competition from others, a situation was created not included with the exemptions of the Clayton and Norris-LaGuardia Acts."

⁶⁷ Texto original: "The question presented by this phase of the case is whether, in the circumstances of this case, the union is exempt from liability under the antitrust laws. We think the answer is clearly in the negative, and that the union's motions were correctly denied."

⁶⁸ Texto original: "Joint efforts to influence public officials do not violate the antitrust laws even though intended to eliminate competition. Such conduct is not illegal, either standing alone or as part of a broader scheme itself violative of the Sherman Act."

⁶⁹ Texto original: "to deprive the competitors of meaningful access to the agencies and courts."

negócio de fretes de longa distância no Estado da Califórnia e nos demais estados americanos.

As empresas foram acusadas, com base no §4 do Clayton Act, de conspirar para colocar as concorrentes fora dos negócios por meio de tentativa de "instituir procedimentos federais e estaduais que subtrairiam o direito de buscar licenças/autorizações de operação junto ao governo", "diminuindo, assim, o acesso das recorrentes às entidades da Administração Pública e aos Tribunais".

A Suprema Corte Americana reconheceu "direito de apresentar requerimento administrativo e o direito de instar ao Poder Judiciário como partes do direito de petição protegido pela Primeira Emenda", mas apontou que o uso de "dissimulações toleradas na arena política não são admissíveis junto à Administração Pública e aos Tribunais", quando da construção de argumentos para sensibilizar o Poder Público.

Segundo o voto, um único requerimento apresentado sem fundamento legal pode até ser tomado por legítimo, mas um padrão de repetidas petições infundadas (pattern of baseless, repetitive claims) é sintoma de abuso do processo por meio de dissimulações e "em processos administrativos ou judiciais, tais dissimulações não podem ser tratadas como manifestações de "expressão política"".⁷⁴

Cabe notar que a Suprema Corte reconheceu não ser fácil demarcar a fronteira entre o uso legítimo do direito de petição e o abuso do processo, mas a Corte listou algumas⁷⁵ condutas que considerou abusivas: (1) falso testemunho ou falsa acusação (perjúrio), (2)

⁷⁰ Texto original: "Respondent highway carriers filed this civil action under § 4 of the Clayton Act for injunctive relief and damages against petitioner highway carriers charging that petitioners conspired to monopolize the transportation of goods by instituting state and federal proceedings to resist and defeat applications by respondents to acquire, transfer, or register operating rights."

⁷¹ Texto original: "deterring respondents from having free and unlimited access to the agencies and the courts."

⁷² "right of access to the agencies and courts to be heard on applications sought by competitive highway carriers . . . is part of the right of petition protected by the First Amendment."

⁷³ Texto original: "Misrepresentations, condoned in the political arena, are not immunized when used in the adjudicatory process."

⁷⁴ Texto original: "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.""

⁷⁵ Texto original: "There are many other forms of illegal and reprehensible practice which may corrupt the administrative or judicial processes and which may result in antitrust violations."

uso de patente obtida por meio fraudulento⁷⁶, (3) conluio com autoridade pública para eliminar competidor, (4) suborno de servidor público.

Com base nisso, a Suprema Corte condenou os acusados por conspiração punível segundo as regras do Sherman Act, visto que a real intenção (real intent) dos acusados foi a de afastar o livre acesso dos apelantes às cortes americanas, e essa intenção não estava protegida pela Primeira Emenda.

Este voto, por limitar o direito de petição em razão de garantias antitruste, é considerado como sendo o primeiro reconhecimento da Suprema Corte americana da existência de "sham litigation", cuja definição será objeto do capítulo seguinte.

⁷⁶ Texto original: "Use of a patent obtained by fraud to exclude a competitor from the market may involve a violation of the antitrust laws, as we held in Walker"

4. A Construção Jurisprudencial da Sham Litigation pela Suprema Corte dos EUA

4.1. Os Efeitos Metaprocessuais do Processo

A Suprema Corte americana ao reconhecer a "sham litigation" como ilícito⁷⁷ reconheceu também a (1) gravidade jurídica de efeitos metaprocessuais do processo e, também, (2) que a motivação para o ingresso no Judiciário (ou nas vias administrativas do Poder Executivo) pode não ser a busca da prestação jurisdicional.

Notícias recentes em jornais brasileiros divulgaram pelo menos dois casos nos quais os denunciados foram severamente castigados pela marcha do processo e não pela decisão do magistrado. Ainda que tais casos não sejam sobre direito concorrencial, serão brevemente citados como ilustração de tramitações que representaram verdadeiras punições e de alegado uso estratégico das engrenagens processuais.

O primeiro caso trata do jornalista Paulo Francis⁷⁸, que em 1997, durante programa televisivo gravado nos EUA, mas exibido apenas no Brasil, acusou os diretores da Petrobrás de corrupção. Em resposta, a estatal lhe moveu "processo na justiça americana exigindo US\$ 100 milhões de indenização por conta de ataques que fizera à diretoria da empresa no programa de televisão "Manhattan Connection"⁷⁹.

O litígio perturbou o jornalista Paulo Francis, que passou os últimos meses de vida "sobressaltado pelo processo que a Petrobrás lhe movia na justiça americana." Cabe dizer, não há notícias de que o jornalista Paulo Francis tenha apresentado qualquer prova que sustentasse a acusação de corrupção que disparou contra os diretores da Petrobras.

⁷⁷ Quando do julgamento do caso California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited (404 U.S. 508)

⁷⁸ Paulo Francis era pseudônimo de Franz Paul Trannin da Matta Heilborn (Rio de Janeiro, 2 de setembro de 1930 — Nova Iorque, 4 de fevereiro de 1997).

⁷⁹ Trecho do retirado do artigo "Doutor Joel Rennó, o senhor ganhou", do jornalista Elio Gaspari, publicado em 5 de fevereiro de 1997, no jornal Folha de São Paulo. Texto integral disponível em nesta data em: http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc050232.htm

⁸⁰ Trecho do retirado do artigo "Doutor Joel Rennó, o senhor ganhou", do jornalista ELIO GASPARI, publicado em 5 de fevereiro de 1997, no jornal Folha de São Paulo. Texto integral disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc050232.htm

Em 4 de fevereiro de 1997, aos 66 anos de idade, Paulo Francis faleceu em razão de ataque agudo do miocárdio.

Não há aqui inferência de que o processo judicial precipitou a morte do jornalista. Muito menos insinua-se que não havia fortes e legítimas razões para que se ingressasse com um pedido de indenização por danos morais. O caso foi apresentado para explicitar o tormento emocional imposto por um processo judicial e, principalmente, para apontar um pedido (pretensão deduzida em juízo) aparentemente impossível de ser atendido. Afinal, a indenização requerida era de US\$ 100 milhões; nos últimos anos Paulo Francis "ganhava cerca de 50.000 reais por mês".

A distância entre os números acima permite supor que a Petrobras, de fato, jamais teve qualquer esperança de receber a quantia que requereu, jamais ambicionou a adjudicação do objeto litigioso.

O segundo caso⁸², também sobre jornalistas, trata de um conjunto de dezenas de ações movidas por fieis de Igreja Universal do Reino de Deus (Iurd) contra a jornalista Elvira Lobato (Folha de S. Paulo), Bruno Thys (Extra, RJ) e Valmar Hupsel Filho (A Tarde, BA), que assinaram reportagens sobre o crescimento do patrimônio dos líderes da Iurd. As ações impetradas tinham o mesmo conteúdo, com alguns parágrafos rigorosamente idênticos, foram interpostas simultaneamente e em diversos estados da Federação, o que dificultou e encareceu o esforço de defesa.

Tais casos evidenciam que a verdadeira disputa, o jogo de poder, que move o processo não cabe dentro dele ao assumir a atuação do magistrado não só como instrumental como até ingênua. Instrumental porque a definição do processo não é a etapa última do jogo de poder. Ingênua porque o magistrado passa a ter uma visão parcial dos interesses e dos objetivos que de fato estão sendo disputados, que de fato estão em jogo.

⁸¹ Trecho do retirado do artigo "Terminou a polêmica. A trajetória do mais amado e odiado jornalista brasileiro", publicado em 12 de fevereiro de 1997, na revista Veja. Texto integral disponível em: http://veja.abril.com.br/arquivo_veja/capa_12021997.shtml

Reportagens sobre este caso estão disponíveis, nesta data, nestes endereços: http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u373674.shtml
http://abraji.org.br/?id=90&id_noticia=603

http://www.conjur.com.br/2008-fev-19/equipe universal orienta fieis processar imprensa

Como se percebe, em ambos os casos há espaço para dúvidas de que a pretensão deduzida em juízo foi, de fato, a motivação (motivo que leva a ação) que deu causa ao ingresso no Judiciário.

Passemos, agora, a análise dos casos que resultaram na construção Jurisprudencial da Sham Litigation pela Suprema Corte dos EUA.

4.2. Professional Real Estate Investors, inc., et al., Petitioners v. Columbia Pictures Industries, inc., et al. (1993)

Em maio de 1993, a Suprema Corte Americana teve que decidir sobre a acusação de que um grupo de estúdios cinematográficos de Hollywood, "Columbia Pictures" e outros, estariam abusando de pretensos direitos autorais para limitar a concorrência. A acusação foi movida pelos proprietários do Hotel "La Mancha Private Club and Villas", localizado na Califórnia, que locava fitas de vídeo para os próprios hóspedes e, também, para clientes de outros hotéis de Palm Springs. O Hotel La Mancha contava com uma videoteca de 200 fitas disponíveis para locação.

Segundo os reclamantes, um grupo de investidores chamado "Professional Real Estate Investors" e o seu presidente, o senhor Kenneth F. Irwin, que figuraram no processo pela sigla "PRE", o hotel estava sendo vítima de perseguição movida pelas empresas cinematográficas que buscavam manejar de forma ilegítima demandas sobre direitos autorias buscando, na verdade, monopolizar o negócio de locação de vídeos. A Columbia Pictures participava do negócio de transmissão de filmes para hotéis por meio do sistema chamado "Spectradyne", que permitia aos hóspedes locarem e assistirem filmes nos próprios quartos (sistema "pay-per-view" com transmissão via cabo).

O PRE alegou, textualmente, "que ação sobre direitos autorais que lhe era movida por Columbia não passava de uma mera encenação, uma camuflagem de atos subjacentes de tentativa de monopolização e de conspiração para restringir o comércio"⁸³. O PRE não locava fitas de vídeos contendo filmes produzidos pelos estúdios que a processavam⁸⁴.

52

⁸³ Texto original: "In particular, PRE alleged that Columbia's copyright action was a mere sham that cloaked underlying acts of monopolization." and conspiracy to restrain trade.

⁸⁴ The Court of Appeals affirmed on the grounds that a hotel room was not a "public place" and that PRE did not "transmit or otherwise communicate" Columbia's motion pictures."

^{1989).} See 17 U. S. C. § 101 (1988 ed.).

A Suprema Corte, por meio da manifestação do juiz Clarence Thomas, enfrentou o desafío de definir "sham litigation"⁸⁵, reconhecendo, de logo, que as definições apresentadas até ali não eram coerentes entre si e o termo "sham" vinha sendo usado como "apenas um rótulo aplicado pelas cortes às atividades que elas julgassem passíveis de sanção pela legislação antitruste".

