

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS
III**

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

JÉSSICA AMANDA FACHIN

EDGAR GASTÓN JACOBS FLORES FILHO

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito, Governança e novas tecnologias III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Edgar Gastón Jacobs Flores Filho; Jéssica Amanda Fachin. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-834-9

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

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Governança e novas tecnologias. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS III

Apresentação

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS III

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo Direito, Governança e Novas Tecnologias III durante o XII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 11 a 14 de outubro de 2023, sob o tema geral “Derecho, democracia, desarrollo y integración”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em coorganização com a Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires com o apoio do Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás. Trata-se de mais uma exitosa experiência de encontro internacional do CONPEDI na América do Sul em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos ligados ao Direito e à governança a partir do desenvolvimento de novas tecnologias.

Os temas abordados vão desde os novos desafios da governança e regulação clássica, até temas fronteira da tecnologia, o que torna este Grupo de Trabalho um dos mais vanguardistas de todo o evento. Big data, algoritmos, criptomoedas, sham litigation, smart cities, neurotecnologias, inteligência artificial, redes sociais e racismo religioso, dentre outros instigantes temas, foram abordados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Edgar Gastón Jacobs Flores Filho

Jéssica Amanda Fachin

PROCESSO REGULATÓRIO, SHAM LITIGATION E OS PREJUÍZOS ECONÔMICOS NO CASO BUSER

REGULATORY PROCESS, SHAM LITIGATION AND ECONOMIC LOSS IN THE BUSER CASE

**Marcus Aurélio Vale Da Silva
Marisa Rossignoli
Maria De Fatima Ribeiro**

Resumo

A tecnologia trouxe a possibilidade de buscar transporte por meio de aplicativos, de maneira colaborativa, com valores acessíveis e em qualquer parte do país. Alcançar a possibilidade de que um mesmo serviço seja prestado de forma coletiva, no formato colaborativo, em que os custos são divididos entre os usuários, a fim de que, ao final, resulte em menores valores para todos é o objetivo da Buser, que consigo evidenciou vácuo regulatório da atividade, alçado pelo processo conhecido como “uberização”. Diante da ameaça concorrencial, a Buser vem sendo alvo de demandas judiciais, destinando recursos para constituição de defesas. Essa prática vem sendo conhecida como sham litigation, cujos efeitos econômicos são objeto desta pesquisa, especificamente em relação ao caso Buser. Utiliza-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, doutrina e legislação nacional e estrangeira. Ao final, colhe-se do cenário que tais atividades entram em operação e passam a operar sem regulamentação, dado aos grupos com fortes interesses econômicos e que sustentam sua manutenção. Por outro lado, mantém-se semelhante rent seeking em relação às sociedades empresárias tradicionais, e nesse quadro de grandes interesses, o processo regulatório acaba sendo travado. Tal análise é justificada pela atualidade e a relevância econômico-social do tema.

Palavras-chave: Tecnologia, Buser, Concorrência, Sham litigation, Transporte público interestadual

Abstract/Resumen/Résumé

Technology has brought the possibility of seeking transportation through apps, in a collaborative way, with affordable prices and anywhere in the country. Achieving the possibility that the same service is provided collectively, in a collaborative format, in which costs are divided among users, so that, in the end, it results in lower values for all is the objective of Buser, which evidenced a regulatory vacuum in the activity, raised by the process known as “uberization”. Faced with the competitive threat, Buser has been the target of lawsuits, allocating resources for the constitution of defenses. This practice has been known as sham litigation, whose economic effects are the object of this research, specifically in relation to the Buser case. The deductive method is used, with bibliographical research, doctrine and national and foreign legislation. In the end, the scenario shows that such activities come into operation and begin to operate without regulation, given to groups with

strong economic interests that support their maintenance. On the other hand, similar rent-seeking remains in relation to traditional business companies, and in this context of great interests, the regulatory process ends up being blocked. Such an analysis is justified by the topicality and the economic and social relevance of the theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Technology, Buser, Competition, Sham litigation, Transporte público interestadual

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o desenvolvimento de novas tecnologias de informação e comunicação acrescido ao aumento generalizado da posse de *smartphones* permitiram a criação de novos modais de transporte. Dentro destas soluções tecnológicas, os serviços de *e-hailing*, facilitados por sociedades empresárias da rede de transporte, surgiram e trazem desconforto à indústria de transporte e mobilidade em todo o mundo e representam grandes desafios regulatórios para autoridades e formuladores de políticas públicas.

