

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

**TRATAMENTO DO *SHAM LITIGATION* NO DIREITO
CONCORRENCIAL BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
CADE NO ANO DE 2018**

**SHAM LITIGATION ACCORDING TO BRAZILIAN COMPETITION
LAW AND CADE JURISPRUDENCE IN 2018**

AMANDA CRISTINA PAULIN

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Professora de Direito Civil e Processo Civil no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Email: amandapaulin@yahoo.com.br.

LARA HELENA LUIZA ZAMBÃO

Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

RESUMO

O Direito da Concorrência passa a estudar o abuso do direito de petição como uma prática anticompetitiva e, portanto, um ilícito passível de sanção pelo CADE, partindo da premissa de que o direito de petição é assegurado constitucionalmente. Surge, então, a figura da *sham litigation*, que tem sua melhor tradução para o português como “abuso do direito de petição”, uma conduta que não é tipificada expressamente na Lei 12.529/2011, porém, que pode dialogar com diversos dispositivos legais, posto que, pela sua prática, há custos colaterais gerados ao concorrente por intermédio de procedimentos judiciais ou administrativos, o que atenta contra a ordem econômica. O presente trabalho, portanto, tendo como referencial teórico a construção da Suprema Corte americana sobre *sham litigation*, aponta as bases doutrinárias no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive em um diálogo com o Código de Processo Civil/2015, para que seja possível a análise junto

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

com institutos como a litigância de má-fé. Por fim, estas bases teóricas são analisadas junto com casos apreciados pelo CADE no ano de 2018, nos quais o abuso de direito de petição como ilícito concorrencial foi objeto de apreciação pela autarquia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Concorrência; atos ilícitos; *sham litigation*.

ABSTRACT

Competition Law deals with petition right abuse as an antitrust conduct and, therefore, an illicit with severe sanction to be sanctioned by CADE, brazilian organism in charge of competitive regulation. The abuse of petition right has an implicit treatment in brazilian competition law, so, it reveals to be difficult to sanction it. This paper aims to develop its study considering the US Supreme Court theoretical construction about “sham litigation” and its cases, as well as deals with Brazilian Civil Procedural Law and CADE jurisprudence in 2018.

KEYWORDS: Competitive Law; Antitrust Illicit; Sham Litigation.

1 INTRODUÇÃO

O alcance do Direito da Concorrência brasileiro não está adstrito às tipificações estanques de condutas anticompetitivas previstas na Lei 12.529/2011. Isso não significa que não há segurança jurídica e que o órgão antitruste tenha discricionariedade para tipificar condutas. Ocorre que as intrincadas variações de práticas anticoncorrenciais dependem, para o seu combate e sanção, de um interpretação da norma em conjunto com outros dispositivos, principalmente o cotejo da Lei de Defesa da Concorrência com a Constituição Federal – aqui considerados as garantias individuais do direito de ação e de petição e os valores da livre concorrência e livre iniciativa. O ajuizamento de diversas ações, judiciais ou administrativas, pode parecer o exercício legítimo do direito de ação e de petição.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

Porém, se este direito não for exercido para resguardar interesses legítimos e for utilizado com a finalidade de trazer danos a concorrentes, faz-se necessário o controle e imposição de sanções.

É neste contexto que se insere o tema e a importância do presente trabalho. A *sham litigation* é prática que foi, em um primeiro momento, reconhecida como ilícito concorrencial nos Estados Unidos em 1960. Apenas recentemente o CADE teve a oportunidade de analisar as implicações de tais condutas no ordenamento jurídico brasileiro.

Esta trabalho não tem como objetivo oferecer respostas definitivas sobre a forma como a *sham litigation* é apreciada pelas autoridades antitruste brasileiras. Procurou analisar como o CADE se posicionou sobre o tem no ano de 2018 e como a doutrina nacional vem desenvolvendo o assunto.

Assim sendo, o artigo está estruturado da seguinte forma: o item dois traz breves os casos paradigmas que levaram a Suprema Corte dos Estados Unidos a construir a Doutrina Noerr-Pennington. Em seguida, são feitas análises sobre a doutrina nacional, em um diálogo com a Constituição Federal e o Código de Processo Civil/15. Ao final, são apresentadas e analisadas as decisões proferidas pelo CADE sobre *sham litigation* no ano de 2018.