O juiz Thomas reconheceu que restava por definir a questão se uma demanda pode ser considerada "sham" apenas com base na crença de sucesso do demandante, e assentou que não. Segundo o juiz Thomas, a análise subjetiva não poderia ser considerada como critério, como pedra de toque, para aferir a existência de "sham", mas sim a existência de uma demanda que seja reconhecida objetivamente acima de qualquer possibilidade de êxito. Não seria, portanto, questão de tentar invadir a psique do demandante para verificar qual o grau de esperança que lhe motiva internamente, mas mapear a perspectiva jurídica⁸⁶.

O Tribunal de Apelações já havia caracterizado "sham litigation" como o abuso de direitos processuais que se faz ou para induzir uma falsa percepção da realidade ou uma sequência de reclamações repetitivas sem causa provável e movidas sem real interesse do demandante pelo prestação jurisdicional. Para a Corte de Apelações, a existência de chance de sucesso da demanda afasta a possibilidade de aplicação de "sham litigation" 88.

A Suprema Corte firmou o que passou a ser conhecido como PRE test, por meio do qual a identificação de prática da "sham litigation" deveria ser aferida por meio de um teste

_

⁸⁵ Texto original: "This case requires us to define the "sham" exception to the doctrine of antitrust immunity first identified in Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U. S. 127 (1961), as that doctrine applies in the litigation context. This case requires us to define the "sham" exception to the doctrine of antitrust immunity first identified in Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U. S. 127 (1961), as that doctrine applies in the litigation context."

⁸⁶ Texto original: "We left unresolved the question presented by this case—whether litigation may be sham merely because a subjective expectation of success does not motivate the litigant. We now answer this question in the negative and hold that an objectively reasonable effort to litigate cannot be sham regardless of subjective intent."

⁸⁷ Texto original: "The Court of Appeals characterized "sham" litigation as one of two types of "abuse of . . . judicial processes": either "'misrepresentations . . . in the adjudicatory process'" or the pursuit of "'a pattern of baseless, repetitive claims' "instituted "'without probable cause, and regardless of the merits.'

⁸⁸ Texto original: "Instead, the court reasoned that the existence of probable cause "preclude[d] the application of the sham exception as a matter of law" because "a suit brought with probable cause does not fall within the sham exception to the Noerr-Pennington doctrine.""

de duas etapas: na primeira, deveria se verificar se a demanda era objetivamente inviável, e com isso deve ser entender que nenhum litigante razoável poderia esperar sucesso com a demanda (the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits); a segunda etapa do teste é verificar se a demanda foi projetada para interferir diretamente com os negócios de um concorrente por meio de custos advindos da tramitação e não da adjudicação ("an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor (...) through the "use [of] the governmental process—as opposed to the outcome of that process—as an anticompetitive weapon"").

Portanto, segundo estabelecido no julgado, para haver "sham litigation" a demanda deverá ser inviável como instrumento para obter uma decisão jurídica favorável (imprópria para atender interesse processual), e capaz de resultar em dano econômico a um concorrente (eficaz como arma de predação anticompetitiva).

4.3. BE&K Construction CO. V. National Labor Relations Board ET AL. (2002)

Trata-se de ação movida por empreiteiros contratados para fornecer mão-de-obra para modernização de uma indústria de aço em Pittsburgh, Califórnia ("PITCAL"). A própria companhia de aço, a empresa USS-POSCO Industries (USS-POSCO - UPI) foi litisconsorte ativa nessa demanda que acusou os sindicatos da região de tentarem atrasar o início do empreendimento apenas porque os empregados contratados não eram sindicalizados.

Os empreiteiros BE&K CONSTRUCTION CO (BE&K) e Eichleay Constructors, Inc. (Eichleay) firmaram associação ("joint venture") para juntos atenderem a necessidade de mão-de-obra da empresa UPI, mas alegavam dificuldades para iniciarem os trabalhos em razão de uma saraivada de ações movidas pelos sindicatos; ações essas que, apesar de serem passíveis de sucesso judicial, foram manejadas apenas apara retardar o início das obras.

Segundo alegado por BE&K, os sindicatos (TEREPINS, 2008):

"(i) fizeram lobby para que fosse criada uma norma referente ao depósito de lixo tóxico, a partir da qual a BE&K teria de obter novas permissões;

- (ii) fizeram pressão para que fosse feita uma norma em PITCAL;
- (iii) encorajaram subempreiteiros de BE&K a protestar acerca de inexistência de condições de segurança;
- (iv) ajuizaram ações contra a BE&K por violações às normas de meio ambiente; e
- (v) apresentaram diversas queixas, arbitragens e procedimentos contra um sócio de BE&K (Elchleay Constructors, Inc.)"

A prática de *sham* não foi reconhecida. Já não havia sido reconhecida pela Corte inferior, mas este precedente inovou ao aceitar que o ingresso repetitivo de uma série de ações judiciais pode configurar ilícito se demonstrado ausência de outro interesse que não o de impor custos ao concorrente.

5. O Papel Institucional do CADE no Controle de Infrações à Ordem Econômica

5.1. Os Diplomas Legais

Durante os últimos vinte anos, o papel institucional do CADE no controle de infrações à ordem econômica derivou diretamente de três diplomas legais; o primeiro foi a Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991; o segundo, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; e o terceiro e atual, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que deu organicidade às estruturas estatais incumbidas de prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica.

Como o recorte temporal deste estudo é coberto pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, apenas essa será aqui detalhada. As demais leis serão citadas apenas quando houver necessidade de contextualizar as normas da Lei nº 8.884/94.

As referidas leis atenderam diretrizes da Constituição de 1988, que em seu art. 173, § 4°, afirmou que a "lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" e, por meio de seu art.170, estabeleceu a livre concorrência como um dos princípios a serem observados pela ordem econômica, como pode ser lido abaixo:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade:

IV - livre concorrência:

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente:

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Portanto, a leitura do texto constitucional revela o enquadramento da defesa da concorrência como parte integrante dos princípios constitucionais que conformarem a ordem econômica.

5.2. A Defesa Concorrência como um dos Princípios da Ordem Econômica

A abertura da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, assim dispunha:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

Trata-se, portanto, de indevido reducionismo restringir o papel institucional do CADE a apenas tutelar a livre concorrência, pois não é isso que se lê nos textos legais. A missão institucional da autarquia é a "prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica", do qual derivou diretamente o seu nome: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Essa diferenciação importa, pois a ordem econômica é fundada, entre outros princípios na soberania nacional, defesa do meio ambiente e redução das desigualdades regionais e sociais.

Reconhecer que o zelo pela manutenção da concorrência é um dos vetores da ordem econômica, permite harmonizar políticas públicas voltadas à garantia da concorrência com outras destinadas a assegurar outros princípios constitucionais.

Não se pode perder de vista, sequer por um breve instante, que a missão institucional do CADE, como de qualquer outra Agência reguladora no Brasil, é "garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais" (ARANHA & LOUREIRO, 2009). Esse o propósito é a causa eficiente e final da existência (*raison d'être*) de regulação pública dos mercados.

A atuação do CADE, já na sua criação⁸⁹, por meio da Lei Nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, foi orientada em três grandes vertentes: controle (prévio) (art. 74)⁹⁰, repressão (a posteriori) (art. 2°)⁹¹ e a advocacia da concorrência junto a população (art. 17)⁹². Com

⁸⁹ O Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de Junho de 1945 (Lei Malaia), art. 19, criou a "Comissão Administrativa de Defesa Econômica (C.A.D.E.)", que detinha, entre outras, a competências de evitar "restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras emprêsas;", pois tais acordos eram "atos contrários à ordem moral e econômica." e também "contrários aos interêsses da economia nacional." Cabe nota da data desse decreto, que foi revogado pelo Decreto-Lei nº 8.167, de 9 de Novembro de 1945.

- § 1º Os atos de categoria referidos neste artigo já vigentes na data da publicação desta lei, deverão ser submetidos à aprovação do CADE, dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias.
- § 2º Os atos a que se refere o parágrafo anterior que não forem apresentados ao CADE no prazo regulamentar tornarão os seus responsáveis passíveis de multa que variará entre 5 (cinco) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo, sem prejuízo do cumprimento dessa exigência legal, sob pena de intervenção.
- § 3º Em qualquer caso será de 60 (sessenta) dias o prazo para o pronunciamento do CADE. Findo este prazo, entende-se o ato como válido até que o CADE sobre ele se pronuncie."

- I Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:
- a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades;
- b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalisão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;
- d) concentração de ações; títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas;
- e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa;
- f) cessação parcial ou total das atividades de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros;
- g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa;
- II Elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção.
- III Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de:
- a) destruição ou inutilização por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou de consumo:
- b) acambarcamento de mercadorias ou de matéria prima:
- c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo;
- d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias primas;
- IV Formar grupo econômico por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:
- a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço;

⁹⁰ O art. 74 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, assim declarava:

[&]quot;Art. 74. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE, os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou objeto de seus negócios que tenham por efeito;

a) equilibrar a produção com o consumo;

b) regular o mercado;

c) padronizar a produção;

d) estabilizar os preços;

e) especializar a produção ou distribuição;

f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinada à satisfação de necessidades conexas.

⁹¹ O art. 2° da Lei n° 4.137, de 10 de setembro de 1962, assim declarava:

[&]quot;Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, o CADE passou a ser uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e com jurisdição em todo o território nacional, sendo o Plenário do CADE composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, por meio de seu art. 7º, elencou as seguintes atribuições ao CADE:

Da Competência do Plenário do CADE

- Art. 7º Compete ao Plenário do CADE: (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).
- I zelar pela observância desta lei e seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho;
- II decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;
- III decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça;
 - IV decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE;
- V ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;
- VI aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento;
- VII apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator;
 - VIII intimar os interessados de suas decisões;
- IX requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

(...)

d) decidir sobre a existência ou não de abusos do poder econômico nos termos desta lei

 (\dots)

r) instruir o público sobre as formas de abuso do poder econômico.

b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem.

V - Exercer concorrência desleal, por meio de :

a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária;

b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa."

⁹² O art. 74 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, assim declarava:

[&]quot;Art. 17. Compete ao CADE:

- X requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei;
- XI contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta lei;
- XII apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso;
- XIII requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta lei:
- XIV requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal:
- XV determinar à Procuradoria do CADE a adoção de providências administrativas e judiciais;
- XVI firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais;
 - XVII responder a consultas sobre matéria de sua competência;
 - XVIII instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;
- XIX elaborar e aprovar seu regimento interno dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações e a organização dos seus serviços internos;
- XIX elaborar e aprovar seu regimento interno dispondo sobre seu funcionamento, na forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Geral, durante o qual não correrão os prazos processuais nen aquele referido no § 6º do art. 54 desta lei. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)
- XX propor a estrutura do quadro de pessoal da autarquia, observado o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal;
 - XXI elaborar proposta orçamentária nos termos desta lei.
- XXII indicar o substituto eventual do Procurador-Geral nos casos de faltas, afastamento ou impedimento. (Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

Com a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, precisamente, com o art. 50, as decisões do CADE deixaram de "comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendose, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições".

5.3. O Contexto Significativo, o Texto é o Texto e as suas Circunstâncias.

Seguindo o que ensina Loureiro, a realidade não deve ser ignorada quando da análise normativa, mas pelo contrário deve ser reconhecida a "importância do contexto para a atribuição de significados a textos normativos" (LOUREIRO, 2009, p. 24).

