



Cade julga primeiro caso de sham litigation na ordem econômica do país

A tese é nova no Conselho Administrativo de Defesa Econômica. A *sham litigation* é um instituto do Direito norteamericano, uma variação da litigância de má-fé, mas com maior sofisticação. É o abuso do direito de ação judicial para prejudicar a concorrência. No caso em análise no Cade, a Siemens VDO Automotive é acusada de mover ações judiciais para prejudicar uma concorrente no ramo de tacógrafo, a Seva Engenharia Eletrônica. O conselheiro relator, Fernando Furlan, votou pela condenação e aplicação de multa, e o conselheiro Olavo Chinaglia pediu vista do processo.

A representação da Seva contra a Siemens chegou à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça em maio de 2005. Novata no ramo, a empresa trouxe para o Brasil um tacógrafo com sistema digital, abrindo concorrência com os tacógrafos analógicos da Siemens, que à época detinha 85% do mercado. Segundo a Seva, ao ver a ameaça à sua posição dominante, a Siemens entrou com ações judiciais para exigir que a concorrente cumprisse exigências legais para comercializar o produto. E, ainda, passou a questionar atos do Contran e Inmetro, alegando um conflito de competência entre esses órgãos para regulamentar o novo tacógrafo. O objetivo de tirar a concorrente do mercado teria ficado claro em reuniões que foram gravadas por um diretor da Seva.

Além de negar que as reuniões tinham a finalidade de propor formação de cartel, a Siemens questionou a validade das gravações como meio de prova. Alegou que as ações foram movidas apenas para defender o seu direito de exigir que o concorrente cumpra com as normas dos órgãos que regulam o setor. Foram movidas duas ações, um Mandado de Segurança e uma Ação Ordinária, mas foram extintas sem julgamento de mérito por ilegitimidade ativa.

Conforme consta do relatório do conselheiro Furlan, a SDE foi taxativa, considerou que as reuniões gravadas comprovam o convite à cartelização e que as ações judiciais movidas pela Siemens configuram um caso de *sham litigation*. No processo encaminhado ao Cade, a SDE considerou que “nenhum litigante razoável entenderia lhe caber direito líquido e certo em razão da edição da Portaria 50/2001” (do Denatran). Com idêntico fundamento ao Mandado de Segurança, a Ação Ordinária movida pela Siemens está associada a um direito difuso, mas a empresa não tem legitimidade para a defesa desses direitos.

De acordo com a SDE, ao ajuizar ação alegando interesse particular, fica evidenciada a intenção (da Siemens) de prejudicar a empresa concorrente. “A insistência em pedido já declarado improcedente e a falta de menção ao Mandado de Segurança fracassado também demonstram má-fé da representada. O intuito de prejudicar concorrente é evidenciado por (1) inclusão da Seva no pólo passivo da Ação Ordinária, (2) ataque a novo produto desenvolvido pela Seva e homologado por autoridades competentes e (3) deixar de combater outras portarias emitidas pelas autoridades que não teriam atendido a exigências da Resolução 92/99 (sendo que, de acordo com parecer do Denatran, os problemas técnicos do tacógrafo da Seva são comuns a outros tacógrafos no mercado)”.

O conselheiro Fernando Furlan disse que preferiu não usar os termos *sham litigation* e cartelização, mas



votou pela condenação da Siemens. “A *sham litigation* é um instituto norteamericano e tem critérios específicos que esse caso talvez não atendesse. Mas, nós temos em nosso Direito o abuso do direito de ação”, explicou o conselheiro, citando o inciso V do artigo 21 da Lei 8.884 (criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços). Segundo ele, “há vários itens na nossa legislação que configuram uma conduta ilícita” da Siemens.

Qualquer empresa tem legitimidade para fazer com que seus concorrentes atendam as exigências legais. “Se fosse isso, não configuraria o ilícito”, disse Furlan. Mas, o conselheiro do Cade afirma que “ficou provado que o produto da Siemens não atendia as exigências e ela queria que seu concorrente atendesse. Onde está a legitimidade” (para mover as ações), indaga. “Para mim ficou comprovado o intuito de prejudicar o funcionamento da concorrente.”