2 CONSTRUÇÃO DA DOCTRINA DO SHAM LITIGATION NO DIREITO NORTEAMERICANO

O tema da *sham litigation* é conhecido e recorrente nos Estados Unidos – país que deu origem a todo o seu racional, principalmente por seu ambiente de negócios e regulação da concorrência.

O tema liberdade é muito caro ao direito norte-americano e, por isso, a Primeira Emenda da Constituição norte-americana consagra o direito de petição aos seus jurisdicionados. No entanto, este não é um direito absoluto e comporta mitigação quando for apenas *sham*, ou seja, um artifício ardiloso para prejudicar

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

terceiros, em um nítido abuso de direito. A fim de esmiuçar esta definição, Ana Frazão (2017, p. 392) assim expõe:

Sob essa perspectiva, a sham litigation está relacionada à ideia de que a fruição de direitos não é ilimitada, de maneira que a proteção constitucional do direito de ação não impede a constatação de abuso nem a configuração do ilícito antitruste. O instituto, construído pela jurisprudência norte-americana como exceção à doutrina Noerr-Pennington (por meio da qual é garantido o direito de petição), pode ser traduzido para o vocabulário do ordenamento jurídico brasileiro na forma do “abuso de direito de petição”.

Note-se que a doutrina norte-americana serve como base para desenvolvimento do racional brasileiro, portanto, faz-se necessário o estudo do caso Noerr-Pennington¹ e as razões de que ele representa um marco teórico no tema.

O caso envolveu um litígio entre companhias de transporte rodoviário e companhias de transporte ferroviário no estado da Pensilvânia. A origem da ação está no fato alegado pelos autores de que as ferrovias teriam contratado o escritório Byoir para conduzir uma campanha pública contra os caminhoneiros, incentivando a adoção de leis e o cumprimento de imposições legais que seriam prejudiciais aos caminhoneiros: assim, estaria a se criar uma atmosfera de rejeição pública a esta classe de motoristas. A campanha foi classificada pelos autores como “cruel, corrupta e fraudulenta”, pois a única motivação por trás dela era a eliminação de concorrentes no transporte de cargas e fretes para longas distâncias. A campanha publicitária teria sido exitosa em influenciar o governo da Pensilvânia em vetar uma medida legislativa que permitiria aos caminhoneiros carregarem fretes e cargas mais pesadas nas estradas do estado. (RENZETI, 2017, P. 147).

A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que não houve ilícito concorrencial e ponderou que, mesmo que as campanhas publicitárias tivessem o intuito de funcionar como uma simulação e acobertar os reais objetivos – que eram a interferência nos negócios do concorrente, isso não justificaria a condenação pelo exercício do direito de petição, em razão das implicações constitucionais futuras que esta decisão poderia trazer. Assim, a Suprema Corte julgou improcedente a ação ajuizada pelos caminhoneiros.

¹ Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/127/>. Acesso em 04/02/2019.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

Em outro caso que discutiu o abuso do direito de petição, *United Mine Workers v. Pennington*² no qual o sindicato *United Mine Workers of America Welfare and Retirement Fund (UMW)* ajuizou uma ação em face do réu, *Phillips Brothers Coal Company*, buscando a condenação ao pagamento de royalties no valor de 55 mil dólares, alegando que este valor seria devido em decorrência das disposições de um acordo salarial celebrado entre as minas de carvão. Phillips, por sua vez, apresentou reconvenção, alegando que o sindicato e outros operadores das minas teriam conspirado para monopolizar o comércio interestadual, violando disposições do *Sherman Act*, importante marco regulatório da concorrência nos Estados Unidos. Os termos da defesa de Phillips se pautavam em alegações de que o sindicato buscava, por meio de manobras ardilosas junto à Secretaria do Trabalho, a exclusão do mercado de trabalho de trabalhadores não sindicalizados e impunha ônus salariais desproporcionais às pequenas indústrias de mineração, em uma tentativa de ajudar empresas parceiras a dominarem o mercado.

A Suprema Corte não reconheceu que a influência do sindicato junto à Secretaria do Trabalho era um abuso do direito de petição, deixando claro que objetivos anticompetitivos não tornam a conduta de peticionar ao governo – de acordo com a Primeira Emenda – ilegal.