Como já dito antes, o significado não deve ser inserido no texto (na forma representativa, na objetivação da mente) com base em padrões abstratos de sentido, mas deve sim ser dele extraído levando-se em conta o contexto, os propósitos e as condições de desenvolvimento do texto . A interpretação deve se subordinar ao texto, o qual deve ser compreendido "na sua autonomia, segundo sua própria lei de formação, sua necessidade, sua coerência e a sua racionalidade interiores" (BETTI, 2007, p. XLIV), ou seja, o texto é um objeto histórico.

Importa reconhecer o texto como uma realização humana e histórica. A razão de ser da lei, ou seja, a "vontade" que se expressa por meio da norma não é, contudo, um fato psicológico, mas um preceito ou critério normativo. Por isso, quando se busca a "intenção do legislador", não se trata de evocar os espíritos dos homens que registraram a lei, mas de buscar encontrar o ponto de ponderação definido pela lei para avaliar e resolver um determinado conflito de interesses.

Assim, seguindo essa orientação, que destaca o valor epistemológico da realidade na tarefa hermenêutica de extrair norma de texto legal, passo em relance pelo "contexto significativo" (LOUREIRO, 2009, p. 17) em que estava inserida a economia brasileira no ano de 1994, ano de nascimento da Lei nº 8.884.

Para a economia brasileira, o ano de 1994 marcou a interrupção de um período inflacionário em razão da implementação de uma política pública que ficou conhecida como Plano Real (instituído com a Medida Provisória nº 434, de 27 de fevereiro de 1994). Isso importa porque os instrumentos para prevenção e repressão a abusos econômicos são severamente modificado em períodos inflacionários.

O economista Paulo Kliass, em artigo publicado no ano de 2011, pontuou alguns números que indicavam, e ainda indicam, a magnitude do fenômeno inflacionário brasileiro recente:

"Apenas a título de comparação: entre 1995 e 2010, a média da inflação oficial (IPCA) foi de 7,6% ao ano. No período mais recente, entre 2003 e 2010, a média anual caiu para 5,7%. Porém, apenas nos quatro meses que antecederam ao Plano Collor (dezembro de 1989 a março de 1990), a inflação acumulada superou a marca de 700%. Apenas nos 31 dias daquele março ela foi de 82%. Já nos 12 meses que

antecederam ao Plano Real, a inflação acumulada foi superior a 5.000%. Como se pode perceber, a diferença para os tempos atuais é significativa."93

Quando a inflação acumulada em 12 meses supera a 5.000%, torna-se difícil investigar estratégias de preços predatórias. Altos níveis de inflação podem tornar lucrativas vendas a preços nominalmente abaixo dos valores de compra, desde que, é claro, as vendas sejam à vista e as compras a prazo. Hoje, tal prática é sintoma evidente (*prima facie*) de possível predação à concorrência por meio de uso de preços artificialmente baixos.

A lucratividade resulta em vender muito e em vender caro, mas em tempos de inflação, pode ser ainda mais importante vender rápido. Rodar rapidamente todo o estoque pode ser vital para a sobrevida do negócio.

Por conta da inflação, as análises/auditorias contábeis exigiam conversão dos diversos valores a um indicador estável. Apontar valores monetários de idêntico poder de compra exigia cálculos de matemática financeira, salvo se os valores fizessem referência a datas muito próximas. Não raro, o período de um mês alteraria o significado de um número. Afinal, como visto acima, em março de 1990, os preços em todo o Brasil cresceram, em média, algo ao redor de 82%.

A desordem econômica gerada pela inflação é de tal ordem que até manter um cartel de preços é muito mais difícil. Afinal, para combinar preços, passa a ser necessário firmar acordos diários de remarcação ou estabelecer previamente critérios (fórmula ou tabela) de reajuste, e nesse último caso, corre-se o risco de se perceber depois que a variação estabelecida não foi bem calibrada e, por conta das variações dos preços dos outros produtos similares ou alterações demais dos custos do setor, o aumento de preços combinado não foi lucrativo.

O expediente de tabelar preços, cuja prática hoje por particulares pode representar o crime de cartel (tipo penal: art. 4° da Lei N° 8.137, de 27 de dezembro de 1990)⁹⁴, não só foi desempenhado por governos federais, como representou verdadeira política de Estado. Disso são exemplos o Plano Cruzado, em fevereiro de 1986, o Plano Bresser,

-

⁹³ Desafios do Desenvolvimento Brasília, DF, n.66, p.30-31 2011

⁹⁴ Merece nota que o crime de cartel, tipificado na Lei N° 8.137, de 27 de dezembro de 1990, não é objeto da competência do CADE, por um crime contra a ordem econômica, e o CADE cuida apenas dos ilícitos contra a ordem econômica.

em julho 1987, o Plano Verão, em janeiro de 1989, o Plano Collor I, em abril de 1990 e o Plano Collor II, em fevereiro de 1991⁹⁵.

A visão de HAYKE⁹⁶ de que o mercado é um mecanismo de transmissão de informação perde aplicação em contexto inflacionário. A leitura dos preços não consegue exprimir significados econômicos e deixa de conformar motivações; em português claro, os preços deixam de indicar o que é caro ou barato.

A possibilidade de comparação entre preços era, até 1994, severamente prejudicada. A única certeza onipresente era que em breve, muito em breve, todos os preços aumentariam, e não necessariamente na mesma proporção. Diante de uma possibilidade de compra, a opção de despender mais tempo com pesquisa de preços poderia significar prejuízo. A pesquisa por meio virtual ainda não era disseminada naquele período, bom sinal disso é a data de nascimento da empresa "Google", fundada em 4 de setembro de 1998⁹⁷, mais de quatro anos depois do fim da inflação brasileira e dez anos depois da nossa Constituição Federal.

O custo envolvido em um processo judicial que retarde a aquisição de um bem, pode ser muito maior. Ainda que a sentença final corrija o valor em disputa, tal atualização não necessariamente consegue representar o objeto do pedido. Para perceber os limites da correção judicial, basta notar que as correções são baseadas em índices que mensuram a perda geral de valor da moeda, mas não necessariamente a mudança de preços no mercado dos litigantes. Os preços no agronegócio da laranja, por exemplo, não oscilam necessariamente da mesma forma que os preços no mercado imobiliário urbano, até porque, as laranjas brasileiras podem sofrer concorrência externa (*tradable*). Afinal, é possível consumir aqui laranjas da Califórnia e vice-versa, mas os imóveis (*no tradables*), não são passíveis de exportação ou importação. Utilizar o mesmo índice para calcular reajustes nesses dois mercados - e isso pode ocorrer em sentenças judiciais - pode representar um erro de atualização monetária em, pelo menos, um deles.

-

⁹⁵ Estudo sobre os encontra-se disponível, nesta data, no seguinte endereço eletrônico: http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwJcFwF7I0aSDf9jyV/sitefebraban/3c_Tendencias.pdf

⁹⁶ Nas palavras do próprio Hayek, retiradas de seu artigo "The Use of Knowledge in Society", de 1951: "We must look at the price system as such a mechanism for communicating information if we want to understand its real function - a function which, of course, it fulfils less perfectly as prices grow more rigid."

⁹⁷ Conforme informação disponível em: http://www.google.com/about/company/

Ainda que a prestação jurisdicional consiga representar o exato valor do bem colocado em disputa, o enxugamento da liquidez durante a tramitação pode fechar uma empresa em razão da falta de capital de giro para mover os negócios.

Portanto, pensar em defesa da concorrência no Brasil é pensar em algo muito novo. A experiência em formular políticas públicas para garantir rivalidade entre agentes econômicos é algo que só começou em 1994, não só pelo nascimento da Lei 8884, mas também pelo sucesso do Plano Real.

Essa linha de pensamento pode seguir ainda mais e, em exercício puramente teórico, indagar se apenas as dificuldades elencadas acima já não permitem reconhecer algum grau de "déficit na análise dos fatos verificados por parte do órgão legislativo" (MENDES, 2000) quando o Parlamento estabelece políticas públicas para tutela da concorrência em economias vitimadas por hiperinflação, como era a nossa. Cabe perguntar se, diante de um contexto inflacionário, a crença Parlamentar na plena viabilidade de políticas de defesa da concorrência não seria uma falha de prognóstico legislativo. E se for - se a reposta a questão acima for positiva -, se o controle inflacionário for aceito como condição de existência jurídica de políticas antitrustes, passa a ser forçoso aceitar a importância precedente de políticas de combate à inflação por sobre políticas de proteção à concorrência.

6. Conceituação Jurídica de Ilícito Concorrencial no Brasil

6.1. O ilícito Concorrencial no Brasil

A definição legal de ilícito concorrencial pode ser extraída da leitura combinada dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8884/94.

A primeira característica do ilícito concorrencial digna de nota é a ausência da sistemática penal de "tipos". Como o rol de infrações apresentado pelo art. 20 da Lei nº 8884/94 é exemplificativo, a lei concorrencial traz "hipóteses de incidência" e não "tipos". A dicção legal "atos sob qualquer forma manifestados" do art. 20 da referida lei também contraria qualquer intenção de adotar a técnica penal fundada em "tipos" como método de definição jurídica de ilicitude concorrencial. Segue o rol exemplificativo ("numerus apertus") de condutas caracterizadas como infrações da ordem econômica:

- Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).
- I fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;
- II obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes:
- III dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários:
- IV limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- V criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- VI impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VII exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VIII combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;
- IX utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- X regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- XI impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- XII discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XIII recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem:

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

- I o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;
- II o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;
- III o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

A segunda característica é uso da proporcionalidade (regra da razão) na configuração do ilícito. Qualquer conduta, até mesmo as descritas no art. 21 acima, só configurará ilícito concorrencial se tiver por objeto ou puder resultar em algum dos efeitos descritos no art. 20, que pode ser lido abaixo:

- Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).
- I limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa:

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

O caput do artigo acima traz duas hipóteses de infração: (1) ter por objeto ou (2) produzir os efeitos indicados nos incisos que desdobram o artigo. Cabe notar que a adesão irrefletida na crença da racionalidade econômica dos indivíduos (homo economicus) pode reduzir a primeira hipótese de infração a um corolário da segunda; afinal, supor que o indivíduo age racionalmente, implica em aceitar que ele não irá voluntariamente praticar atos que não concretizem os seus objetivos, atos que não possam realizar (tornar real) os propósitos que almeja.

Portanto, se indivíduos racionais apenas escolhem desempenhar ações que possam produzir os efeitos que objetivam ver concretizados, tentativas de cartelizar mercados que não se prestam à dominação ("cartelização") - tais como os mercados fortemente expostos à concorrência de produtos de importação, por exemplo -, não podem ser consideradas como ilícitos concorrenciais. Afinal, se não é possível atingir os fins, não há que se pensar que alguém racional trabalhou buscando os meios.

Exemplo dessa lógica é voto do falecido Conselheiro Luis Fernando Schuartz, Processo nº 08012.005669/2002-31, mais precisamente no desenvolvimento apresentado nos parágrafos 57 até 70 do referido voto, que decidiu pelo arquivamento de alegado fechamento do mercado de transporte de veículos novos por empresas de "caminhões cegonhas".