Muitos especialistas abordaram a regulamentação do *e-hailing* em cidades da Europa e dos EUA, no entanto, poucas pesquisas foram feitas com foco na América Latina, mormente no Brasil, que passou a contar com o serviço ampliado de transporte terrestre coletivo interestadual pela Buser.

A pesquisa destaca que o uso de processos regulatórios e de litígio para infligir danos aos concorrentes e obter vantagem competitiva é uma estratégia bem conhecida empregada por sociedades empresárias, em particular aquelas atuantes em setores altamente regulamentados. Entretanto, as sociedades empresárias de plataforma perturbam não apenas os setores econômicos em que se introduzem, mas também os regimes regulatórios que regem esses setores.

Examina-se o caso da Buser no Brasil como um caso de regulamentação desse modelo tecnológico disruptivo, considerando que a política de regulamentação está aquém dos anseios do referido setor e em desconformidade com modelos existentes. O sistema regulatório e judicial é muitas vezes palco de intensos negócios que resultam em lide, disputas genuínas entre as partes sobre a interpretação da lei ou a aplicação desta ao padrão de fato específico, em que cada uma das partes busca garantir a ação governamental a seu favor, mas também motivada em prejudicar diretamente os concorrentes.

Tentativas legítimas e estratégicas de usar o processo regulatório/contencioso podem impor custos aos concorrentes, sendo estes incorridos para assegurar a defesa dos seus interesses no processo regulatório/contencioso, mas também as despesas decorrentes da aplicação atrasada de arranjos contratuais ou de financiamento, ou eventualmente também o atraso para adentrar no mercado.

Nesta perspectiva, tais custos podem afetar a concorrência, eis que é possível que a sociedade empresária que utiliza os processos regulatórios e contenciosos poderá, em virtude destes custos adicionais, para excluir ou marginalizar seu concorrente do mercado, cobrar preços mais altos, limitar a produção, manter o preço do *status quo* ou diminuir a inovação.

O fato de o resultado do efeito anticompetitivo, neste caso, do uso de processos governamentais levantar interessantes questões quanto aos limites da intervenção do direito da concorrência, bem como, os reflexos econômicos dela, caso se considere que tal estratégias levam a efeitos negativos no bem-estar ou prejudicam claramente o almejado processo competitivo.

Este estudo parte da análise do caso da Buser que pretende executar o transporte rodoviário coletivo interestadual no Brasil, e que já possui demandas judiciais em tramitação nas unidades da federação em que a causa de pedir versa sobre a mesma matéria, constituindo, claramente, a ocorrência de *sham litigation*.

Objetiva-se apontar prejuízos causados pela falta de regulamentação em relação ao serviço prestado pela Buser no setor de transporte rodoviário coletivo interestadual e os possíveis impactos econômicos para a categoria, para os consumidores e diretamente para este nicho de mercado e para sociedades empresárias, que duplamente se veem prejudicadas.

Primeiro porque sofrem *sham litigation* por parte das concorrentes. Segundo porque deixam de atuar e ampliar o seu negócio, tanto em face de propagandas contrárias operadas pela concorrência quanto pela impossibilidade legal pelo risco do investimento e suas eventuais penalidades decorrentes.

Esse vácuo legislativo, diante de latente inércia regulamentar, leva a um ativismo judicial muitas vezes sem padronização, eis que não firma entendimento para que as sociedades empresárias que atuam nesse formato, não apenas a Buser, possam continuar com as suas atividades. Destaque-se que a atuação delas é uma situação consolidada e a modulação dos efeitos das decisões é matéria de rigor diante das diversas implicações jurídicas já existentes.