Estes dois casos compõem a chamada “doutrina Noerr-Pennington” que versa, precisamente, sobre a legalidade do exercício do direito de petição como expressão de um direito de liberdade, sem que isso esbarre em ilegalidades. A possibilidade da construção da doutrina da *sham litigation* reside, justamente, na exceção a esta doutrina e foi somente no caso *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*³ que os membros da Suprema Corte analisaram o manejo de petições ao Judiciário como um ilícito concorrencial. Entendeu-se que o exercício de petição visava finalidades obscuras. Outros casos analisados pela Suprema Corte seguiram o mesmo entendimento⁴.

² Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/657/>. Acesso em 04/02/2019.

³ Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/>. Acesso em 04/02/2019.

⁴ Cite-se, por exemplo, *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Inc.* (“Caso PRE”) e *Caso Otter Tail Power Co. v. United States*

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

No entanto, permanecia uma dificuldade na verificação de um método eficiente para a aferição do abuso do direito de petição, situação que se repete na doutrina brasileira. Porém, conforme a seguir será demonstrado, o CADE vem adotando lógicos e coerentes argumentos para identificar – ou não – a prática de *sham litigation*.

3 APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE O SHAM LITIGATION

Em razão da proteção constitucional ao direito de ação, os casos de *sham litigation* são de difícil verificação pelos mecanismos de defesa da concorrência. Isso porque a linha que separa ações legítimas de demandas movidas com o objetivo de lesão à concorrência pode ser de difícil identificação (FRAZÃO, 2017, p. 392). E esta dificuldade decorre do conflito entre direitos garantidos constitucionalmente: o direito de petição e a garantia da livre concorrência, informada no art. 170 da Constituição Federal.

A Constituição assegura o direito de petição aos Poderes Públicos como forma de defesa de direitos, obtenção de informações ou contra ilegalidades ou abuso de poder, conforme prevê o art. 5º, XXXIV, “a”.

No conceito de petição há de se compreender a reclamação dirigida à autoridade competente para que reveja ou eventualmente corrija determinada medida, a reclamação dirigida à autoridade superior com o objetivo idêntico, o expediente dirigido à autoridade sobre a conduta de um subordinado, como também qualquer pedido ou reclamação relativa ao exercício ou à atuação do Poder Público. Trata-se de um direito assegurado a brasileiros ou estrangeiros, que se presta tanto à defesa de direitos individuais contra eventuais abusos, como também para a defesa de interesse geral e coletivo. (MENDES; BRANCO, 2011, p. 518).

E o exercício de um direito constitucionalmente assegurado não pode ser tido como ilícito. A não ser que o exercício transborde os limites colocados, ou seja, que tal direito seja exercido de forma abusiva. E, para o presente estudo, tem relevo o impacto no campo da concorrência do exercício abusivo de um direito.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

Eros Grau (2014, p. 209) em obra que trata da ordem econômica na Constituição de 1988 faz referência à Lei 8884/94, que tem as mesmas bases mantidas pela vigente Lei 12.259/2011. Na lição de Eros Grau, a defesa da concorrência é uma forma de concretizar os ditames constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência e do abuso ao poder econômico⁵. Assim, quando identificado possível abuso do direito de petição está-se diante da necessidade de um juízo de ponderação. O que deverá prevalecer? O direito individual de petição ou o benefício coletivo de um ambiente sadio de competição empresarial?

Ao lidar com uma série de ações judiciais, a racionalidade anticompetitiva do comportamento não tem como foco o fato de uma das ações ter ou não mérito – já que algumas poderão ter –, mas, sim, no fato de que as inúmeras ações foram ajuizadas justamente com o propósito de bombardear o réu com processos litigiosos – e, portanto, com o propósito de causar algum custo aos rivais –, sem levar em conta o mérito das ações ajuizadas. Nesta hipótese, é importante verificar se os processos foram iniciados por um interesse genuíno em remediar as anomalias ou se integram um propósito único de assediado um rival. O intuito anticompetitivo da conduta poderia ser extraído da própria proliferação de petições, ainda que algumas delas pudessem ser julgadas legítimas. (FRAZÃO, 2017, p. 393)

Como será demonstrado em item próprio, para a verificação da *sham litigation* é irrelevante a análise do mercado dominante ocupado pela parte investigada. Como será melhor detalhado, o CADE se pauta nos seguintes critérios: (i) teste POSCO, (ii) teste PRE, (iii) litigância fraudulenta e (iv) acordos judiciais e outras ações. Vê-se, pois, que a autarquia não se pauta na análise de mercado dominante⁶.