Vale, como se vê, a constatação de sociologia weberiana de que "a motivação das ações humanas é muito mais complexa do que supunha a economia" (FRAZÃO, 2006, p. 152)

A terceira característica é a singularidade do texto legal (art. 20, *caput*) aponta a existência de infração independentemente de culpa, tanto para pessoas físicas quanto para pessoas jurídicas⁹⁸. Apesar da expressa dicção legal, esta pesquisa não encontrou uma única deliberação do CADE reconhecendo como ilícita uma conduta cuja autoria tenha sido reputada livre de qualquer culpa ou, mais até, de qualquer dolo. Note-se que (1) não se está tratando aqui de responsabilidade sem culpa; mas, sim, de ilicitude sem culpa; e que (2) não há adoção da técnica de tipos penais, na qual a investigação quanto à responsabilização criminal desdobra-se em (2.1) verificar tipicidade da conduta

_

⁹⁸ O art. 36, III, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, passou a condicionar a aplicação de multa "no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida" à comprovação de "sua culpa ou dolo". Por se tratar de lei recente, ainda não há definições jurisprudências quanto à retroatividade benéfica deste ponto da lei sancionadora.

praticada, da qual pode resultar um juízo de antijuridicidade da conduta, e segue (2.2) para presença de excludentes de culpabilidade/reprobabilidade. A legítima defesa, por exemplo, refere-se à prática de ato típico (antijurídico), mas não reprovável.

A quarta característica é a anterioridade da eficácia econômica à eficácia jurídica. Por se tratarem de leis que interferem no mercado, as leis aqui analisadas possuem grande capacidade de alterar comportamentos ainda durante a "vacatio legis".

Para bem analisar aqui o abuso do direito de petição, importa atentar que as leis, mesmo antes de sua vigência, podem produzir efeitos econômicos consideráveis. Um bom exemplo são leis que alteram regras de zoneamento urbano, precisamente, normas que autorizam a construção de prédios onde antes só podiam ser edificadas casas. Tais leis podem alterar os preços dos terrenos tão logo sejam publicadas. Mais até, o impacto da publicação (efeito) sobre as relações mercantis no mercado imobiliário pode ser maior do que o impacto do início da vigência. O mercado pode reagir menos ao direito posto e operante do que a direitos ainda pressupostos.

Essa característica revela que a aptidão legal de produzir efeitos não cabe no tempo e no espaço da eficácia jurídica. Investigar o abuso no manejo (uso impróprio) de instrumentos processuais merece, portanto, não só uma análise jurídica dos interesses processuais envolvidos, mas também dos efeitos econômicos, pois ainda que determinada norma não seja atuante/operante na esfera jurídica, o pode ser na esfera econômica.

7. Aplicação pelo CADE da Sham Litigation

7.1. Casos de Abuso de Representação Poder Público

Neste capítulo serão analisados os casos de abuso no direito de representação junto ao Poder Público. Não há menção explícita ao uso da "sham litigation" em todos os casos que serão apresentados e alguns não irão tratar de abuso do direito de petição, mas todos julgaram interferências abusivas na formação da vontade estatal.

7.2. SINPETRO, Grupo Cascão (Gasol) e Grupo Igrejinha (2004)

O Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77 tratou de cartelização nos postos de combustíveis do DF. Os acusados, o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal- SINPETRO/DF, o Grupo Cascão (do qual faz parte a Rede Gasol) e o Grupo Igrejinha, foram todos condenados por conduta concertada entre concorrentes (acordo de não venda de óleo diesel aditivado no mercado do Distrito Federal-DF) e por impedir a entrada de novos concorrentes no mercado.

A denúncia que deu causa ao processo trouxe também acusação de que os postos do DF estariam fixando os preços de revenda, mas essa conduta deixou de ser objeto da análise, pois era objeto de outro processo administrativo. O voto não tratou desse ponto, ainda que tenha reconhecido que "o setor de revenda de combustíveis no Brasil é um setor extremamente organizado, cuja atividade traduz um grande corporativismo e ajuda mútua entre os seus integrantes."

O acervo probatório foi composto basicamente de depoimentos que relataram a existência de reuniões frequentes entre os associados na sede do Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal - SINPETRO/DF. As reuniões tinham pautas, sistema de deliberação organizado e envio de "correspondência comunicando os seus filiados das decisões tomadas".

Na ata de reunião do SINPETRO/DF, ocorrida no dia 18/04/94, na qual estiveram presentes os representantes das redes Igrejinha e Gasol, consta o seguinte registro:

"O Senhor Carlos disse que temos de continuar trabalhando para impedir o deferimento do pedido do Carrefour"

O "pedido do Carrefour" citado acima é o pleito do Grupo Carrefour junto ao Poder Público para instalar posto de combustível em parte da área de estacionamento ao redor de seus hipermercados. No voto, o então Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer apresentou evidencias de que diversas reuniões do SINPETRO/DF buscaram encontrar meios para obstar o deferimento deste pleito do Grupo Carrefour. O SINPETRO/DF enviou ofício ao Secretário de Viação e Obras buscando "esclarecer a V.Sa. os danos que poderão ocorrer se tal concessão for permitida" e municiar o Poder Público das "adequadas e prontas providências para barrar a descabida e ilegítima pretensão do CARREFOUR".

O pleito do SINPETRO/DF contou com apoio de parlamentares:

"O Deputado enfatizou sobre a 'União' que deve existir entre os Revendedores; que a 'margem é pequena pela responsabilidade que temos'; que o Carrefour não precisa de combustíveis para sobreviver;" (...) e enfatizou mais uma vez o dito sobre o 'Espírito de União da classe' para que não haja guerra interna (...) Logo após mencionou a presença do Sr. Clarindo, candidato suplente a Senador, que está tomando providências sobre o churrasco previsto (...) com a presença dos candidatos do GDF, onde poderão ser tratados, dentre outros, os seguintes assuntos: Carrefour"

As reuniões na sede do SINPETRO/DF chegaram a detalhar "minuta de projeto de Lei referente proibição da construção de postos em áreas de grande aglomeração":

"O Sr. Carlos (...) submeteu a (sic) apreciação dos presentes uma minuta de projeto de Lei referente à proibição da construção de postos em áreas de grande aglomeração, tais como cinema, igrejas e comércio de uma maneira geral, devendo-se ser observado um afastamento de 500 metros dessas áreas. O sr. Carlão não concordou, e deu a seguinte sugestão: Art. 1º Fica proibido a transformação ou extensão de uso de qualquer área para os fins de construção de Posto de combustíveis. Art. 2º A Terracap é a única empresa que poderá pleitear a criação dessas áreas e destinados, exclusivamente, através de licitações públicas. Art. 3º A Terracap não poderá indenizar com terrenos os postos de gasolina em áreas que forem desapropriadas de outros donos de comércio."

Merece destacar que essa tentativa de estabelecer legislação isolando geograficamente os postos de gasolina jamais fez parte do projeto urbano de Brasília; o Plano Piloto, que é a região central de Brasília, é uma área inteiramente entremeada por diversos postos de gasolina. O traçado urbanístico de Brasília, desde a sua concepção, impôs rara intimidade entre áreas residências e postos. Assim é até hoje, os postos de combustíveis

são vizinhos constantes dos moradores da Capital da República, e até onde esta pesquisa alcançou, não há, nem nunca houve, qualquer esforço público tendente a modificar essa realidade que já faz parte da paisagem da cidade.

O SINPETRO/DF congregava 163 postos dos 172 então existentes no DF, "ou seja, o grau de sindicalização era de 94,76%". Já as empresas acusadas, detinham juntas 40% do mercado de revenda de combustível no DF. Os acusados, portanto, detinham expressiva fatia do mercado.

Em outra reunião no SINPETRO/DF, que também teve por tema o esforço de convencimento junto ao Poder Público, surgiu a resolução apontada abaixo:

"O assunto foi bastante debatido, tendo sido sugerido pelo Sr. José Carlos uma audiência com o Governador do DF"

O SINDIPETRO defendia "que o Carrefour pretende, por meio da alteração da destinação do uso do solo, instalar postos de combustíveis em terrenos que já estão sob seu domínio e que não são apropriados para tanto, em fraude ao Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal, bem como à necessária licitação pública para a aquisição de terreno com destinação específica, com o intuito de obter uma vantagem ilícita e estabelecer uma concorrência desleal e predatória, em detrimento da comunidade e do interesse público."

Já a Rede Gasol afirmava que as ações movidas pelo SINDIPETRO demonstram sua "preocupação de se preservar a estrita legalidade" e evitar "mudança na destinação de terreno, em total arrepio às normas de tombamento desta capital e sem que houvesse a necessária licitação pública" e conclui afirmando que "o que restou acertado naquelas atas não foi a tentativa de impedir que o Carrefour entrasse no mercado de combustíveis, mas sim que ingressasse com preços muito inferiores aos preços praticados no mercado (...)".

Em resposta a todo esse empenho, foi promulgada a Lei Complementar do Distrito Federal n.º 294/2000, de 27/06/2000, da lavra do então governador Joaquim Domingos Roriz, tratando da cobrança em caso de nova afetação de imóvel comercial, a chamada "outorga onerosa", e por meio do parágrafo 3º do art. 2º proíbe a presença de postos de abastecimento nos estacionamentos de supermercados, hipermercados, teatros, cinemas, shopping centers, escolas e hospitais públicos:

"Art. 2º A outorga onerosa da alteração de uso constitui-se em cobrança, mediante pagamento de valor monetário, pela modificação ou extensão dos usos e dos diversos tipos de atividades que os compõem, previstos na legislação de uso e ocupação do solo para a unidade imobiliária ou quaisquer dos seus pavimentos, que venham a acarretar a valorização dessa unidade imobiliária."

"§ 3º Fica expressamente vedada a 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."

O voto reputou a Lei Complementar do Distrito Federal n.º 294/2000 como sendo inconstitucional⁹⁹, mas ao mesmo tempo se reconheceu incompetente para "adotar uma posição final quanto à natureza da lei em questão (...) tal questão deve ser interpretada pelos entes legitimados à propositura de ação apta à declaração da inconstitucionalidade da indigitada lei" e entendeu "pertinente que se envie cópia do presente voto ao Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal, para que tome as medidas que entender pertinentes. Deve ser enviada cópia igualmente ao Excelentíssimo Procurador-Geral da República, para que também tome as providências que entender cabíveis."

O voto teve o cuidado de externar que a posição ali adotada "acerca da inconstitucionalidade da Lei Complementar no 294/00 (...) não pode ser entendida como censura ao Poder Legislativo do Distrito Federal ou qualquer forma de cerceamento à sua liberdade legislativa. Trata-se apenas de cumprimento de um dever do CADE (art. 7°, 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."

O voto declarou que "as representadas utilizaram-se, abusivamente, do seu inegável poder econômico (...), com o intuito de eliminar a possibilidade da concorrência potencial a ser exercida por redes de hipermercados."

O voto fez plena diferença ao valorar os diferentes elos da cadeia de atos que resultaram direta e efetivamente na obra que imediatamente agrediu direitos concorrências, que foi

72

⁹⁹ Conforme dicção do próprio voto: "Assim, a desproporcionalidade entre a medida adotada e a lesão a que alegadamente se pretendia evitar resta patente, havendo uma indevida distribuição de ônus, violando frontalmente os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade ora invocados. Patente, portanto, a inconstitucionalidade da Lei Complementar/DF 294/00, em face à Constituição Federal de 1988."

a Lei Complementar nº 294/00. O voto considerou a lei inconstitucional e ilícito o esforço para sua aprovação ("VI.2.3 Do envolvimento direto na edição da Lei n.º 2.526/00") feito por particulares¹⁰⁰, mas não fez "censura ao Poder Legislativo", como pode ser lido:

De fato, constam dos autos provas suficientes para corroborar a pressão exercida pelas representadas sobre determinados parlamentares e membros do executivo do DF, bem como membros da Secretaria de Viação e Obras do DF, como intuito exclusivo de barrar a entrada do Carrefour no mercado de revenda de combustíveis.

