

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE
INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA**

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão; João Marcelo de Lima Assafim; Fernando Gustavo Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-038-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

Trata-se do XXIX Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito - Conpedi. Esta reunião do Grupo de Trabalho no. 47, intitulado “Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência”, uma edição diferente das outras, em função do tempo que vivemos. O tempo da, antes imponderável, pandemia. O encontro ocorreu em linha, mediante o uso de plataforma digital, no mês de junho de 2020. No entanto, não falhou. Aconteceu, a tempo, e diligentemente, em função da convergência do esforço e dedicação de vários de nós, e, especialmente, do próprio CONPEDI. Tivemos, assim, apesar dos obstáculos destes tempos difíceis, a honra de coordenar este GT, mais uma vez, desde a sua r. criação, Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim com, reiterando, mais uma vez, a participação da Profa. Dra. Simone Leticia Severo e Sousa Dabés Leão, e, agora, com o Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr. Foram apresentados e debatidos, em sessão em linha, 12 (doze) trabalhos, das 14:00hr às 18:00hr. Além de integrar a publicação original do evento, as derivações dos debates deverão integrar uma obra inédita a ser concebida entre os participantes do GT (docentes, discente e egressos dos PPGDs participantes).

Os títulos dos trabalhos apresentados são: 1) Judicialização da saúde no Brasil e a regulação da saúde suplementar, 2) A atuação do INPI nos processos de nulidade e abstenção do uso de marca sob a ótica do novo CPC, 3) A internet das coisas e a proteção de dados do consumidor, 4) Algoritmos: códigos invisíveis de (in)justiça, 5) Análise da (ir) responsabilidade civil do cartel, 6) As correlações entre o tratamento jurídico da propriedade industrial sobre fármacos antirretrovirais e o desenvolvimento nacional, 7) Encontros e desencontros do franchising no Brasil: Lei no. 13.966/2019, 8) Fashion law: indústria da moda no contexto de uma sociedade capitalista global, 9) Pandemia do coronavírus e a licença compulsória pela vacina, 10) Propriedade intelectual sobre edição geminava do genoma humano: necessária atividade geminava e benefícios associados, 11) O tratamento do “sham litigation” no direito concorrencial brasileiro a luz da jurisprudência de 2018 e 12) Uma análise da inovação e avanço tecnológico de empresas nacionais sob o prisma do desenvolvimento regional.

As autoras Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão e Sabrina Nunes Borges tratam da “JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E A REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR ATRAVÉS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE”, destacando que o

setor de saúde no Brasil é formado por um sistema público, financiado pelo Estado por intermédio do SUS e por um sistema privado, denominado de saúde suplementar. Destacaram que no tange à saúde suplementar, o Estado passou a atuar como regulador dos mercados, por intermédio da ANS, concluindo que a Judicialização da Saúde, traz uma preocupação não só aos gestores do SUS, bem como aos gestores privados e operadores do Direito.

O autor Almir Garcia Fernandes apresenta “A ATUAÇÃO DO INPI NOS PROCESSOS DE NULIDADE E ABSTENÇÃO DO USO DE MARCA SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL”, com finalidade analisar questões relacionadas aos julgamentos que envolvem nulidade e abstração do uso de marcas, especialmente sobre a forma de intervenção do INPI nesses processos.

Os autores Naiara Bianchi dos Santos Silva, Mayara Christiane Lima Garcia e Bruno Bastos De Oliveira expõe sobre “A INTERNET DAS COISAS E A PROTEÇÃO DE DADOS DO CONSUMIDOR”, pontuando que possibilidade da conexão de pessoas e coisas à Internet tem resultado em exorbitante tráfego e armazenamento de dados, concluindo que para efetiva proteção dos dados imprescindível harmonizar a estrutura inflexível do sistema normativo ao dinamismo e inovação da IoT.

Em seguida, os autores Cristhian Magnus De Marco, Mariana Carolina Lemes e Daniel Roxo de Paula Chiesse tratam dos “ALGORITMOS: CÓDIGOS INVISÍVEIS (D)E INJUSTIÇA”, salientando que os algoritmos servem para a discussão da opressão digital, permitindo inquirir como algoritmos tendenciosos viabilizam a perpetuação da desigualdade e novas formas de perfilamento racial, com o objetivo demonstrar a influência dos algoritmos na sociedade digital.

Os autores Paulo Marcio Reis Santos e Gabriela de Vasconcelos Sousa efetuam “ANÁLISE DA (IR)RESPONSABILIDADE CIVIL DO CARTEL EM CASOS DE PREÇOS DE PROTEÇÃO NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO”, com objetivo averiguar através do método hipotético-dedutivo se conforme a interpretação da legislação pátria existe a possibilidade de se buscar, em juízo, a indenização contra os membros de um cartel pelos danos causados por uma empresa estranha ao conluio que, diante da conspiração, aumentou o valor de seus produtos para montante superior ao que seria praticado em condições normais de concorrência.