⁵ “ As regras da Lei 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns com os outros. Daí por que o princípio da liberdade de concorrência ou da livre concorrência assume, no quadro da Constituição de 1988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados; seu conteúdo é determinado pela sua inserção em um contexto de princípios, no qual e com os quais subsiste em harmonia.

⁶ Embora fora do recorte temporal utilizado na presente pesquisa, interessante analisar a posição do Conselheiro Eduardo Pontual no Processo Administrativo n. 08012.010648/2009-11100: “Em verdade, quanto menor a presença da representada no mercado, quanto menor for seu share, maior é o dano que uma prática de sham litigation pode ocasionar. O raciocínio parece invertido, mas é

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

Com efeito, a mera execução imediata de uma decisão judicial obtida por meios abusivos pode ter o condão de interferir nas condições concorrenciais do mercado, ainda que o agente não tenha posição dominante. Uma ação de *sham litigation* “bem-sucedida” pode surtir efeitos anticompetitivos mesmo quando o autor não detiver, a priori, grande participação de mercado. Aliás, tal ação pode ser justamente o meio encontrado para que o agente adquira posição de mercado, excluindo rivais ou impossibilitando entradas. Portanto, em casos de abuso de direito de petição, é possível verificar a possibilidade de danos ou mesmo a exclusão de rivais independentemente da avaliação do *market share* do agente infrator ou mesmo da existência de posição dominante. A existência de um propósito ou de uma estratégia racional ou plausível para atingir determinada posição de mercado já implica o risco de produção de efeitos, e vice-versa. Assim, a capacidade econômica ou posição dominante do agente que incorre em abuso do direito de petição não é um instrumento determinante quando se investiga esse tipo de conduta, uma vez que o impacto sobre o mercado será condicionado pela eficiência da estratégia adotada. (FRAZÃO, 2017, p. 394)

Uma das primeiras oportunidades que o CADE teve de se manifestar sobre *sham litigation* foi na Averiguação Preliminar n. 08012.006076/2003-72105, conhecido como “Caso das baterias Moura”, em que se discutia a prática de infração à ordem econômica em razão de reclamação encaminhada à ANATEL por concorrentes, acusando o “Grupo Moura” de descumprir requisitos regulatórios mínimos – sendo que os próprios denunciantes também não cumpriam tais requisitos. O Grupo Moura apresentou então representação perante a SDE, alegando que a prática das representadas consistiria infração à ordem econômica, uma vez que essas empresas deteriam, conjuntamente, 90% do mercado de baterias estacionárias. Ou seja, qualquer das denunciadas sozinhas não tinha posição dominante no mercado, porém, a associação entre elas para apresentação de denúncia inverteria o *market share* até então verificado. Embora neste caso o CADE não tenha entendido pela ocorrência de *sham litigation*, o voto-vista do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva estabeleceu critérios, inspirados na

exatamente assim. Afinal, uma empresa hipotética que detenha 80% do mercado e, valendo-se ilicitamente da mão do Estado, torna-se monopolista, ampliou ilegalmente em 20% o seu espaço de negócios, com efeitos sobre todos os consumidores, anteriores ou não. Já uma empresa que detivesse apenas 20% e conseguisse, também via esta regulação, o monopólio teria causado dano ainda maior em razão de maior aquisição de poder de mercado. Logo, não enfrente neste momento do voto a requerida discussão sobre poder de mercado, tomando como certa que a mudança defendida do ambiente jurídico da competição cria poder de mercado com capacidade de gerar dominância no mercado”.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

jurisprudência norte-americana, que deveriam ser levados em consideração quando se busca averiguar casos de abuso de direito de petição, quais sejam: a plausibilidade do direito invocado, a veracidade das informações, a adequação e a razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso na postulação – critérios que continuam sendo amplamente observados, como demonstrado neste pesquisa.