Fernando Furlan revela também que não se preocupou com a legitimidade da prova apresentada por meio de gravações ambientais de reuniões. A prova foi questionada porque está sendo usada para acusar e a jurisprudência dos tribunais superiores é de que a gravação só pode ser usada para se defender. Para o conselheiro relator, “quando se trata de defesa da concorrência e a parte apresenta uma gravação como prova de convite ou funcionamento de cartel, essa prova vai ser usada para acusar, mas ao mesmo tempo ela é uma forma de defesa. Você não tem como se defender de um cartel a não ser denunciar”, argumentou.

O mesmo argumento foi usado pelo conselheiro no caso do cartel do gás de cozinha, do Triângulo Mineiro, onde a prova era a gravação de um telefonema. O atual presidente do Cade, Arthur Badin, à época era procurador-geral do órgão e apresentou parecer contrário. O caso é polêmico e o Judiciário ainda vai ter de se manifestar sobre isso, pois as decisões estão sendo questionadas na Justiça. Por enquanto o Cade entende que a gravação pode ser usada como prova até mesmo na acusação.

Apesar de usar nomenclaturas distintas, Fernando Furlan concorda com as conclusões da SDE. Houve o “exercício abusivo de direito de ação com efeito anticoncorrencial” e, nas gravações, “ficou claro que a Siemens disse para a outra empresa sair do mercado de tacógrafo, ir para o mercado de computador de bordo, com toda a ajuda da Siemens”. Entretanto, o relator revela que em seu voto as duas condutas ilícitas estão sendo consideradas dentro de um conjunto de atos com a mesma finalidade. “Entendi que aquela gravação é um corolário de atitudes que a empresa já vinha tomando em relação à sua concorrente. Foi um conjunto de ações que me fizeram entender que a empresa cometeu um ilícito antitruste. Aquelas ações judiciais que a empresa moveu para tentar tirar a concorrente do mercado, criando dúvida regulatória que na verdade não existia”, explicou.

As multas que o Cade pode aplicar às empresas que praticam atos anticoncorrenciais variam de 1% a 30% do faturamento da empresa condenada. “Recomendei a multa de 1%, quem em valores gira em torno de R\$14 milhões”, revela o conselheiro. Considerando que a empresa tem atenuante, porque agiu explicitamente com ações judiciais, Furlan comentou que não tinha alternativa, pois aplicou a multa mínima. “O valor pode ser alto, mas é o mínimo”, disse.

O presidente do Cade, Arthur Badin, disse que só poderá falar sobre o caso depois que apresentar seu voto. Ele não quis comentar se o caso se classifica como *sham litigation*, mas reconheceu que “é a



primeira vez que o órgão analisa o exercício do abuso da posição dominante por meio de ações judiciais contra medidas regulatórias, para impedir a entrada de um concorrente no mercado”. Sobre o fato das empresas questionarem as decisões do CADE na Justiça, Badin considerou que “é um tipo de atitude que serve para postergar o cumprimento da decisão do CADE, que é importante para o mercado e a defesa dos consumidores. Ainda que a empresa perca em todas as instâncias, ela coloca uma dúvida jurídica na decisão do CADE e com isso prejudica o concorrente”, concluiu.

Posições distintas

Além do presidente do Cade, faltam os votos de cinco conselheiros. A previsão é que o caso volte a julgamento somente no mês de abril. Até agora, o único conselheiro que votou foi favorável à condenação, seguindo entendimento semelhante ao da SDE, um pouco diferente da convicção da Procuradoria do Cade, mas diverso da conclusão do Ministério Público.

A Procuradoria concluiu pela condenação da representada pelo uso abusivo do direito de ação, mas não aceita a legitimidade das gravações como meio de prova e considera, ainda que as provas sejam legítimas, que não houve convite à cartelização. O Ministério Público Federal teve entendimento invertido. Afasta a alegação de abuso de direito de petição ou de direito de ação, mas vê as reuniões das duas empresas como prejudiciais à ordem econômica e aduz que a mera tentativa (de cartelização) já ocasiona perda dinâmica para o consumidor. O MPF sugere a condenação da representada e de seu preposto, em grau mitigado. Sugere, ainda, a criação de grupo de trabalho destinado ao exame, sob o ponto de vista da defesa da concorrência, de aspectos relacionados a este setor econômico.

Processo 08012.004484/2005-51

Date Created

16/03/2010