Desse modo, traçando um panorama acerca da regulamentação do setor de transporte rodoviário coletivo interestadual no Brasil; segue-se com a definição do fenômeno jurídico do *sham litigation*; narra-se o panorama do caso Buser, com suas implicações atuais e projeções de especialistas; e por fim, analisa-se os impactos econômicos causados ao respectivo setor, aos consumidores e à empresa.

No mundo em desenvolvimento, o setor informal tem um enorme impacto no funcionamento geral da economia. Por esta razão, existe uma lacuna na literatura (relativa aos países desenvolvidos) sobre o papel da dinâmica gerada pelo setor informal sobre os agentes (tanto no formal quanto nos setores informais) e, portanto, as políticas públicas resultantes do(s) governo(s).

Esse caminho a ser percorrido pelo setor que opera na informalidade, mas que busca formalização, possui impacto direto na economia, no recolhimento de impostos, na fatia do todo

concorrencial, no mercado consumidor, e nos empregos diretos e indiretos que são gerados por meio dele. Por esta razão, é tão necessária a discussão acerca do caso Buser, tendo em vista ser um caso que replica o cenário já conhecido do processo de uberização ocorrido anteriormente, sendo agora nomeado por estudiosos como “uber de ônibus”.

No caso em comento, a regulamentação disruptiva assume a forma de captura do desafiante, um padrão dirigido pela elite, no qual o desafiante tem prevalecido amplamente. É ainda caracterizado pela representação substituta de atores dispersos – clientes e sociedades empresárias – que não têm poder autônomo e que, em vez disto, dependem de alinhamentos mutáveis com os *players* que atuam em formato tradicional e com os consumidores.

Tal análise é justificada pela atualidade e a relevância econômico-social do tema. O método de abordagem utilizado é dedutivo, com pesquisa bibliográfica, doutrina e legislação nacional e estrangeira.

Com isso, o presente estudo acabou sendo estruturado em regulamentação do transporte rodoviário coletivo interestadual e o processo político, *sham litigation* e o direito da concorrência, caso buser e os prejuízos econômicos causados para buser e o setor de transportes, nos debruçando por uma administração pública normatizada, como uma importante ferramenta de combate às falhas de mercado.

1. REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO COLETIVO INTERESTADUAL E O PROCESSO POLÍTICO

As tecnologias emergentes podem transformar não apenas os mercados, mas também fomentar novos mecanismos de mudança regulatória. No contexto das teorias predominantes de tais mudanças, questiona-se até que ponto uma explicação baseada em interesses pode explicar respostas regulatórias para as sociedades empresárias emergentes das redes de transporte.

Diante do cenário atual, observa-se que, embora a existência de grupos de interesse *ex ante* de fato limite um pouco a extensão da aceitação regulatória *ex post* das *startups* de transportes coletivos interestaduais, os responsáveis por legislar parecem preferir que se mantenha a contenda litigiosa, mantendo-se sua operação.

Na esteira da atividade regulatória do Estado, Binenbojm (2016, p. 164) menciona que:

Como a atividade regulatória envolve, essencialmente, a definição de parâmetros normativos de orientação comportamental, as normas de comando e controle são dotadas de grande funcionalidade porque fortalecem a segurança jurídica e a igualdade de tratamento no âmbito da regulação. Tais normas assumem a estrutura de

regras, uma vez que estabelecem a conduta exigível dos particulares, sob pena de incidência da punição cominada. Embora o comando normativo possa operar efeitos imediatos, há casos em que a norma faz depender a sua incidência de uma ordem da Administração Pública, de caráter geral (normativo) ou concreto (individual ou plúrimo).

Em determinados momentos, é possível identificar que a ausência de regulamentação do setor de transporte rodoviário coletivo interestadual, no que tange ao transporte de passageiros, atua como políticas governamentais intencionalmente desenhadas para fomentar o setor informal.

Por um lado, pode-se creditar essas estratégias ao fato de que os responsáveis pela regulação podem oportunizar uma forma barata de predação sem preço (regulamentação predação e/ou litígio predatório), como é o caso da *sham litigation*, que será tratada no próximo tópico.