O denominado caso “Shop Tour” é de grande importância para a compreensão do tema, pois foi a primeira condenação de uma empresa por *sham litigation* pelo Tribunal Pleno do CADE. Trata-se do Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40 movido contra a BOX3 Video e Publicidade, que tinha como prática o ajuizamento de diversas ações judiciais com pedidos liminares com o objetivo de tirar do ar programas de suas concorrentes, sob a alegação de que tais programas feriam direitos autorais da BOX3 sobre o formato do programa. No entanto, nenhuma empresa pode alegar ser proprietária de um formato de programa televisivo, o ordenamento jurídico brasileiro não alberga tal proteção⁷. Portanto, as diversas ações careciam de bases jurídicas, o que levou à condenação da BOX3, nos termos do voto do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho:

[...] uma série de ações, muitas delas seguidas, repetidas vezes, renovando lides, contra texto expresso de lei e com o mesmo argumento. Não bastasse isso, 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 em 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).

Dentro da análise da doutrina do *sham litigation* no direito brasileiro é inevitável que surja a comparação com a figura processual da litigância de má-fé, racional suportado, inclusive pela previsão de que o CPC é aplicável a todos os processos judiciais e administrativos e é expresso na lei processual que as partes

⁷ Este racional demonstra-se verdadeiro em diversas análises doutrinárias sobre o caso que, inclusive, fazem a comparação entre programas com linhas similares. Por exemplo: Big Brother Brasil e Casa dos Artistas, que foram exibidos em emissoras concorrentes e com formatos similares e tal fato não foi entendido, à época das primeiras exibições, como conduta anticoncorrencial.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

litigantes sempre devem agir dentro dos ditames da boa-fé objetiva (art. 5º CPC). Utilizar o processo, seja judicial ou administrativo, para buscar pretensão que a parte saiba ser ilegítima vai de encontro às garantias constitucionais da razoável duração do processo.

O CPC de 2015 enalteceu o valor jurídico da efetividade e celeridade processual. Observa-se que já em seu primeiro artigo deixa claro que o processo civil será “ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República”. Um desses valores supremos se encontra no já mencionado art. 5º, LXXVII, quando assegura a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação. Acoimar o litigante malicioso, que viola essa cláusula pétrea, constitui um dos meios de garantia da celeridade. (NETO, 2017, p. 362).

A litigância de má-fé está regulada nos artigos 79 a 81 do CPC/15 e foi analisada, em comparação à *sham litigation*, no voto do Conselheiro Cesar Mattos no Processo Administrativo n. 08012.004484/2005-51:

Na delimitação de *sham litigation*, feita acima, demonstramos fartamente que sua incidência não tem como condição necessária a configuração de litigância de má-fé, bastando, como condição, a configuração do abuso de direito, nos termos do art. 187 do CC. Além disso, na definição de abuso de direito, feita acima explicamos que sua incidência, se configura quando o exercício de determinado direito excede sua finalidade econômica ou social, a boa-fé, ou os bons costumes, nos termos do art. 187 do CPC. Acrescentamos, ainda, que a sua verificação independe de dolo ou culpa, ou seja, não é necessário que haja dolo (má-fé se inclui no conceito de dolo) para a caracterização do abuso de direito.

A lógica da argumentação do voto deixa clara a desnecessidade da configuração da litigância de má-fé para que seja considerado o abuso do direito de petição e, então, seja imposta sanção pelo CADE. Eventual condenação em litigância de má-fé deverá ocorrer dentro das ações judiciais propostas e são penalidade independentes de outras a serem impostas pelo CADE, pois, está-se diante de dois ilícitos distintos, com punições distintas: um de origem processual (litigância de má-fé), com multas previstas no CPC e que devem ser estipuladas pelo juiz no caso concreto. Do outro lado, verifica-se um ilícito concorrencial (*sham litigation*), que deve ser punido pelo órgão responsável, ou seja, o CADE.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

4 SHAM LITIGATION NO CADE: CASOS ANALISADOS NO ANO DE 2018

A fim de aprofundar a pesquisa sobre *sham litigation* na jurisprudência administrativa do CADE foi realizada uma pesquisa de jurisprudência no site da referida autarquia, cujos resultados serão apresentados neste trabalho. O recorte da pesquisa esteve delimitado ao ano de 2018. Procurou-se verificar quantas vezes a expressão “*sham litigation*” foi utilizada e em quais tipos de manifestações para, então, analisa-las e classifica-las.