Os autores João Batista De Souza Leão Neto e Patrícia Borba Vilar Guimarães apresentam “AS CORRELAÇÕES ENTRE O TRATAMENTO JURÍDICO DA PROPRIEDADE

INDUSTRIAL SOBRE FÁRMACOS ANTIRRETROVIRAIS E O DESENVOLVIMENTO NACIONAL”, com o intuito de analisar as correlações do tratamento jurídico da propriedade industrial sobre fármacos antirretrovirais com o desenvolvimento nacional. Adota-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo. Validaram-se as hipóteses de que: i) o tratamento jurídico das patentes dos antirretrovirais causa impactos no desenvolvimento nacional; ii) o desenvolvimento nacional deve servir como fundamento na mitigação da propriedade industrial.

Após, os autores Veronica Lagassi , Juliana de Siqueira Ferreira e Carla Izolda Fiuza Costa Marshall apontam “ENCONTROS E DESENCONTROS DO FRANCHISING NO BRASIL: LEI Nº 13.966/19”, pontuando que a franquia, como sistema pelo qual o franqueador licencia ao franqueado direito de propriedade intelectual, associado ou não ao direito de distribuição de produtos ou serviços, mediante uma contraprestação financeira pactuada pelas partes, possui aparente simplicidade reiterada na nova lei é questionável a partir das inconsistências que ela propicia ao não regular de forma objetiva os direitos mínimos das partes.

Os autores Roberto Reial Linhares e Renata Albuquerque Lima tratam do “FASHION LAW: A INDÚSTRIA DA MODA NO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE CAPITALISTA GLOBAL”, com o objetivo demonstrar a importância da moda na história da vida privada, seu poder de fomento na atividade empresarial e desenvolvimento socioeconômico no Brasil e no mundo, esclarecendo que, em razão de suas especificidades num cenário em constante mudança, diversas questões jurídicas surgiram para serem solucionadas. Concluem que Direito e Moda estão interligados, necessitando de um olhar jurídico mais cuidadoso e especializado na chamada economia criativa, voltada à indústria de vestuário, designers de acessórios e artigos de estética.

Os autores Caroline Regina dos Santos, Gleycyelle Pereira da Silva e Nivaldo Dos Santos, por sua vez abordam a “PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E A LICENÇA COMPULSÓRIA PELA VACINA”, destacando o tema central pandemia do coronavírus e a licença compulsória pela vacina, desenvolvido pela metodologia de revisão bibliográfica, tem como objetivo apresentar conceitos de propriedade intelectual, patente de invenção e licença compulsória, bem como tratar da pandemia do coronavírus aliada à efetivação do direito à saúde por meio da utilização da licença compulsória atendendo ao interesse social garantindo o acesso à vacina contra o COVID-19.

Os autores Gabriel Zanatta Tocchetto e Salete Oro Boff dissertam sobre “PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE EDIÇÃO GERMINATIVA NO GENOMA HUMANO: NECESSÁRIA ATIVIDADE LEGISLATIVA E BENEFÍCIOS ASSOCIADOS”,

asseverando que o trabalho falseia a hipótese de que existem importantes evidências sobre a necessidade de a Propriedade Intelectual lidar com o desafio da edição germinativa sobre o genoma humano. Têm como objetivo geral verificar a necessidade de produção legislativa sobre a Propriedade Industrial na biotecnologia CRISPR e termina por confirmar a hipótese e responder ao problema de pesquisa de forma positiva.

Os autores Amanda Cristina Paulin e Sandro Mansur Gibran discorrem sobre “TRATAMENTO DO SHAM LITIGATION NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE NO ANO DE 2018, abordando que sham litigation, tratada como “abuso do direito de petição”, é uma conduta não tipificada expressamente na Lei 12.529/2011, porém, a sua prática, impõe custos concorrente por intermédio de procedimentos judiciais ou administrativos.

Os autores Mario Sérgio Gomes Nogueira Lima e Maria De Fatima Ribeiro abordam “UMA ANÁLISE DA INOVAÇÃO E AVANÇO TECNOLÓGICO DE EMPRESAS NACIONAIS SOB O PRISMA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO REGIONAL”, com o intuito de apresentar e analisar do ponto de vista do desenvolvimento econômico a inovação e avanço tecnológico de empresas nacionais. Para isso, foram utilizados dados secundários, de caráter quantitativo, com abordagem fundamentada em pesquisas descritivas e exploratórias, conforme os dados disponíveis pela Pesquisa de Inovação (PINTEC) – nas edições 2005, 2008, 2011 e 2014 bem como na nota técnica do IPEA: “Inovação no Brasil: crescimento marginal no período recente” realizada em dezembro de 2016.