Importante ressaltar que não se pretende aqui punir a atividade legislativa, já que entendo que a liberdade de se legislar é prerrogativa do Poder Legislativo, que não lhe pode ser retirada. Também não se trata de averiguar a conduta de nenhum membro do Poder Legislativo ou do Poder Executivo do Distrito Federal, dado que se está avaliando apenas a conduta de agentes econômicos privados. Tanto isto é verdade que não inclui em meu voto a menção a nenhum nome de autoridade constante nas atas, pois não se está em nenhum momento avaliando qualquer envolvimento destas autoridades na conduta em questão, pois elas não constam dentre as representadas. O que se pune aqui é a ação concertada dos representados no sentido de impedir a entrada de novo concorrente, agindo de forma concertada e exercendo grande e contínua pressão para que não fosse autorizada a entrada do concorrente do ramo do setor supermercadista.

A "pressão exercida de forma coordenada para evitar à entrada de concorrente no mercado", precisamente, impedir a entrada do Grupo Carrefour, foi bem sucedida. A rede de supermercados, até a presente data, não conseguiu instalar postos de combustíveis nas áreas de estacionamento que circundam seus hipermercados.

Este voto inaugurou a postura do CADE de sancionar apelos abusivos feitos ao Poder Público.

7.3. Valadarense X Oliveira Torres (2006, 2011)

O Processo Administrativo nº 08012.005610/2000-81, apesar de concluído em 2011, recebeu atenção do Plenário do CADE em 2006, quando foi rejeitado o arquivamento de averiguação preliminar que analisava representação movida pela Viação Oliveira

¹⁰⁰ O Voto concluiu determinando "a imediata cessação da prática infrativa, abstendo-se o SINPETRO-DF liderar, ou participar de qualquer conluio entre os seus filiados, **seja para evitar a entrada de outros competidores no mercado relevante do DF**, seja para adotar conduta comercial uniforme." (grifos deste)

Torres, que acusava a Empresa Valadarense de Transporte Coletivo de lhe dificultar o acesso para "atuar em determinado bairro do Município de Alpercata" e impedi-la de colocar ponto de parada de ônibus no lado externo da Rodoviária de Governador Valadares.

Ambas as empresas, representada e representante, atuavam no transporte coletivo e com superposição parcial entre as linhas atendidas (12 km) na parte dos trajetos que ocorria em perímetro urbano. Apesar da superposição parcial dos itinerários, a representante, Viação Oliveira Torres, operava em transporte intermunicipal, por delegação do Estado de Minas; já a representada, Valadarense de Transporte Coletivo, em transporte intramunicipal, por delegação do município de Governador Valadares, que "concedeu a prestação do serviço de transporte coletivo municipal à representada sob o regime de exclusividade de atuação nas linhas especificadas no instrumento contratual".

A razão da discórdia foi o pedido da Viação Oliveira Torres junto ao Poder Público Estadual de alteração da natureza de sua rota, que passaria a ser considerada semiurbana, com redução do valor da passagem e uso de ônibus com duas portas e roleta. O pedido foi atendido e a rota passou a ser semiurbana.

A empresa Valadarense de Transporte Coletivo, que era concessionária do transporte municipal, viu essa reafetação da linha como um ingresso que desrespeitava seu contrato de exclusividade na prestação de serviço de transporte no interior do município de Governador Valadares. E passou a manejar diversas impugnações e um mandado de segurança junto ao Poder Público Estadual requerendo a reconsideração da decisão já adotada, conseguindo que o serviço de Viação Oliveira Torres na rota voltasse a ser apenas interestadual: ônibus sem catraca, única porta e passagem mais cara.

Diante disso, a Viação Oliveira Torres ingressou no SBDC acusando abuso do direito de petição com danos a concorrência. Alegou que apenas requereu mudança na natureza de sua linha e, como frisou o ex Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo "essa modificação foi feita dentro dos direitos que foram atribuídos à Oliveira Torres em seu contrato de concessão e mediante autorização do DER-MG, o órgão regulador do transporte intermunicipal." No voto, o relator, o então Conselheiro Luis Fernando Schuartz reconheceu existirem "indícios nos autos de que a representada teria exercido influência pelo menos junto a órgãos do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de

Minas Gerais e da prefeitura municipal de Governador Valadares, no sentido de restringir a concorrência na prestação de serviços de transporte coletivo".

O então Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, apresentou voto-vista, por meio do qual

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

Uma empresa, portanto, detinha contrato municipal; a outra, estadual, e entre as duas havia 12 km de interseção no itinerário de suas rotas. Os 12 km não só marcavam a interseção nos seus serviços, mas eram o objeto coincidente de sobreposição regulatória municipal e estadual.

Em 29 de julho de 2006, o conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça reconheceu que não havia abuso do direito de petição, mas um conflito regulatório e decidiu pelo arquivamento do caso. 101

7.4. Baterias Moura (2007)

A Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72 tratou de denúncia contra as empresas (1) Enersystem do Brasil Ltda., (2) Optus Indústria e Comércio Ltda., (3) Newpower Sistemas de Energia Ltda., (4) Nife Baterias Industriais Ltda. e (5) Eaton Power Quality Indústria Ltda., que foram todas acusadas pela representação que apresentaram conjuntamente à Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, questionando "acerca da certificação das baterias estacionárias ventiladas oferecidas pelo Grupo Moura, as quais, estando supostamente em desacordo com as normas técnicas da Anatel, permitiam sua venda a preços manifestamente mais baixos que aqueles praticados pelas denunciantes."

O questionamento junto à Agência Reguladora foi acusado de ser uma "conduta desleal ou atentatória à concorrência visando seu alijamento do mercado".

¹⁰¹ A acusação de "abuso de direito de petição/ação com fim anticoncorrencial (sham litigation)" em ambiente sujeito a conflito regulatório também foi objeto da Averiguação Preliminar n. 08012.001397/2008-95 (Consórcio Gemini X Companhia Paulista de Gás S/A - COMGAS), que não será aqui analisada por escapar ao recorte temporal desta pesquisa, que vai de 2004 até 2010; a Averiguação Preliminar n. 08012.001397/2008-95 foi definida por voto proferido em 26 de setembro de 2012.

As empresas justificaram o questionamento quanto à regularidade técnica das baterias Moura junto à Agência Reguladora pelo "fato de que, enquanto as baterias das representadas eram vendidas a aproximadamente R\$ 200, a mercadoria da representante era comerciada a R\$ 50", em razão dessa diferença significativa, as acusadas buscaram saber "se os preços mais baixos praticados pela Moura eventualmente decorreriam de infração às normas técnicas impostas pelo órgão regulador."

O voto, do ex-Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, considerou a razão apresentada justificável e decidiu pelo arquivamento do feito, no que foi unanimemente acompanhado pelo Plenário.

O então Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva apresentou voto-vista por meio do qual buscou melhor examinar "o direito de petição e suas implicações na configuração de certas infrações à ordem econômica".

Destacou que naquele caso não houve abuso do direito de petição, visto que a própria Anatel reconheceu que o procedimento de certificação da bateria padeceu de vícios.

O voto-vista descreveu a construção jurisprudencial da "sham litigation" nos EUA, e destacou alguns pontos sobre as regras de aplicabilidade:

"A Federal Trade Commission publicou, em novembro de 2006, um relatório sobre as perspectivas de aplicabilidade da doutrina. Embora reconheça que, corretamente aplicada, a doutrina presta-se a proteger a liberdade de expressão e o direito de petição, em favor da democracia representativa, o trabalho da FTC visa a evitar interpretações desnecessariamente amplas da doutrina, que acabam por proteger abusos de direito de petição, impondo custos significativos para os consumidores.

Após descrever a evolução da jurisprudência e seus parâmetros de aplicação, o relatório recomenda seja dotada interpretação no sentido de que as condutas protegidas pela Noerr-Pennington não se estendem a: i) pedidos fora da arena política que procuram apenas um "ato ministerial", assim entendido o ato que não depende de discricionariedade; ii) informações errôneas (misrepresentations), fora da arena política; e iii) petições repetidas, fora da arena política, apresentadas sem preocupação com o mérito, para prejudicar concorrentes numa tentativa de suprimir a concorrência.

Embora seja impossível, e mesmo indesejável, a transposição da doutrina Noerr-Pennington aos casos analisados por este Conselho, não se poode negar valor analítico a jurisprudência do tribunal constitucional estadunidense e às recomendações práticas da Federal Trade Commision. De fato, mais importantes que as respostas às situações concretas, nem sempre à primeira vista coerentes, são as perguntas formuladas. 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? Tais questões são relevantes não apenas para analise da hipótese dos autos, mas também para o exame do processo administrativo mandado instaurar por este Conselho, em vista de suposto "abuso de direito de petição".

Não há dúvida de que, também entre nós, o direito de petição goza de proteção constitucional: o art. 5°, XXXIV, a, da Constituição, assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas "o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder". Certo é também que, em doutrina, caracteriza-se o direito de petição como "prerrogativa democrática" e como "instrumento político-fiscalizatório dos negócios do Estado que tem por finalidade a defesa da legalidade constitucional e do interesse público geral", desvinculando-se seu texto exercício "da comprovação da existência de qualquer lesão a interesses próprios do peticionário". Não é menos certo, contudo, que o direito de petição, como qualquer direito, não se exerce em abstrato, cabendo repetir a pergunta: em quais circunstâncias seu exercício abusivo pode configurar infração à ordem econômica?

Não se trata aqui, obviamente, de discutir o direito de petição sob o ponto de vista de uma hermenêutica constitucional, o que refoge inteiramente à competência deste Conselho, mas simplesmente de tentar extrair da jurisprudência destilada pelos tribunais norte-americanos alguns parâmetros para analise de situações trazidas ao SBDC, nas quais a atividade de peticionar ao Estado pareça de algum modo colidir com os bens jurídicos tutelados pela lei antitruste.

O voto-vista estabeleceu três parâmetros interpretativos: "o primeiro parâmetro interpretativo a ser firmado diz respeito à ampla proteção do direito de petição quando exercido na arena política", pois "numa democracia representativa a comunicação entre representados e representantes é essencial para formação da vontade política que se traduz na legislação aprovada pelo Parlamento. 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."

O segundo parâmetro interpretativo "concerne à proteção do processo decisório do Estado. Não cabe à autoridade antitruste verificar se tal ou qual decisão do Executivo ou se tal ou qual lei editada pelo Legislativo são viciadas. Para isso existem leis e competências próprias."

E apresentou como corolário dos parâmetros anteriores a conclusão "que a capacidade de a autoridade antitruste constatar abuso de direito de petição é bastante limitada", e deixou a orientação de, assim como ocorre na jurisprudência norte-americana, deve se reconhecer que "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".

7.5. SEVA SIEMENS (2008)

O Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51 tratou sobre o mercado nacional de venda de tacográfos (ou cronotacógrafos), que são medidores/registradores instantâneos de velocidade de uso obrigatório por ônibus e caminhões.

