

O lobby como conduta anticompetitiva

Questões a partir da jurisprudência recente do Cade

LEVY & SALOMÃO
ADVOGADOS

Felipe de Paula

João Victor Freitas

29 de março de 2018



Enquanto entidades de relações institucionais e governamentais comemoravam a inclusão de sua atividade no Cadastro Brasileiro de Ocupações¹ e debatiam a regulamentação do lobby no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) via-se às voltas com um caso peculiar. Discutia se o lobby para a não alteração de uma lei configurava, ou não, conduta anticompetitiva passível de sanção.

O mercado era o de revenda de combustíveis no Município de Natal/RN. A investigação tratava de suposta prática de cartel, influência à conduta comercial uniforme e, naquilo que aqui importa, em criação (melhor dizer manutenção) de barreiras à entrada de concorrentes, mediante a preservação de lei restritiva da concorrência naquele mercado. O representado teria atuado junto ao Legislativo local e a outros órgãos públicos para impedir a liberação de instalação de postos de combustíveis em hipermercados e supermercados. Por unanimidade, o Tribunal decidiu pelo arquivamento do processo.²

O caso suscita questão relevante: é possível falar em *lobby* anticompetitivo como uma prática ilícita? Há limites de mérito para a atuação lícita de agentes privados perante o agente público com competência normativa?

O lobby no Cade

O tema ainda é raro, mas não é novo. O Cade já julgou pelo menos outros quatro casos em que a atuação dos agentes econômicos perante o Legislativo ou reguladores foi investigada como suposta conduta anticompetitiva.

No primeiro deles, investigou-se a articulação entre concorrentes para impedir, via atuação legislativa, a instalação de postos de gasolina em supermercados no Distrito Federal. Empresas e sindicato foram condenados pela autoridade antitruste, que entendeu serem os fatos parte da atuação de um cartel. Recomendou ao Ministério Público, ainda, o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão posteriormente confirmada pelo STF.

No segundo caso, envolvendo a postulação perante a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) no mercado de baterias estacionárias, o Cade arquivou a investigação. Entendeu, essencialmente, que os pleitos gozavam de plausibilidade. No terceiro, envolvendo o mercado de óculos de sol no Rio Grande do Sul, o Cade mais uma vez arquivou a investigação, por entender não haver indícios de que a conduta investigada constituía ilícito concorrencial.

Finalmente, em caso que também envolveu o mercado de revenda de combustíveis (desta vez no Rio Grande Sul), o Cade arquivou, em 2014, processo administrativo em que se investigava a prática de condutas anticompetitivas por sindicato e seus representantes. Na decisão, ressaltou que as provas reunidas nos autos refletiam mero exercício do direito de acesso ao poder público por parte dos representados, não constituindo, dessa forma, ilícito concorrencial.

Nos três episódios mais recentes, o Cade explicitamente invocou a chamada teoria *Noerr-Pennington* para a análise substantiva das condutas. Resumidamente, adotou os quatro parâmetros por ela sugerida: (i) plausibilidade do direito invocado; (ii) veracidade das informações; (iii) adequação e razoabilidade dos meios utilizados; e (iv) probabilidade de sucesso da postulação.

A teoria tem origem na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, que reconhece que, em regra, o ato de recorrer ao Estado defendendo determinada pretensão é protegido pelo direito constitucional de petição, não sendo, portanto, passível de sanção pelas autoridades concorrciais.

No entanto, a doutrina evoluiu para admitir que, quando o exercício desse direito é usado de forma fraudulenta, de modo a induzir a autoridade decisória a erro, a conduta constituiria ilícito sancionável.

Tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, já foram levados ao escrutínio das autoridades concorrciais casos em que determinado agente econômico se valeu de sua prerrogativa de petição perante o Judiciário, utilizando-se de informações incompletas ou falsas, para obter decisões capazes de distorcer a concorrência em seu mercado de atuação. A prática ficou conhecida como *sham litigation*.

O que se coloca em pauta, agora, é a possível indução do Legislativo a erro, motivada pelo desejo de restringir a concorrência. É o que o Cade recentemente analisou, em investigação envolvendo o mercado de serviços de transporte individual de passageiros, a título de “*sham lobby*”. Ainda na fase de instrução do Procedimento Preparatório, a Superintendência-Geral do Cade reconheceu que a intervenção antitruste só seria possível na presença de “*elementos claros de abusividade e de ausência de fundamentação legítima*”³.

Para além do direito concorrcial

O fato é que os efeitos dos casos citados também suscitam debates em outras esferas do direito. Para além do elemento concorrcial, há questionamentos importantes sobre os limites da atuação de privados perante agentes públicos com competência normativa, sobre controle de constitucionalidade, bem como sobre a relação do Cade com outras esferas de poder.

Como salientaram os votos do caso de Natal/RN, o *lobby* não tem, nem deve ter, vestes originariamente negativas. Ao contrário, há ampla base constitucional para a tentativa (lícita) de influenciar políticas e atos normativos a favor de determinado interesse, por meio da interação direta ou indireta com os decisores: direito de petição, liberdade de expressão e, no limite, a própria relação entre representante e representado (titular último do poder). Mediante a apresentação de informações técnicas, de análises de impacto e de diferentes pontos de vista –, a relação entre público e privado pode incrementar a qualidade legislativo-regulatória e, a depender de uma série de fatores, contribuir para decisões mais justas e equânimes.

Não é segredo, contudo, que o *lobby* pode gerar disfunções. Desequilíbrios no acesso aos decisores e de poder político-econômico podem acarretar efeitos negativos sob diferentes perspectivas: distributiva, fiscal, eleitoral e concorrcial. É por isso que as tentativas de regulamentação da atividade apostam em transparência, controle e, se avançadas, em igualdade de condições e rastreabilidade.