Certamente, avaliar casuisticamente os efeitos de bem-estar no uso do regulador e o processo de litígio por meio de alguma forma de análise sofisticada do custo-benefício seria muito oneroso e traria consigo muita incerteza, inibindo o uso legítimo de tais processos governamentais e, assim, frustrando seus objetivos.

Por isto, na prática, o uso do processo regulatório e/ou contencioso fica presumivelmente fora do escopo da lei de concorrência, através da operação de alguma forma de imunidade antitruste, tanto nos EUA quanto na Europa, sendo esta explícito ou implícito. Avalia-se qual a medida da resposta regulatória aos serviços de transporte sob demanda – ou *ridesourcing* no Brasil, e suas implicações no cenário econômico (LIANOS, REGIBEAU, 2017, p. 1-63).

Para tanto, é necessário analisar a ideia de que essa presunção de legalidade, sob a ótica do direito concorrencial, que permite que as sociedades empresárias passem a atuar e se mantenham em atividade mesmo sem regulamentação, decorre da proteção constitucional dos direitos da liberdade econômica, cuja eficácia teria sido seriamente comprometida caso fosse possível implementar o direito da concorrência contra a simples utilização do processo regulatório/contencioso concebido para fornecer soluções contra violações desses direitos (BENSOUSSAN, GOUVÊA, 2015, p.140).

As empresas atuantes no setor de transporte coletivo interestadual precisam obedecer a diversos critérios para exercer a atividade, endurecidas por meio da Lei Federal nº 14.298, de 5 de janeiro de 2022, modificando a Lei Federal nº 10.233, de 5 de junho de 2001, com regras relativas ao regime de outorga dos serviços de transporte rodoviário coletivo interestadual ou internacional de passageiros.

O referido normativo “estabelece critérios de outorga mediante autorização para o transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências”. Dentre elas, está a exigência de que as empresas tenham capital social mínimo de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), segundo art. 47-B, §3º, II (BRASIL, 2022), um dos critérios que vinham sendo discutidos como sendo um parâmetro econômico-financeiro para que empresas como a Buser pudessem se manter no mercado.

De certo modo, esse capital social garante eventuais execuções em termos de responsabilização, entre elas a civil, baseados na abrangência da atividade e na proteção do mercado consumidor e dos eventuais credores.

Sob o aspecto tributário, o art. 3º da citada legislação previu que:

Os operadores deverão possuir inscrição estadual em todas as unidades da Federação em que pretendam operar, para fins de recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

Diante dessa exigência, o Estado objetiva que as empresas recolham os impostos estaduais e municipais devidamente, outra preocupação apontada nos litígios judicializados. Em relação a impostos federais colaterais à atividade, como aqueles decorrentes das relações trabalhistas, a regra é a mesma, do mesmo modo que em relação à formalidade, atuação, permanência e existência da empresa, tais como PIS e COFINS.

Caberá, portanto, à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT a realização de processos seletivos para a outorga de autorização, mediante observância aos princípios que norteiam a Administração Pública. Além do capital social mínimo, “o operador deverá comprovar os requisitos relacionados à acessibilidade, à segurança e à capacidade técnica, operacional e econômica da empresa, de forma proporcional à especificação do serviço, conforme regulamentação do Poder Executivo” (BRASIL, 2022).

A livre iniciativa e a livre concorrência são vetores que aportam a possibilidade de que o empreendedorismo, que gera empregos e propicia a circulação de riquezas sejam aceitos mesmo que em seus efeitos jurídicos e a própria atividade esteja a margem do processo regulatório (GONÇALVES, STELZER, 2012, p. 90). Destaca-se o seu ponto-chave: que a economia política influencia a formulação/implementação de políticas públicas, e o mesmo é mais evidente no desenvolvimento de países que possuem acentuado setor informal.

2. SHAM LITIGATION E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

O conceito de *sham litigation* é, em tradução literal, o litígio que leva a parte contrária a passar por situação vexatória. Frequentemente utilizado para se referir às situações em que procedimentos judiciais iniciados principalmente a fim de alcançar objetivos anticompetitivos.