A empresa SEVA acusou a SIEMENS de "uso de influência política para criação de barreiras à entrada de novos produtos" e de "uso espúrio do direito de ação com intento ardiloso de promover exclusão de concorrentes." Segundo SEVA, SIEMENS buscou influenciar o Poder Público para retirar do mercado o cronotacógrafo modelo SV2001, fabricado por SEVA, que foi homologado pelo DENATRAN por meio da Portaria n. 50, de 26 de outubro de 2001, sendo essa homologação revogada por meio da Portaria n. 53, de 06 de dezembro de 2001. E, por meio da Portaria n. 01, de 15 de janeiro 2002, o DENATRAN revogou a Portaria n. 53/2001, restabelecendo vigência da lei anteriormente revogada.

Segundo SEVA, "essa sequencia de arrependimentos administrativos por parte do DENATRAN, teve por causa o Ofício n. 477/2001-GP encaminhado pelo Deputado Federal Luiz Gonzaga Patriota ao Ministério da Justiça" que movimentou este pedido em razão de "estreita relação com o Sr. Sten Sorensen, Presidente da SIEMENS VDO".

O voto que definiu o caso reputou o CADE como "órgão competente para processar administrativamente alegações de infrações da ordem econômica, mesmo que essas alegadas infrações sejam cometidas por parlamentar", mas afastou preliminarmente a acusação, por entender não existir crime de opinião por parte de parlamentar, de acordo com o art. 53 da Constituição Federal, e, portanto, concluiu sobre este ponto não ser "possível retirar qualquer efeito jurídico do fato narrado".

SIEMENS também foi "acusada de, aproveitando-se da existência de conflito entre as normas do INMETRO e do DENATRAN (Resolução Contran nº 92/99 deve prevalecer em face da Portaria Inmetro nº 01/99), propor ações judiciais demandando o cumprimento de legislação que - segundo alega a representante - sabia ser inaplicável, visto apresentar antinomia intransponível com mandamento de outro dispositivo legal (Regulamento Técnico Metrológico anexo a Portaria INMETRO n.º 001, de 08.01.1999). Precisamente, a representada manejou duas ações demandando cumprimento da Resolução n. 92, de 4 de maio de 1999, do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN."

O então Conselheiro-Relator FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN afastou "a pertinência de questões processuais" no exame da matéria e assim se posicionou:

Neste contexto, o recurso ao Judiciário se afigura como mais uma possível ferramenta à disposição do empreendimento que deseja afastar seu concorrente. Trata-se de um mecanismo extremamente eficaz: todo o poder do Estado apoiará a iniciativa de afastar o concorrente, desde que o agente seja capaz de convencer um juiz a, ainda que temporariamente, impor a ordem desejada. Em um ambiente institucional como o brasileiro, em que juízes sobrecarregados de trabalho são forçados a tomar decisões de vida ou morte em poucas horas e, em muitos casos, sem possibilidade de aprofundamento da pesquisa sobre os fatos, a prática pode ser particularmente atraente.

(...)

O ponto fulcral para a caracterização da conduta ilícita em questão pode ser entendido como a promoção de fim anticompetitivo espúrio com base em ação desnecessária para a proteção de direito legítimo da parte. Trata-se essencialmente de uma questão de proporcionalidade entre os interesses econômicos defendidos pela demanda ajuizada, os mecanismos empregados para a promoção de tais interesses e o efeito negativo sobre a competição gerado pelo ajuizamento.

Ao aferir a admissibilidade de uma ação, a principal preocupação do juiz é de ordem processual. Busca ele sondar se a parte possui fundamento e legitimidade para promover a ação. A adequação da conduta da parte ao longo do processo é aferida apenas tendo em vista o seu objetivo final no processo, qual seja, a obtenção de decisão favorável pelo órgão judicial.

Este não é o foco da análise antitruste. Uma ação pode ser impecável do ponto de vista processual, e ainda assim constituir obstáculo ilegal ao funcionamento de um concorrente. Suponha-se que um empresário ajuíze ação contra novo estabelecimento

que tenha recentemente se instalado em sua vizinhança. O autor alega o não cumprimento a diversas obrigações de edificação, sustentando possíveis danos decorrentes da instalação do novo estabelecimento. O juiz responsável pela causa pode considerar plenamente válido o ajuizamento: todas as condições da ação estariam presentes no caso. E, ainda assim, pode-se descobrir, ao final, que não havia qualquer fundamento de mérito para a ação: tratava-se apenas de expediente empregado para atrasar ou desencorajar a entrada do novo estabelecimento. O caráter anticompetitivo é evidente, não obstante a plena obediência aos imperativos de direito processual.

Tem-se, assim, que decisões sobre a admissibilidade de uma demanda não são pertinentes para a aferição da licitude da prática. Questões como interesse de agir e legitimidade processual, embora tenham sido constantemente debatidas ao longo dos autos, não constituem qualquer indicativo definitivo acerca da natureza anticoncorrencial de uma ação.

É importante notar, ainda, que em nenhum momento se cogitou cercear a possibilidade de acesso ao Judiciário. Toda a ação investigativa do SBDC ocorre posteriormente à realização de conduta pelo investigado. Não se cria aqui nenhum obstáculo a que uma parte acione o Estado-Juiz; apenas se admite punir essa ação em face de violação à legislação antitruste. Admite-se punir o agente, nessa hipótese, da mesma forma que se puniria alguém que cometesse um crime durante uma audiência judicial, por exemplo.

Assim, não se aceita aqui que "OS MEIOS JUSTIFIQUEM OS FINS".

O então Conselheiro-Relator FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN discorreu sobre "uso equivocado do conceito de free-rider", lastreado na doutrina de três livros de microeconomia¹⁰², e com isso afastou a tese da defesa de que haveria um ganho parasitário de SEVA em conseguir, sem ter gastos com pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos, colocar no mercado produtos de qualidade inferior. E conclui que:

_

¹⁰² As referencias apresentadas no aludido voto foram:

^{8 &}quot;Free riding is said to take place when a person refrains from taking a costly action because he or she knows that someone else will undertake it (which allows the free rider to reap the benefits without bearing the costs)" KATZ, Michael L. e ROSEN, Harvey S. Microeconomics. Irwin/McGraw-Hill, 1998. p. 221

⁹ VARIAN, Hal R. Microeconomia: princípios básicos. Rio de Janeiro: Campus, 1997. PP. 626-627

^{10 &}quot;Em função dessas características, o fornecimento de bens públicos dá margem a um tipo de comportamento oportunista conhecido como o problema do "carona" (free rider): a possibilidade de usar sem pagar. O mercado tende a falhar no fornecimento de bens públicos pois os incentivos para o ofertante são insuficientes. Como solução, esses bens devem ser ofertados diretamente pelo Estado ou por meio de concessões." KUPFER, David e HASENCLEVER, Lia. Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. PP. 551-552

Concluo, do exposto, que as ações da Siemens (1) fundamentam-se em regulamento (Res. Nº 92/99) de aplicabilidade questionável; (2) forçam o aumento na rigidez com que esse regulamento era aplicado pela Administração, quebrando a isonomia até então prevalecente; (3) se baseiam em argumentos técnicos inválidos ou de relevância reduzida; (4) se sustentam no fornecimento ao Judiciário de informações premeditadamente insuficientes e imprecisas e (5) consolidam-se pela obtenção de medida desnecessária para a Siemens, mas de efeitos devastadores para a SEVA. É evidente a má-fé da representada e o dano causado à concorrência no mercado. A conduta da Siemens é claramente abusiva, uma vez que caracterizada a má-fé, o claro intuito ilícito anticompetitivo e os fundamentos objetivos precários em que se sustentavam as ações

Ante o exposto, voto pela condenação da prática como incursa no art. 20, incisos I, II e IV da Lei nº 8.884/9418.

Em voto-vogal, que foi o voto condutor da deliberação do Plenário, o então Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, lembrou da presunção de legitimidade de que gozam os atos administrativos, com base no que não reconheceu qualquer "mácula na conduta da representada em perseguir, por meio da via judicial, o cumprimento de normativo vigente e vocacionado para o exato uso ao qual se intentou vê-lo aplicado."

7.6. Amitech X Saint-Gobain (2009)

O caso interessa pelo voto proferido pelo então Conselheiro César Costa Alves de Mattos no julgamento do Recurso Voluntário nº 08700.003484/2009-18, Processo Administrativo nº 08012.004572/2007-15, que tratou de denegação de medida preventiva pleiteada junto à Secretaria de Direito Econômico – SDE.

A empresa Amitech acusou a Saint-Gobain de prática de conduta anticompetitiva no mercado de tubos e conexões de diâmetro médio para transporte de fluidos (água e esgoto) pressurizados. Segundo a acusação, Saint-Gobain manejou ações junto ao "Poder Judiciário, visando impugnar editais que permitem a concorrência dos tubos de PRFV aos tubos de ferro dúctil."

Segundo a acusação, Saint-Gobain, que era a única fabricante nacional de tubos de ferro fundido dúctil de diâmetro médio, buscava evitar a concorrência da Amitech em licitações públicas, visto que a Amitech comercializava tubos feitos de poliéster reforçado com fibra de vidro (PRFV).

A prática imputada à Saint-Gobain consistiria em:

- "i. Divulgação de informações enganosas contra a qualidade dos tubos em PRFV;
- ii. Realização de questionamentos protelatórios contra a normatização dos tubos de PRFV pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT);
- iii. Sham litigation, por meio do Poder Judiciário, visando impugnar editais que permitem a concorrência dos tubos de PRFV aos tubos de ferro dúctil."

A Medida Preventiva denegada, objeto do presente recurso, teria como objetivo determinar que a Saint-Gobain:

- i. interrompa a campanha publicitária, consistente na distribuição do CD-Room "Ferro dúctil x PRFV", que conteria informações contra os tubos PRFV;
- ii. não ingresse no Judiciário com ações impugnando editais de licitação que permitam a participação da Amitech; e
- iii. pare de apresentar objeções e questionamentos durante o processo de normalização dos tubos de PRFV junto à ABNT.

Esse é um ponto interessante do caso. A medida preventiva solicitava a suspensão do direito de petição da acusada, que não foi obtida. O voto não impediu o acesso da representada ao Judiciário até porque, neste caso "a concessão de medida preventiva poderia incorrer no *periculum in mora* reverso". De modo semelhante, a SDE já havia expressamente reconhecido que o "acervo probatório não é suficientemente robusto para que seja cabível" medida preventiva impondo "restrição ou relativização do direito de petição aos órgãos administrativos e o acesso ao judiciário, bem como de direitos inerentes à atividade econômica, como o direito de propaganda."

Merece notar a atual falta de meios processuais que sirvam especificamente para oferecer defesa a pretensões descabidas (*exceptio doli*).

O voto reconheceu plausibilidade das censuras que a empresa teceu quanto à qualidade do produto da concorrente. O voto teve o cuidado de detalhar em tabela todos os reparos feitos aos tubos de PRFV e "Com exceção da questão da alimentariedade da água conduzida pelos tubos de PRFV, observa-se que os demais argumentos elencados na tabela, ou estão baseados em documentos comprobatórios corroborando as posições de cada parte, ou não evidenciam a conduta de enganosidade." E concluiu "pelo

conhecimento do presente recurso voluntário e pelo seu não provimento, mantendo a decisão da Secretaria de Direito Econômico pela denegação da medida preventiva".