A utilização das palavras chave “*sham litigation*”, com delimitação de busca para o ano de 2018, resultou em 35 ocorrências relacionadas a treze⁸ processos administrativos distintos. As manifestações/ocorrências disponíveis para consulta pública são votos; pareceres jurídicos e notas técnicas. A relevância para a presente pesquisa está nos votos proferidos e todas serão analisadas neste estudo a fim de identificar os racionais adotados pelo CADE para reconhecer – ou não – a prática de *sham litigation* nos casos submetidos a sua apreciação.

Nos treze processos que tiveram movimentações em 2018 ligadas a *sham litigation*, cinco deles tiveram votos proferidos, que passam a ser analisados.

O Processo Administrativo nº 08012.006377/2010-25 iniciou por meio de Representação da Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos, referente a supostas condutas anticompetitivas por parte da H Lundbeck A/S e Lundbeck Brasil Ltda., em razão da propositura de diversas medidas judiciais e extrajudiciais relativas ao registro de medicamentos, o que poderia caracterizar, em tese, *sham litigation*. A Conselheira Relatora deste processo, Polyanna Ferreira Silva Vilanova, entendeu não haver indícios suficientes para a caracterização da conduta anticompetitiva de *sham litigation*, nos parâmetros considerados pela jurisprudência do CADE. E, no voto em análise, foram expostos os parâmetros utilizados pelo CADE para verificação do abuso do direito de petição. Diz a relatora

⁸ Encontrados os seguintes processos: 08012.011615/2008-08; 08012.006377/2010-25; 08700.000015/2018-20; 08700.004201/2018-38; 08012.001693/2011-91; 08700.002960/2018-66; 08700.006964/2015-71; 08700.009588/2013-04; 08700.002616/2017-96; 08012.002673/2007-51; 08012.001183/2009-08; 8700.000625/2014-08; 08700.002165/2017-97

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

Em casos de *sham litigation*, o CADE utiliza quatro testes / parâmetros de avaliação: (i) teste POSCO, (ii) teste PRE, (iii) litigância fraudulenta e (iv) acordos judiciais e outras ações. Esses testes foram delimitados com base, principalmente, na experiência norte-americana, bem como na jurisprudência nacional.

E, na sequência, há o detalhamento de cada um dos parâmetros:

O teste POSCO foca em questões quantitativas das ações. Por meio desse teste, busca-se avaliar se foram ajuizadas diversas ações contra concorrentes, que também têm baixa probabilidade de provimento favorável. Nesses casos, o ajuizamento de ações em série pode gerar danos colaterais a concorrentes, decorrentes de custos processuais ou, ainda, por meio da retirada do agente do mercado. (...) Já o teste PRE busca avaliar se as medidas propostas por uma parte são objetivamente sem fundamento (*baseless claim*) e têm o intuito de obter resultado potencialmente anticompetitivo. As duas principais situações são: (i) quando há clara carência das condições da ação, omissões relevantes ou posições contraditórias e (ii) quando há o ajuizamento de ação manifestamente improcedente, visando causar dano colateral ao concorrente. (...) A análise de litigância fraudulenta (*fraud litigation*) busca avaliar se houve a apresentação de falsidade na argumentação ou nas informações fornecidas ao Poder Judiciário ou agente administrativo. A ideia por trás dessa avaliação é garantir que não houve falhas quando da aplicação do Teste PRE, tendo em vista que esse pode não identificar a litigância fraudulenta.

O ponto interessante deste voto foi a exposição precisa dos parâmetros utilizados pelo CADE para a verificação de *sham litigation*, o que expõe a segurança jurídica com que a autarquia trata a matéria.