O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica costuma tratar dos casos em que há desequilíbrio na concorrência em face do uso indevido do ajuizamento de demandas, provocando o fenômeno da *sham litigation*.

Baseado na jurisprudência acerca do direito concorrencial norte-americano, o CADE vem adotando dois parâmetros de identificação de casos para a *sham litigation*, com amparo no entendimento firmado para o caso da “*Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc. et al*”, para o qual, se estabeleceu, pela primeira vez, critérios objetivos para a caracterização da *sham litigation*, através do denominado PRE test” (EIRAS, 2019, p. 55).

Acerca do teste Posco, os novos parâmetros surgiram com o advento do julgamento do caso USS – POSCO Industries and BE&K Construction Company v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council, em que o referido teste foi determinado para aferir se o direito de petição está sendo arditosamente utilizado como um artifício anticoncorrencial.

A Corte Americana decidiu que quando as reivindicações são feitas como parte de um padrão ou prática de processos sucessivos, empreendidos essencialmente para fins de assédio, não é relevante se algumas das reivindicações, por acaso, são bem-sucedidas. A questão relevante é se as contestações são levadas a uma política de iniciar procedimentos legais sem levar em consideração os méritos a serem eventualmente alcançados, somados ao objetivo de prejudicar um concorrente no respectivo mercado.

Pode ser considerado um caso típico de predação sem preço: o predador usa processos legais para impor despesas e atrasos, com pouco custo para si. Uma teoria alternativa que pode ser apresentada é que o litígio simulado visa impedir a entrada de terceiros, aumentando estrategicamente os interesses fixos dos rivais, custos, o que, em última análise, afeta a estrutura do mercado e permite que um pioneiro tenha a capacidade de aumentar custos fixos para todos e monopolizar o mercado, realizar práticas anticoncorrenciais ou aumentar ou manter sua posição dominante.

De fato, os custos fixos determinam o número de sociedades empresárias e, portanto, normalmente a intensidade da concorrência. Causa provável pode estar ausente se a alegação não for apoiada em provas factuais adequadas. Também é possível que uma reclamação seja considerada infundada em razão de uma interpretação equivocada de uma lei (ANTONIAZZI, 2019, p.89).

No entanto, alguns Tribunais podem considerar infundada uma demanda que outros possam interpretar como meritória. Este risco é particularmente presente em situações em que o conceito do que constitui uma reivindicação infundada pode ser influenciado pela concepção de cada tribunal sobre o que seja o equilíbrio adequado a alcançar entre a alocação e a eficiência dinâmica.

Além disso, pode não ser objetivamente razoável ajuizar uma ação judicial apenas porque há uma probabilidade de algum sucesso na análise do mérito, não importa quão insignificante seja o valor da reivindicação que pode ser. Tanto nos EUA quanto na União Europeia, a categoria antitruste de litígio simulado (nos EUA) ou litígio vexatório (na UE) permite que um autor ou réu, caso esta ação faça parte de uma reconvenção, argumente que a instauração de litígio pode constituir, em determinadas condições, uma infração ao direito da concorrência (LIANOS, REGIBEAU, 2017).

Isso naturalmente leva à questão de qual é um padrão viável para estabelecer a existência de um litígio simulado e como é possível distinguir entre o uso legítimo do processo regulatório/contencioso e as tentativas estratégicas de usar o processo para restringir a concorrência. A literatura jurídica e econômica, bem como os tribunais, tem lutado para definir testes operacionais que lhes permitam determinar os limites da categoria de litígio antitruste vexatório (DINIZ, 2021, p. 140).

Sociedades de plataforma eletrônica como a Buser não apenas perturbam os mercados existentes, mas também contestam os regimes regulatórios existentes. Isso levanta a questão de como, quando e por que essas empresas são regulamentadas, e reclama a formulação de um quadro teórico que explique a política de resposta regulatória à ascensão do capitalismo de plataforma.

Mediante a correlação observada nos Estados Unidos e na União Europeia, é possível verificar que o sucesso ou o fracasso das regulamentações depende da capacidade dos atores de mobilizar uma ampla coalizão, e que as narrativas afetam a composição desta última. Da mesma forma, as sociedades empresárias de plataforma eletrônica que atuam no setor de transportes terrestres coletivos interestaduais têm pontos fortes e vulnerabilidades políticas ímpares.