O que a decisão do Cade – e, mediatamente, a teoria que a lastreia – traz de novo ao debate é uma espécie de controle de mérito da atuação privada perante o poder público. Ao mobilizar requisitos como plausibilidade do pedido e veracidade de informações, parece que se aceita existirem, no mérito, *lobbies* válidos e inválidos.

A esse respeito, é fundamental afastar confusão corrente. *Lobby* não é crime, e crime não é *lobby*. Contatos que se valem de conduta criminosa (como cartel, fraudes, corrupção ou ameaças) não são, à evidência, atividade institucional aceitável, respaldada pelo direito. Ainda assim, duas situações precisam de detalhamento.

Primeiro, na situação mais grave, tem-se conduta criminosa. Não há dúvidas acerca da necessária responsabilização daqueles que a praticaram, mas ainda pende a correta compreensão da (falta de) higidez do ato normativo e do momento de sua definição⁴. A inconstitucionalidade por vício de decoro parlamentar, por vício na formação da vontade legislativa ou por afronta ao devido processo legislativo já é relativamente aceita na doutrina constitucional, mas é certo que a lei resultante da “compra” de um ato normativo difere, e muito, da lei influenciada por eventual grupo criminosamente cartelizado. A própria cadeia de responsabilização é bastante distinta em ambas as situações.

A hipótese de pagamento para a obtenção de normas tem dificuldades que lhe são inerentes: o ato é inerentemente complexo (decisão colegiada), há possível necessidade de prova fática em controle abstrato de constitucionalidade, há debates sobre a prévia necessidade de comprovação penal e, no limite, há dúvidas sobre a capacidade do Judiciário em compreender vícios na formação de vontade do legislador. Ainda assim, a fraude ao jogo democrático é clara. Já no caso do cartel, e dentre inúmeras outras hipóteses, é possível que o decisor – autor efetivo da norma – sequer conheça a conduta criminosa prévia à atuação privada. Neste caso, também deveria estar o ato normativo condenado?

A segunda situação é ainda mais nebulosa: excluindo-se eventual conduta criminosa, como definir os limites da atuação perante o Legislativo? Se não houver um “*indubitável crime antecedente*”, seria possível – e defensável, sob a ótica democrática – qualificar o *lobby* como ilegítimo? Essa suposta ilegitimidade alcançaria a validade da norma?

A situação não é simples. Em suma, discute-se *se e como* seria possível falar em *sham litigation* perante o Legislativo ou, na expressão recentemente usada pelo próprio Cade, em *sham lobby*. Também se põe em pauta a extensão da imunidade do *lobby* perante o Legislativo. Ainda, é de se questionar se há motivos para que os requisitos de controle de mérito do *lobby* na esfera concorrencial (adoção da teoria *Noerr-Pennington*) sejam apenas nela mantidos.

Condutas anticompetitivas, leis constitucionais

Prevalece entendimento de que leis nascem com presunção de validade (e constitucionalidade), e cabe ao Judiciário declarar o contrário. O Cade, por exemplo, continua sendo autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, e o sistema de defesa de concorrência, apesar de toda a sua relevância, continua sujeito à CF. Seguindo a lógica do entendimento prevalente citado, não cabe ao CADE declarar a inconstitucionalidade de normas.

No entanto, cabe-lhe, sim, detectar condutas anticompetitivas, e eventualmente sancioná-las à luz do direito antitruste. Corre-se o risco, em última instância, de termos leis formalmente válidas, vigentes, mas que cujo elemento central para a formação da vontade legislativa tenha sido considerado ilícito sob a ótica concorrencial. Não é improvável que, em eventual controle posterior de constitucionalidade, a lei seja mantida. E é capital lidarmos melhor com essa aparente incoerência sistêmica.

No final de seu voto, a conselheira relatora do caso dos postos no Município de Natal/RN ressaltou: “*a democracia tem suas imperfeições, mas o CADE e outros entes estatais devem ser ponderados para não querer transformar a democracia em tecnocracia. Se o processo legislativo ocorreu de forma regular, o limite de ação dos órgãos técnicos é limitado. Se a lei é inconstitucional, o que entendo ser o caso, cabe ao Judiciário declará-la como tal, preferencialmente de forma célere, a fim de evitar que os danos à sociedade se prolonguem no tempo.*”

A posição de deferência é adequada. Em tempos de descrédito da atividade legislativa, buscar o fortalecimento e a transparência do Poder Legislativo parece mais benéfico ao funcionamento das instituições do que tentativas de substituição ou supressão. Ingenuidade à parte, ampliar o (bom) controle e a rastreabilidade dos interesses subjacentes à atividade de legislar soa mais defensável do que a criação de requisitos técnicos ou de obstáculos de mérito *a priori* à dinâmica de produção de leis. Não apenas para o mercado, mas para a democracia.

¹ Em 20.2.2018 o Ministério do Trabalho e Emprego inseriu no Cadastro Brasileiro de Ocupações a atividade de relações institucionais e governamentais.

² Processo Administrativo nº 08700.000625/2014-08.

³ Vide NOTA TÉCNICA Nº 51/2015/CGAA4/SGA1/SG/CADE

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMvcRWgUwPnwomJ9xlx47g1QuqPq85CqXEwjCE6TBPcgpqVbjvO4DSBnDo3Ik6dCFFIzyVsKMe3uyLasZmWlgTQ

⁴ Para o tema, cf. artigo de Rafaela Canetti neste Jota: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/leis-compradas-e-dilemas-do-controle-judicial-20072017>.