À época do voto proferido no Processo Administrativo para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica 08700.006964/2015-71 se apresentava muito atual a situação que ensejou a representação ao CADE. Trata-se de pedido de apuração formulado por vários diretórios estudantis e pela UBER DO BRASIL contra várias empresas e sindicatos de taxi e transporte de passageiros, sob a alegação de violação dos artigos 36,§3º, III, IV e XII da Lei 12.529/2011. Segundo os autores, existem três ações judiciais que, ao seu entender, poderiam ser enquadradas como condutas de abuso anticompetitivo do direito de petição, todas elas requerendo que a Uber se abstenha de prestar serviços de transporte remunerado sem autorização e/ou que o aplicativo seja retirado das lojas virtuais da Google, Apple e Microsoft. Neste caso, o Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia,

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

relator do processo, fez menção ao detalhado estudo da doutrina e jurisprudência acerca do tema de litigância abusiva elaborado pela Superintendência Geral, com base nos Testes PRE, POSTO, Análise de Litígios Fraudulentos e Análise de Acordos Judiciais e outras ações – mesmos parâmetros utilizados no voto analisado anteriormente. E, na mesma linha, não foram encontrados indícios de abuso do direito de petição dada a dúvida que pairava sobre a legalidade das atividades da Uber.

O Processo Administrativo para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica 08012.002673/2007-51 investigou possível abuso de direito de propriedade intelectual no mercado de autopeças. Neste caso também não houve verificação da ocorrência de *sham litigation* e nem houve investigação aprofundada sobre o tema, posto que não havia evidências probatórias.

No Processo administrativo nº 08700.011112/2014-14, o voto-vista⁹ do Conselheiro João Paulo de Resende entendeu ser necessário um maior aprofundamento teórico sobre a conduta de *sham litigation*, tendo em vista a aparente violação do direito de petição ou a configuração de um abuso de direito de petição. Assim de manifestou o relator:

A questão, contudo, não é tão simples, tanto que gerou debates durante anos em outras jurisdições, como Estados Unidos e Comissão Europeia; bem como precedentes divergentes no âmbito deste Tribunal. Afinal, modernamente, é amplamente reconhecido que direitos não são absolutos e devem ser exercidos em consonância com as finalidades que motivaram suas instituições. Assim, ainda que se tenha um direito assegurado pelo ordenamento jurídico, é possível que o seu exercício seja concretizado de forma abusiva ou desvirtuada, demandando repressão. Ainda que óbvio, não é demais ressaltar que o abuso de direito pressupõe - tem como premissa - a existência de um direito, de modo que não se trata de questionar ou mesmo desconsiderar um direito previsto legalmente, mas de ponderar se ele tem sido exercido em harmonia com sua finalidade bem

⁹ Assim constou em trecho do voto: “O meu pedido de vista se deu para melhor compreensão da suposta conduta de criação de barreiras à entrada por meio de lobby pelo Sindipostos perante a Câmara Municipal de Natal – RN. Além de aprofundar no contexto fático, era, para mim, importante ter clareza teórica sobre as diferenças entre condutas de sham litigation perante o legislativo e o judiciário e, ainda, se há imunidade antitruste absoluta para o lobby perante o legislativo. Após a análise dos autos, a leitura atenta do voto relator e reflexões adicionais, adianto que acompanharei integralmente a Relatora, trazendo aqui apenas algumas rápidas considerações que, em grande medida, apenas reforçam as fundamentações já apresentadas pela conselheira Polyanna a este Tribunal”.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

como com os demais princípios e valores do ordenamento. Entendo que o direito de petição na arena política tem como fim primordial permitir a qualquer pessoa que vá atrás de seus interesses, sejam eles nobres ou não, bons ou ruins para a sociedade como um todo. Nessa linha de raciocínio, não faria sentido falar em abuso de direito de petição na esfera política ou legislativa, a partir da análise do mérito do interesse que se busca ver atendido. O limite desse direito, a meu ver, está nos meios utilizados para o exercício do lobby, se entram ou não em choque com outras normas constantes no ordenamento. Em outras palavras, todo e qualquer interesse pode ser defendido perante o legislativo, mas não de qualquer modo ou a qualquer custo. Se o dito direito de petição for exercido a partir do cometimento de ilícitos, como corrupção e fraudes, e, ao mesmo tempo, tiver como efeito a limitação da concorrência, entendo que é possível a caracterização de infração concorrencial. Afinal, não há direito ao cometimento de ilícitos para a defesa de interesses na arena política. Mesmo o jogo político possui suas regras. Dito de outra forma, em que pese a finalidade de o direito de petição ser permitir a ampla influência de qualquer um no âmbito de decisões políticas, de modo que não se poderia falar em abuso desse direito a partir da valoração do interesse que se defende, o exercício será sim passível de punição pela autoridade antitruste se demonstrado que (i) os meios empregados eram ilícitos e (ii) a ação visava a limitação da concorrência. **Assim, entendo que a análise procedida pela Conselheira Relatora, a partir dos parâmetros constantes em alguns precedentes deste Tribunal, bastante adequada. Seriam eles: (i) a plausibilidade do direito invocado; (ii) a veracidade das informações; (iii) a adequação e razoabilidade dos meios utilizados; e (iv) a probabilidade de sucesso da postulação. Tratando-se de direito de petição na arena política, entendo que os parâmetros (i) plausibilidade do direito invocado e (iv) probabilidade de sucesso da postulação não seriam aplicáveis, tratando-se de critérios aderentes ao *sham litigation* perante o Judiciário ou em processos administrativos específicos, cuja decisão é vinculada. (sem grifos no original)**