A análise do impacto econômico da ausência de regulamentação da atividade faz contribuições substanciais para compreensão da política do capitalismo de plataforma, como também, das contribuições teóricas para os estudos de literatura sobre política de coalizão, institucionalismo ideacional e poder empresarial.

Cada vez mais se verifica a necessidade de encontrar fundamentos para afastar essa conduta abusiva/anticompetitiva, e, de forma propositiva, adotar uma abordagem de design de

mercado, com o objetivo de reduzir a ocorrência de litígios simulados. Desse modo, os custos incorridos pelo “predador” não dizem respeito à sua produção ou vendas, com o resultado de que o sacrifício de lucro para empresas com uma grande participação de mercado será menor do que teria incorrido se tivesse optado por preços predatórios (FLORES, 2015, p.42).

Isso é ainda mais prejudicial para os concorrentes se houver alguma assimetria nos custos regulatórios/contenciosos incorridos pelas partes, seja por diferencial existente de recursos (financeiros), seja por circunstâncias competitivas específicas, as mesmas despesas de litígio aumentando “o custo do pequeno produtor custo por produção maior que o do grande produtor”.

Por outro lado, tais processos governamentais servem a diversos propósitos e foram estabelecidos independentemente do risco que o seu uso possa impactar negativamente a concorrência. No que diz respeito ao processo regulatório, pode-se pensar nas possibilidades oferecidas a um detentor de patente para instigar ações legais relacionadas a patentes a fim de proteger a sua, como a ação de infração, a ação de declaração de não infração e a ação de anulação (ou “ação de nulidade”).

No entanto, isso é consistente em todas as jurisdições, a imunidade não cobre o abuso de tais processos regulatórios e contenciosos, quando estes forem utilizados para fins estrangeiros que não àqueles que eles foram criados para servir em primeiro lugar.

Assim, há uma distinção estabelecida no que diz respeito à aplicação do direito da concorrência entre o uso legítimo de tais processos, e o que poderia, mais amplamente, ser considerado um uso não ortodoxo e desejável. Isso levanta questões sobre a definição dos limites que distinguem o uso legítimo de mecanismos que possam suscitar preocupações com a lei da concorrência.

Não pode ser tão ampla para não configurar o processo governamental como uma arma anticompetitiva, eis que poderá abranger também situações em que a sociedade empresária possui motivos mistos e introduz, por exemplo, litígios com o objetivo de proteger os seus direitos e patrimônio, bem como para prejudicar um concorrente.

A aplicação do direito da concorrência nestas circunstâncias teria o efeito de desencorajar um legítimo uso do processo regulatório ou contencioso. O regime de direito da concorrência exclui do âmbito da imunidade diversos tipos de uso de processos governamentais que podem configurar infração à concorrência lei, sob certas circunstâncias, essas categorias dependem de padrões amplos que estão sujeitos à interpretação.

Entre os vários tipos, doutrinadores defendem que a instauração de litígio pode constituir, em determinadas condições, uma infração ao direito da concorrência. Tais ações têm

sido uma característica do sistema de leis antitruste dos EUA por algum tempo, foram introduzidos na Europa relativamente mais recentemente, e se expandiram em várias jurisdições, em algumas delas representando um significativo número de casos (LIANOS, REGIBEAU, 2017).

Uma característica comum à forma como esses vários regimes de direito da concorrência em todo o mundo define a categoria de *sham litigation* ou litígio vexatório é que, como a Suprema Corte dos Estados Unidos colocou em sua jurisprudência sobre litígio fraudulento *City of Columbia vs Omni Outdoor Advertising*, a principal preocupação é o uso do processo governamental em oposição ao resultado desse processo, tal seja, o de ser utilizado como uma arma anticompetitiva.