7.7. Alcoa Alumínio S.A. (2010)

Na Averiguação Preliminar nº 08012.005727/2006-50, a "representada foi denunciada por, supostamente, restringir a concorrência na oferta de perfis de alumínio destinados a portas e janelas, por meio de pedidos fraudulentos de registros de desenho industrial e patentes de modelo de utilidade, junto ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI, seguidos de ações judiciais impetradas contra os supostos violadores desses registros e patentes, além de distribuir um comunicado ao mercado, induzindo os consumidores e concorrentes a erro, ao sugerir que detém a propriedade intelectual de perfis que não seriam realmente registrados."

O voto apontou que "está claro que, ao peticionar ao Judiciário sobre um direito que supostamente não lhe é legítimo, a representada estaria também abusando do direito de acesso ao judiciário, extrapolando o fim social e econômico no caso concreto, eis que o direito patentário não serve para acobertar patentes fraudulentas, nem tampouco o Judiciário deve ser utilizado como arma anticompetitiva para defender direitos ilegítimos".

O voto conclui haver plena legitimidade no uso de direitos patentários, pois "os pedidos de registro de desenho industrial tiveram seu mérito submetido à instância administrativa competente, não caracterizando conduta oportunista em face de eventual brecha anticompetitiva nos procedimentos de concessão." Segundo o voto do então Conselheiro César Costa Alves de Mattos, a empresa apenas buscou resguardas direitos relativos das próprias marcas.

Também quanto a acusação de enganosidade, seu "teor do mesmo defende direito marcário legítimo da representada, que detém a propriedade intelectual das marcas enumeradas no referido documento". Também não foram encontrados indícios de recusa de venda.

7.8. Box 3 Vídeo: Shop Tour (2010)

O Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40 foi a primeira, e até agora, a única condenação de "sham litigation" do CADE. O termo "sham litigation" assiste por doze

vezes no corpo do voto condutor da decisão adotada, que foi proferido pelo então conselheiro Vinícius Marques de Carvalho.

O processo tratou de acusação contra duas empresas brasileiras, a Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. (produtora do programa "Shop Tour" São Paulo) e a Léo Produções e Publicidade (produtora do programa "Shop Tour" Campinas), ambas de propriedade do Sr. Luiz Antônio Cury Galebe, acusadas de abusar do direito de petição ao manejar "ações judiciais descabidas" lastreadas "em um direito autoral inexistente ou em justificativas pífias." buscando a "conformação de monopólio e dominação de mercado".

O objeto da acusação de "sham" foram as nove "ações judiciais com pedidos de liminares" movidas pelas acusadas por meio das quais buscavam reservar para si a exclusividade de veicular programas de vendas pela televisão, não permitindo quaisquer outros programas nos quais "os apresentadores (ou apresentador) têm um comportamento descontraído, franco, e com um ritmo de linguagem característico dos vendedores de oportunidades, isto é, uma abordagem direta ao consumidor rápida e livre, quase intimista"."

No voto, o então conselheiro Vinícius Marques de Carvalho enfrentou o desafio jurídico de conceituar e definiu "sham litigation como litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos." Merece destaque o seguinte trecho do voto:

"Sem entrar na celeuma se se deve ou não importar o instituto de sham litigation, nas exatas proporções, nos restritos moldes norte-americanos ou se é possível ter uma visão mais ampla a respeito deste instituto, cumpre avaliar, no caso concreto, se há alguma razoabilidade na causa de pedir das requerentes no presente, ao buscar proteger um suposto direito de propriedade intelectual."

Portanto, o crivo para testar a reprobabilidade da conduta é verificar a "causa de pedir das requerentes" e aproximou a causa em análise "à objective baseless claim, já que, nem mesmo sob o prisma teórico, pode-se esperar que este tipo de contenda prospere"

O alegado direito autoral sobre o formato do programa de vendas pela televisão, registrado junto ao arquivo da Biblioteca Nacional da Cultura, alcançava "tão somente o texto ou o audiovisual individualmente depositado", mas foi utilizado como direito sobre o gênero de programa.

O voto citou a Ministra Nancy Andrighi que "considerou que é "litigante de má-fé aquele que requer o provimento judicial contra texto expresso de lei e procede de modo temerário, tendo como objetivo a suspensão desarrazoada de processo de execução e renovação de lide já exaustivamente apreciada".

Merecem destaques os seguintes trechos do voto, no qual são apresentas condutas que fundamentaram o exercício abusivo:

"Veja que a conduta da representada não se ateve apenas a oferecer uma ou outra ação esporádica, mas uma série de ações, muitas delas seguidas, repetidas vezes, renovando lides, contra texto expresso de lei e com o mesmo argumento. Não bastasse isto, todas as ações tiveram (e algumas ainda têm) solicitações cautelares, com pretensões que a parte sabia de antemão serem precárias, dadas as diversas manifestações do judiciário no sentido oposto. Assim, ao agir deste modo, ocultando e omitindo todos os precedentes contrários à sua pretensão, a parte procedeu de modo temerário, sabendo que estava provocando incidentes manifestamente infundados (consoante art. 17 V e VI do CPC)."

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

"Todavia, no presente caso, o autor não apresenta nenhuma invenção, não produz nada à sociedade com originalidade capaz de merecer amparo jurídico e, ao mesmo tempo, não só acaba por simular um direito que não o tem, na busca de ludibriar o Poder Judiciário, mas, também, assume uma conduta de risco que pode levar ao monopólio, considerando os custos processuais existentes."

O voto concluiu por reconhecer que o que o acusado solicitava não tinha qualquer plausibilidade, representava algo "semelhante a uma patente sobre a "ideia" de compra e venda pela televisão" e sancionou a acusada pela prática de "sham litigation", tendo assim se expressado:

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

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

- 2. A publicação às expensas da Representada, no primeiro caderno do jornal diário de maior circulação do Brasil (considerando os dados do Instituto Verificador de Circulação www.ivc.org.br) por um período de dois dias consecutivos de extrato descritivo da decisão condenatória, conforme item 2.1, cujo teor não constará qualquer opinião a respeito da presente decisão.
- 2.1 O extrato da decisão a ser publicado é o seguinte: "O Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE, na 482ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada em 15/12/2010, condenou a empresa Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda, responsável por veicular o programa Shop Tour, no Processo Administrativo 08012.004283/2000-40, a pagar a multa de R\$ 1.774.312,66 (Um milhão setecentos e setenta e quatro mil trezentos e doze Reais e sessenta e seis centavos), em razão da prática de litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos, nos termos do art. 20 e 21, IV e V, ambos da Lei 8.884/94".
- 3 A Representada deverá comprovar o cumprimento da decisão no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação desta decisão.

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

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

8. Conclusão

As deliberações adotadas pelo CADE apresentam contornos semelhantes aos originais de "sham litigation como litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos." (Voto Vencedor - PA 08012.004283/2000-40, 2010), mas diferem, em alguns pontos, tais como:

- a formulação original da "sham litigation" abrange a proteção de direitos subjetivos diretamente alvejados pelo manejo espúrio da máquina estatal, noutro dizer, buscou defender a pessoa contra a qual se peticionou de forma abusiva. Merece atenção o caso que criou o chamado "teste PRE", o caso "Professional Real Estate Investors, inc., et al., Petitioners v. Columbia Pictures Industries, inc., et al. (1993)". Nesse caso foi protegido funcionamento de uma videoteca de 200 fitas disponíveis para locação que era explorada comercialmente pelo do Hotel "La Mancha Private Club and Villas" localizado em Palm Springs, na Califórnia. Cabe perguntar, qual o impacto de um acervo de 200 fitas (leia-se, uma pequena estante de filmes) sobre o mercado de locação de filmes em Palm Springs no ano de 1993? Quanto isso representava em "share"? O CADE cuidaria de predação a uma única locadora de fitas de vídeo? Há risco ao mercado num caso como esse? Claro que não. Esse caso não tratava de direito difuso, mas do direito subjetivo do hotel de explorar um negócio.

- a "sham litigation" foi construída por julgados da Suprema Corte que decidiram o curso de modelos de negócios nos EUA. Foram decisões que não afetaram apenas as empresas envolvidas, mas as estruturas de cadeias produtivas. Cabe notar o primeiro parágrafo do caso Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight (1961). No Brasil, diferentemente, houve julgamento de ausência de concorrência entre postos de gasolina, mas não se mencionou uma única vez as possíveis ausências de pujante rivalidade nos demais elos da cadeia produtiva do setor do petróleo e, mais, não se analisou se essa possível ausência de rivalidade *upstream* favorece o surgimento de

¹⁰³ Trata-se de hotel que ao momento desta pesquisa dispunha de 50 quartos ao todo. Mais informações em: http://lamanchavillas.com/Info and Rates.htm

possíveis carteis *downstream*. A ação jurisdicional norte-americana parece descer para tutelar direito de uma pequena empresa, mas a análise que lhes orienta a ação abrange o setor;

- a construção original da "sham litigation" adota ampla liberdade de expressão quando a tentativa de influenciar o Poder Público ocorre na arena política¹⁰⁴. Não foi esse o entendimento do Plenário do CADE no caso "SINPETRO, Grupo Cascão (Gasol) e Grupo Igrejinha (2004)";
- a segunda diferença está no fato da doutrina da "sham litigation" ser uma construção de uma Corte de máxima hierarquia do Judiciário. Sua aplicação pelo CADE pode, por vezes, demandar uma competência além do papel institucional dessa autarquia, pois o CADE não pode definir ausência de condições de ação (possibilidade jurídica, legitimidade das partes, interesse processual), e é isso que é feito quando há análise de plausibilidade do exercício do direito de ação, sem usurpar atribuição do Poder Judiciário;
- O CADE, diferente da Suprema Corte americana, não tem por competência a proteção de direitos subjetivos. A Missão do CADE é a proteção de direito difuso. Por isso, se o proprietário de uma microempresa decidir prejudicar uma microempresa concorrente, e iniciar raivosa sequência de ações judiciais reconhecidamente abusivas intentando destruir seu rival, a fim, por exemplo, de conseguir a locação do prédio onde opera o rival e que é localizado em local de grande circulação de pessoas; se isso for feito em ambiente onde existam outras empresas que assegurarem que essas microempresas são ambas incapazes de afetar o mercado, tal expediente não será da competência do CADE. Se for entendido que tacográfos podem ser perfeitamente substituídos por GPS e mídia televisiva faz parte do mesmo mercado maior de mídias, que engloba mídia via web (pcs, celular, tablet), é possível que os dois importantes casos de sham não tivessem hoje qualquer relevância para o CADE, mas permaneceriam igualmente importantes no que tange a ofensa aos direitos subjetivos ali agredidos.

violation of the Sherman Act can be predicated upon mere attempts to influence the passage or enforcement of laws."