Neste momento, a saúde pública está no centro da discussão sobre reconstrução da econômica mundial. Tudo depende de uma vacina. De outro lado, na obtida a vacina (neste momento, de redação deste texto, ainda hipótese), em que pese o risco de escassez seja pela escala como pela apropriação da “invenção” ou dos “dados de testes clínicos” propriedade intelectual, de outro lado, o crescimento econômico dependerá do incentivo estatal.

A função do Estado mudou substancialmente com a pandemia. E com isso, surgem, por certo, também, riscos de toda ordem. O Estado passa a ser o interventor, mais do já era e sempre foi, a salvar a combalida saúde dos mercados nacionais. Recuperações judiciais e quebras explodem, estando claro o fato de que não se trata de uma execução concursal, mas de uma ponderação de valores – sobre um feixe complexo de contratos - que aproxima a recuperação de uma política pública de preservação da ordem econômica, pelo outro lado. De todo modo, há agentes econômicos com liquidez, dinheiro no bolso, e, outros, sem fluxo de caixa para pagar despesas correntes de custeio. Haverá uma onda de concentração estrutural dos vários mercados e, possivelmente, ambientes de mercado marcados pela escassez e sobre

preço. Haverá incremento nas compras públicas, eficiência, mas, distorção, também. Direitos exclusivos importantíssimos para os novos métodos de negócio, e, como incentivo a inovação, podem, e devem, ser estrategicamente usados para fomentar as políticas de desenvolvimento e de saúde pública, mas, podem, também, funcionar contra estas (ferindo a inovação e gerando condutas exclusionárias abusivas) em situações de abuso de direito. As políticas públicas desenhadas para gerar emprego e renda, devem, por certo, prevenir e combater distorções.

A rede internacional de computadores ganha uma dimensão extraordinária no comércio. A nova economia, além da venda de bens e serviços, gera uma série de novos métodos de negócio, em mercados com dois ou mais lados, com base na publicidade. No lugar da circulação dos jornais impressos, vem a “externalidade de rede” (o volume de usuários), “turbina” pelo uso dos dados pessoais acumulados em bases de dados cada vez maiores (dados nem sempre consentidos livre de vícios). Protegendo estas bases de dados originais, a bem do empreendedor precavido, está a propriedade intelectual (direito de autor), ainda que, no Brasil, a LGPD postergada não seja, ainda, capaz de proteger o cidadão comum do “assédio” na captura e uso dos seus dados pessoais (embora já bem, e inequivocamente, protegido pelo direito constitucional, como a imagem, a privacidade relativamente a epístola e ao lar). Quanto maior o “grande dado” (para não insistir no anglicanismo preguiçoso) maior o poder de persuasão na “nova economia”. Por certo, a complexidade da situação tende a confundir o consumidor, comumente interrompido em suas conversas privadas pelo seu rebelde, e mal educado telefone, que insiste em palpitar na marca do tênis ou no restaurante para o jantar. Mas isso não significa que ele, consumidor, não esteja protegido pelo direito positivo. Nem os empreendedores, imunes. Há discussões sobre portabilidade de dados entre algumas plataformas, notadamente as maiores. Mas um acordo de portabilidade para criar padrão tecnológico ou compatibilidades intuitivas ao consumidor e ao empresário, a princípio, será, se não sempre, essencialmente pró competitivo. “Livrai-nos” do “trancamento” dentro de uma determinada tecnologia. Mas, no caso de arranjo entre concorrentes, no mercado de inovação, mesmo em “pools” de patentes, p. ex., ao se reunir debaixo de mesmo comando associativo tecnologias substitutas anteriormente independentes, pode favorecer a formação situações de fato sobre o mercado de tecnologias, análogas à de um monopólio, ou, alternativamente, cartéis do, por hipótese, “novo padrão privado”.

Nesse momento, surgem propostas para reforma do direito positivo vigente (lege lata), e as propostas de lege ferenda convivem com interpretações que, em decorrência de cada ótica e função regulatória setorial e de mercado dos entes e órgãos estatais, podem exsurgir dispares dos vários organismos da Administração. Este é o novo desafio dos cidadãos, passando pelos gestores públicos, chegando aos empresários, e, principalmente, caindo sobre o balcão da

pesquisa científica na Academia, para quiçá, aterrissar, bem discutido e lastreado, através teses técnicas, profundas, interdisciplinares, sistemicamente examinadas e exaurientemente testadas, no âmbito do poder judiciário.

Agradecemos a brilhante participação de todos, principalmente levando-se em consideração o atual contexto da pandemia COVID/19, na expectativa que possamos nos encontrar presencialmente no próximo evento.