O que o precede naturalmente leva à questão de qual é um padrão viável para estabelecer a existência de um litígio simulado. A literatura jurídica e econômica, bem como os tribunais, nos EUA, na União Europeia e em todo o mundo têm lutado para definir testes operacionais que lhes permitam determinar os limites da categoria antitruste de litígios “impugnados” e “vexatórios”.

A principal chave, elemento de prova, na identificação de litígio falso é a ausência de interesse genuíno na percepção da tutela jurisdicional. Compreender o motivo genuíno do autor, portanto, tem sido a questão central para grande parte da jurisprudência sobre litígios simulados na Europa e nos Estados Unidos. A intenção predatória é claramente demonstrada em situações de deturpação de fatos ou direito aos Tribunais, perjúrio, fraude ou suborno ((DINIZ, 2021).

Alguns também consideraram como demandas judiciais simuladas que são manifestamente infundadas ou sem causa provável, conforme apurado à época da propositura da ação, com a presença clara de um efeito anticompetitivo. Tais abordagens visam detectar e punir situações em que o processo de contencioso tem sido usado como uma farsa para perseguir fins anticompetitivos. Eles impõem rigorosos requisitos de informação aos tribunais, pois eles devem confiar em informações sobre os pontos fortes no momento em que o litígio foi iniciado ou as despesas de litígio do autor do processo simulado (EIRAS, 2019).

Além disso, aqueles que usam a causa provável como critério ou aplicam a análise de custo-benefício para identificar atos simulados, irá necessariamente enfrentar o problema do viés de seleção de casos e o problema que os litigantes podem possuir informações incompletas sobre os pontos fortes de seus casos e suas despesas legais.

Ações judiciais que têm grande probabilidade de prevalecer no mérito, são geralmente resolvidas fora do Poder Judiciário, por meio de meios alternativos de solução de conflitos. Por outro lado, reivindicações com poucas chances de ganhar e caras de alegar, raramente são

perseguidas. Os casos que seguem para julgamento são aqueles para os quais a chance de vitória do autor é ambígua, ou os custos do litígio são particularmente difíceis de calcular estimativa antes de extensa descoberta e litígio.

Embora haja uma vasta literatura sobre como o litígio simulado deve ser definido, isso é uma questão que vale a pena revisar no âmbito de uma análise econômica rigorosa.

3. CASO BUSER

Ao digitar na busca livre no sítio eletrônico de pesquisas da Google a palavra “Buser”, a primeira pergunta que aparece como sugestão de busca é a frase “Buser é confiável?”. Para se ter uma ideia, a população tem sérias dúvidas a respeito da idoneidade e da confiabilidade da atividade empresarial, que atua no ramo de prestação de serviços de transporte rodoviário coletivo interestadual no Brasil.

A Buser surgiu em 2017 no formato *startup*, possui sede na cidade de São Paulo e veio com a onda da uberização, sendo conhecida por alguns como “uber de ônibus”, mantendo um site na internet sob o domínio www.buser.com.br, com o slogan “viagens de ônibus mais baratas que a passagem da rodoviária”.

Fundada por Marcelo Abritta e Marcelo Vasconcellos, a sociedade empresária foi pensada para operar com fretamentos colaborativos, também sob a ideia da economia colaborativa, segundo a qual os referidos colaboradores podem explorá-la sem que haja desperdícios em seu consumo.

A iniciativa dos fundadores “chamou a atenção de fundos de investimento em *startups*, e em setembro a Buser fechou a primeira rodada de capital semente, junto aos fundos Canary, Yellow Ventures e Fundação Estudar Alumni partners” (BUSER, 2022).

A partir desses investimentos, a sociedade empresária contratou, para esclarecer a todos sobre a legalidade do modelo de negócio, o maior especialista em direito regulatório do Brasil. Segundo a Buser, o formato pensado consiste, “[...] basicamente, em permitir que pessoas com interesse em comum se encontrem, se juntem, e, juntas, contratem um serviço regular, seguro e acima de tudo, a preços justos, através de um rateio [...]”.

Com o tempo, passou a incomodar as demais sociedades que atuam no segmento, pois além de aportar em alguns terminais rodoviários, também recolhe passageiros em outros pontos como shoppings, postos de combustíveis, etc. No início, não era possível recolher passageiros nos terminais rodoviários, o que gerava mais desconfiança dos passageiros.