¹⁰⁴ Como pode ser percebido nos casos "California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited (1972)", do qual destaco o trecho "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."") e "Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight (1961)", do qual destaco o trecho "No

- a ação vitimada pela "sham litigation" por exemplo, manutenção da operação de linha de produção, importação de produto –, pode ser assegurada por meio de liminar, mas isso não é possível de ser feito pelo CADE. Qualquer preventiva adotada pelo CADE pode ser refeita pelo Judiciário. Isso retira efetividade do julgamento de "sham" pela autarquia. O instituto jurídico "sham" só é passível de controle preventivo pelo Judiciário.
- O voto que definiu o caso BOX 3 entendeu como indício da prática de "sham litigation" o ingresso com "uma série de ações, muitas delas seguidas, repetidas vezes, renovando lides, contra texto expresso de lei e com o mesmo argumento". Importa destacar que, pelo menos no Brasil, esse expediente não é necessariamente ilícito, e pode resultar em mudança na norma extraída do texto. Não reconhecer fato (ôntico) que é por todos plenamente aceito, e fazê-lo sem enfrentar minimamente o ônus argumentativo de sustentar cientificamente a nova visão sobre a realidade, permite presumir ausência de boa-fé, mas se insurgir contra texto expresso de lei pode significar uma mutação da norma.
- por fim, merece destacar, que dos cinco casos norte-americanos aqui descritos, e todos eles serviram inúmeras vezes de referência para aplicação da "sham litigation" no Brasil, apenas um resultou em condenação, que foi o caso California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited (1972), nos demais não foi reconhecida qualquer prática de "sham". E cabe notar, no caso "California Motor", as empresas foram acusadas de acessarem o Poder Público para vetar o acesso de concorrentes ao Poder Público. Houve ali um confronto entre direitos de representação. Portanto, parte da fundamentação de condenação brasileira sobre *sham* é arrimada em decisões americanas que absolveram todos os acusados. Isso importa quando se investiga a precisão de contornos que podem ser extraídos da experiência norte-americana. Não importamos regras de condenação extraída da aplicação de casos concretos, mas sim regras genéricas mencionadas ao longo do julgamento de casos concretos. Os casos que absolveram os acusados apenas definiram concretamente o que não é *sham*, e aviventaram, em tese, o que pode vir a ser *sham*.

Resta perguntar pelos razões de imputar o manejo abusivo do direito de ação exclusivamente ao detentor do direito supostamente pleiteado e não ao procurador que

exerceu abusivamente a sua capacidade postulatória. Os empresários envolvidos nos casos, em momento algum, foram reputados detentores de aptidão, seja técnica, seja jurídica, para postularem junto ao Judiciário, mas quando as postulações se mostraram desarrazoadas, somente eles é que responderam pelo exercício abusivo do direito de petição.

Resta ainda sem explicação o porquê de apenas se reconhecer abusivo o direito de petição. Por que uma sequência de recursos claramente protelatórios e descabidos não pode ser reconhecida como prática da chamada "sham litigation"?

O CADE, como se viu aqui, foi buscar nos EUA instituto jurídico para proteger o mercado brasileiro do uso espúrio do exercício de liberdade de expressão, seja por meio de representação junto ao Poder Público, seja promovendo divulgação de ideia.

Não me parece que o CADE precisaria ter ido tão longe para encontrar conceito jurídico que enfeixasse critérios capazes de revelar os limites do exercício regular do direito, para além do qual surge a ilicitude por abuso. Esses atos – nascidos de direito legítimo, mas censuráveis pelo modo do exercício – se assemelham a antigo instituto de abuso do direito próprio das relações de vizinhança, o ato emulativo (*aemulatio*)¹⁰⁵, há tanto presente na tradição jurídica brasileira, hoje descrito no §2º do art. 1.228 do Código Civil:

LIVRO III Do Direito das Coisas

São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

A doutrina reconhece como características dos atos emulativos (PERLINGIERI, 2007):

"comportamento é, por definição, não omissivo, antes positivo, isto é, uma conduta que se susbtancia em um facere (...) o comportamento (negativo ou omissivo) não pode se encaixar na proibição dos atos emulativos na medida em que, por tradição e por ratio o

-

Em sentido expressa e exatamente contrário a este extensão do conceito, encontra-se o doutrinador Pietro Perlingieri, para quem os atos emulativos apenas abrangem condutas materiais, não incluindo o ingresso de ações judiciárias como espécie deste gênero (PERLINGIERI, 2007, p. 233). Não se nega aqui que esses são os contornos próprios do instituto, pelo contrário, o fato do artigo que trata do ato emulativo se encontrar encartado no Código Civil no "LIVRO III - Do Direito das Coisas" demonstra que nosso Código reconhece a tradição desse instituto que nasceu para regrar abusos no uso da propriedade quando da desavença entre vizinhos. Não se pretende aqui negar isso um único milímetro, mas apenas apontar que a leitura alargada do instituto permite que sua aplicação alcance, de modo pertinente, abusos do direito de petição.

comportamento de quem provoca o dano deve substanciar-se em um comportamento positivo", páginas 232/233;

"Coloca-se em evidência que a falta de vantagem para o proprietário e o prejuízo da vitima não são completamente autônomos, mas devem ser considerados um em relação ao outro.", página 233;

O transplante conceitual da construção jurisprudencial estadunidense da "sham litigation" ao ambiente jurídico brasileiro precisa se expressar nestas terras por meio de instituto da tradição jurídica nacional. A percepção de ilicitude, despertada pela análise de direito comparado, só pode aqui tomar corpo, ganhar clareza de contornos, se o fizer em matéria nossa. A expressividade jurídica estrangeira pode nos ser útil, mas não por meio do enxerto de importações prontas; a possível serventia pretendida com esta monografia foi a de despertar aqui a possibilidade de renovar a experiência alheia sob o olhar criativo de nossas consciências participantes da (de)formação de nossos próprios roteiros.

9. Bibliografia

ARANHA, M. I. & LOUREIRO, G. K., 2009. Direito Regulatório. Curso de Especialização em Direito Público - Advocacia-Geral da União, s.l.: Universidade de Brasília.

ARENDT, H., 2007. *A Condição Humana*. 10^a ed. Rio de Janeiro(Rio de Janeiro): Editora Forense Universitária.

ARIDA, P., 2003. A História do Pensamento Econômico como Teoria e Retórica. In:: P. G. e. J. M. Rego, ed. *A História do Pensamento Econômico como Teoria e Retórica. Ensaios sobre a Metodologia em Economia.* São Paulo: Editora 34, pp. 13-44.

ARISTÓTELES, 2007. Política. São Paulo(SP): Editora Martin Claret Ltda..

BETTI, E., 1990. Hermeneutics as the General Methodology of the Geisteswissenschaften. In: G. L. O. e. A. D. Schrift, ed. *The Hermeneutic Tradicion, From Ast to Ricoeur.* Albany(New York): State University of New York Press, pp. 159-197.

BETTI, E., 2007. *Interpretação da Lei e dos Atos Juridicos.* 1ª ed. São Paulo(SP): Martins Fontes.

BORK, R. H., 1993. The Antitrust Paradox. New York: The Free Press.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, s.d. *Acórdão do Processo Administrativo n. 08012.005727/2006-50.* [Online] Available at: http://www.cade.gov.br/temp/D D000000524191875.pdf [Acesso em 25 julho 2012].

Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, s.d. *Parecer ofertado pela Procuradoria Federal junto ao CADE - ProCade.* [Online] Available at: http://www.cade.gov.br/temp/D D000000405381405.pdf [Acesso em 25 julho 2012].

Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, s.d. *Voto condutor: Processo Administrativo n. 08012.004283/2000-40.* [Online] Available at: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000572781396.pdf [Acesso em 25 julho 2012].

CRICK, B., 1981. *Em Defesa da Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

ERNEST Gellhorn, W. E. K. S. C., 2004. *Antitrust Law And Economics In A Nutshell*. 5ª ed. Saint Paul (Minnesota): Thomson West.

FISHLOW, A., 2008. Internal Transportation in the Nineteenth and Early Twentieth Centuries. In:: S. L. E. e. R. E. Gallman, ed. *The Cambridge Economic History of the United States*. New York: Cambridge University Press.

FRAZÃO, A. d. O., 2006. *Empresa e Propriedade - Função Social e Abuso de Poder Econômico*. São Paulo: Editora Quartier Latin Brasil.

GOLUB, A. S., 1993. The Exception of Noerr-Pennington Materials From Discovery Under the Petition Clause of the First Amendment. Volume 66, no 4, Artigo 5, pp. 1095 -1108.

HAYEK, F. A., 1948. The Use of Knowledge In Society. In:: *Individualism and Economic Order*. Illinois(Chicago): THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS, pp. 77,91.

HEILBRONER, R. L. e. W. M., 2012. *The Making of Economic Society.* 13° ed. New Jersey: Pearson Education, Inc..

HERBERT, H., 2004. CLAYTON ACT (1914). In:: B. K. LANDSBERG, ed. *MAJOR ACTS OF CONGRESS*. New York: Macmillan Reference USA, pp. 123-127.

HOVENKAMP, H., 2004. SHERMAN ANTITRUST ACT (1890). In:: B. K. LANDSBERG, ed. *MAJOR ACTS OF CONGRESS.* New York: Macmillan Reference USA, pp. 185-189.

HOWE, D. W., 2007. WHAT HATH GOD WHAT HATH GOD. The Transformation of America, 1815-1848. New York(NY): Oxford University Press.

JOHNSON, P., 1998. A History of the American People. New York: Harper Perennial.

LAMOREAUX, N. R., 2008. Entrepreneurship, Business Organization, and Economic Concentration. In:: S. L. E. e. R. E. Gallman, ed. *The Cambridge Economic History of the United States*. New York: Cambridge University Press.

LOUREIRO, L. G. K., 2009. *Constituição, Energia e Setor Elétrico.* Porto Alegre(RS): Sergio Antonio Fabris Editor.

MANKIW, N. G., 2011. *Principles of Microeconomics*. 6^a ed. Mason: South-Western Cengage Learning.

MARSHALL, A., 1985. *Princípios de Economia, Tratado Introdutório.* São Paulo(SP): Editora Nova Cultural Ltda..

MATOS, G. d., 1999. *Crônica do Viver Baiano Seiscentista*. *Obra Poética/ edição James Amado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record.

MCCLOSKEY, D., 1996. A Retórica da Economia. In:: J. M. Rego, ed. *A Retórica na Economia*. São Paulo: Editora 34, pp. 47-80.

MENDES, G. F., 2000. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial, Brasília: s.n.

PALMER, R. E., 1999. Hermenêutica. Lisboa: Edições 70.

PEAT, F. D., 2002. From Certainty to Uncertainty: the Story of Science and Ideas in the Twentieth Century. Washington(D.C.): Joseph Henry Press.

PERLINGIERI, P., 2007. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar.

SKOUSEN, M., 1997. The Perseverance of Paul Samuelson's Economics. *Journal of Economic Perspectives*, Volume 11, pp. 137-152.

STANLEY L. ENGERMAN, R. E. G., 2008. *The Cambridge Economic History of The United States - The Long Nineteenth Century.* s.l.:Cambridge University Press.

STIGLER, G. J., 1991. The Origin of the Sherman Act. In:: E. T. Sullivan, ed. *The Political Economy of the Sherman Act. The First One Hundred Years.* New York: Oxford University Press, Inc., pp. 32,38.

TEREPINS, S., 2008. Sham litigation – uma exceção à doutrina Noerr Pennington e a experiência recente vivida pelo CADE. *Revista do Ibrac*, Volume 15, pp. 63-97.

Voto Vencedor - PA 08012.004283/2000-40 (2010) Vinícius Marques de Carvalho..

YATES, J., 1986. The Telegraph's Effect on Nineteenth Century Markets and Firms. *Business and Economic History.*, Volume Series 2, vol. 15, pp. 149-163.