Finalizamos com os dizeres de Clotilde Perez, sustentando que a pandemia vai passar, vamos ter que lidar com as perdas, principalmente humanas, mas teremos a oportunidade única de responder à questão fundamental: o que queremos para as nossas vidas? E arremata:

Como em A peste de Albert Camus, ou mesmo em Decameron de Giovanni Boccaccio, o flagelo pode fazer surgir a reflexão sobre a natureza do destino, a fragilidade da condição humana e, quiçá, a solidariedade irrestrita. E, se afim for, todo esse turbilhão avassalador e destrutivo terá algum sentido. (PEREZ, 2019, p. 2)

Fernando Gustavo Knoerr

João Marcelo de Lima Assafim

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

Nota técnica: O artigo intitulado “A judicialização da saúde no Brasil e a regulação da saúde suplementar através da Agência Nacional de Saúde”, das autoras Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão e Sabrina Nunes Borges, está publicado entre os trabalhos do GT Direitos Sociais e Políticas Públicas I.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**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
Sandro Mansur Gibran**

Resumo

O Direito da Concorrência passa a estudar o abuso do direito de petição como uma prática anticompetitiva e ilícito passível de sanção pelo CADE. A sham litigation, tratada como “abuso do direito de petição”, é uma conduta não tipificada expressamente na Lei 12.529/2011, porém, a sua prática, impõe custos concorrente por intermédio de procedimentos judiciais ou administrativos. O presente trabalho tem como referencial teórico a construção da Suprema Corte americana e bases doutrinárias no ordenamento jurídico brasileiro, material e processual. As bases teóricas são confrontadas com casos apreciados pelo CADE no ano de 2018.

Palavras-chave: Direito da concorrência, Cade, Atos ilícitos, Sham litigation, Responsabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

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/Palabras-claves/Mots-clés: Competitive law, Cade, Antitrust illicit, Sham litigation, Accountability

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 uma 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. 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.

Tal racional dialoga com a definição trazida por Ana Frazão (2017, p. 392), que indica que a *sham litigation*

consiste no abuso de direito de petição com finalidade anticompetitiva. A prática ficará configurada quando forem ajuizadas ações com o intuito de obter benefícios anticoncorrenciais, decorrentes da mera propositura das demandas, hipótese em que o interesse na obtenção de decisão favorável à pretensão do autor assume menor relevância.

Importante notar que a possibilidade de causar efeitos lesivos à concorrência não se resume ao Poder Judiciário, mas também alcança as instâncias decisórias administrativas, frente às quais é possível, também, apresentar de mandas abusivas.

Mesmo não havendo intenção de causar danos à concorrência, é possível se cogitar da ilicitude em razão da ausência de boa-fé subjetiva e objetiva nas condutas processuais da parte, notadamente na desatenção aos deveres de diligência e de lealdade processual.

Interessante notar que a autora destaca a definição de conduta ilícita dentro do campo da concorrência, e também a sua intersecção com a possibilidade de causar danos processuais para a parte contrária, independente da constatação de má-fé.

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.

Este 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 tema 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.

O diálogo com o Código de Processo Civil se faz necessário para o presente estudo a fim de diferenciar a conduta anticoncorrencial do chamado assédio processual e também demonstrar a posição do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no trato da questão da boa-fé processual, inserida de forma peremptória no artigo 5º do Código de Processo Civil/15. Em tópico próprio deste estudo será feita revisão da decisão proferida no REsp 1.817.845, no qual o STJ usou o idêntico racional jurídico dos precedentes que tratam de *sham litigation*, no âmbito do Direito Concorrencial para repressão aos abusos de direito material e processual.

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 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

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

das implicações constitucionais futuras que esta decisão poderia trazer. Assim, a Suprema Corte julgou improcedente a ação ajuizada pelos caminhoneiros.

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 compõe 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.

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*.

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*

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”.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

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.

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).

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 assediar 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
- 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 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”.

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 denunciante 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 denunciante 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 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 exposto 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 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).

O STJ utilizou no julgamento do REsp 1.817.845 idêntico racional jurídico dos precedentes que tratam de *sham litigation*, no âmbito do Direito Concorrencial para repressão aos abusos de direito material e processual. O caso envolvia o pedido de indenização por danos materiais e morais em razão de abuso processual. O entendimento alcançado no

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.

referido julgamento foi de que é possível o reconhecimento de situações de atos ilícitos de abuso processual quando configurada a má utilização dos direitos fundamentais processuais, independente de prévia tipificação legislativa. Em voto seu voto a Ministra Nancy Andrighi destacou que

O exercício abusivo de direitos de natureza fundamental, quando configurado, deve ser rechaçado com o vigor correspondente à relevância que essa garantia possui no ordenamento jurídico, exigindo-se, contudo, e somente, ainda mais prudência do julgador na certificação de que o abuso ocorreu estreme de dúvidas.

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 penalidades 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.

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

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:

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

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 à 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, 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.

Nestes termos se 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 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

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”.

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.

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.

REFERÊNCIAS

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