Insta salientar que, mais uma vez, os votos analisados apresentam uma coesão argumentativa com decisões proferidas anteriormente, o que se traduz em uma segurança jurídica nos critérios utilizados pelo CADE.

O último dos resultados que se amoldou aos critérios da presente pesquisa refere-se ao Ato de Concentração no 08700.002165/2017-97 envolvendo as empresas ArcelorMittal Brasil S.A. e Votorantim S.A. No entanto, o termo “*sham litigation*” apareceu apenas como uma referência no voto analisado, indicando que houve ações propostas por pelas empresas contra o Instituto Aço Brasil para proteger o mercado nacional artificialmente, no entanto, tal situação foi apreciada em um acordo entre as partes e o CADE, razão pela qual não serve com argumento para o presente estudo.

Personalidade Acadêmica Homenageada:
André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

Dos casos apresentados restou clara a diligência do CADE na apreciação da prática de *sham litigation*, pois nítida a coesão jurisprudencial sobre o tema que, para a sua verificação, utiliza as mesmas técnicas de análise.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal ponto para a caracterização da *sham litigation* é a verificação do abuso de um direito, no caso, o direito de petição. Para que o exercício de um direito seja considerado abusivo, requer-se análise do art. 187 do Código Civil, que indica este exercício de maneira a exceder os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. O exercício abusivo do direito de petição não visa a defesa de direitos e interesses legítimos. Almeja, ao contrário, a imposição de custos e atrapalhos adicionais aos concorrentes para prejudicar ou enfraquecer a sua atuação no mercado.

O tema do abuso do direito tangencia os direitos fundamentais de ação e de petição, os quais estão expressamente reconhecidos na Constituição Federal, e também exige um juízo de ponderação com as garantias constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

Para o Código de Processo Civil, o abuso do direito de ação pode caracterizar litigância de má-fé, porém, para condenações na esfera administrativa tal verificação é irrelevante. Faz-se verdadeira esta premissa tendo em conta a independência das esferas de responsabilização (administrativa e judicial) e a diferença entre as figuras da litigância de má-fé, tal como tipificada no CPC, e a ocorrência da *sham litigation*.

Esta pesquisa demonstrou as bases doutrinárias que contém apontamentos sobre a *sham litigation* e apresentou a posição do CADE na apreciação do tema no ano de 2018. Os julgados analisados apresentaram coerência argumentativa, demonstrando que o CADE mantém critérios bem estabelecidos para aplicação de sanções em caso de *sham litigation*, o que representa segurança jurídica.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

André Meira (Presidente do ISM – Instituto Silvio Meira)

REFERÊNCIAS

BORGES, Alexandre Walmott et al. A violação à ordem econômica na constituição de 1988 e à lei antitruste no exercício disfuncional da ação na defesa da propriedade intelectual. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, v. 2, n. 47, p. 335-362, 2017.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo; LTr, 2017.

DIAS, Clara Angélica Gonçalves; DE CARVALHO, Ana Terra Teles. Responsabilidade civil do estado: breve panorama evolutivo do direito brasileiro. **Revista Jurídica – UNICURITIBA** (0103-3506), v. 3, n. 48, 2017.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de defesa da concorrência: política, sistema e legislação antitruste brasileira**. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016.

RENZETTI, Bruno Polonio JORGE. Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Jurisprudência do CADE. **Revista de Defesa da Concorrência**. Brasília, Vol. 5, nº 1, Maio 2017, p. 145-177.