Mas, de fato, os valores das passagens são bastante atrativos em relação aos bilhetes vendidos pelas sociedades que já operavam tradicionalmente tal mercado, cujo impacto se assemelha ao que ocorreu entre o serviço de uber e os táxis, provocando uma revolução no transporte urbano de passageiros.

Para se ter uma ideia, em pesquisa realizada no dia 07 de fevereiro de 2023, na plataforma buscaonibus, foi feita a busca de passagens para o trecho Rio de Janeiro a São Paulo, o valor da passagem entre as opções disponíveis variava entre R\$ 134,13 e 149,99; o mesmo trecho com os mesmos parâmetros de busca no sítio eletrônico da Buser, custava R\$ 69,90.

Essa diferença de valores passou, naturalmente, a chamar a atenção dos consumidores, que prezam por serviços mais baratos e que ofereçam qualidade similar. Surgiram, com a onda do “uber de ônibus”, as empresas FlixBus e 4Bus, que operam no mesmo formato, aumentando a necessidade de regulamentação da atividade, principalmente por conta das relações jurídicas dela decorrentes, como o recolhimento de impostos, a responsabilidade civil e penal, etc.

O mercado consumidor é tratado como um todo, cujos percentuais que o compõem são bastante disputados e qualquer desequilíbrio anticoncorrencial que o afete costuma ser imediatamente questionado judicialmente. Com a Buser não foi diferente, iniciaram as judicializações em todo o Brasil, e com elas, as decisões divergentes, sem que a situação fosse definitivamente decidida em sede regulamentar.

A partir de então, os órgãos públicos e as entidades da categoria passaram a se manifestar a respeito, apesar do *lobby* das sociedades de transporte rodoviário coletivo interestadual ser significativo, constituindo o que se reconhece como *rent-seeking*.

Entretanto, com parecer desfavorável à Buser, a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros (Abrati), “[...] argumenta que o transporte rodoviário de passageiros é um serviço público por definição constitucional, e por isso depende de autorização do poder público” (HIGÍDIO, 2022), e, sendo assim, Buser e demais empresas que operam nesse formato, não poderiam estar operando sem qualquer regulamentação específica.

Cabe mencionar que o contencioso é um processo destinado a resolver disputas, que, neste caso, não é apenas em relação à regulamentação, mas diz respeito a parcela significativa e lucrativa do mercado consumidor. Assim, o princípio do acesso à justiça implica que não se deve negar às partes o direito de litigar a fim de obter uma decisão judicial sobre um caso específico, que terá também reflexos à Buser e demais *players* do mesmo formato, caso seja favorável.

Desse modo, parece razoável interpretar este direito de recorrer ao Poder Judiciário como o direito de obter uma decisão judicial e provocar o Poder Legislativo a sair da inércia,

assumir o seu papel e regulamentar tal atividade. Nesta visão, então, o direito de recorrer ao Judiciário deve envolver apenas o direito de obter os retornos esperados que resultariam de uma decisão, e não o ensejo de prejudicar quem quer que seja.

Mais concretamente, esta abordagem implica que judicializar um litígio só se justifica se o autor espera obter uma decisão que lhe beneficie mais do que a situação do *status quo ante*, ou seja, do que se não assim procedesse.

Na contextualização acerca do *sham litigation*, seria então definido como um litígio que é iniciado mesmo que o autor não possa esperar um benefício líquido da decisão esperada.

Alternativamente, situações em que o próprio processo de litígio – incluindo talvez os eventuais acordos, não seriam o objetivo dos demandantes, eis que a relutância é que esse tipo de serviço, que costuma baratear o valor dos serviços, seja de tal modo nocivo e abrangente à fatia considerável do mercado consumidor, provocando desequilíbrio em face às demais sociedades empresárias que operam sob o formato tradicional.

Nessa perspectiva, o excesso de judicialização ou o abuso de direito, acabou sendo verificado no caso da Buser, tendo em vista a quantidade de ações ajuizadas versando sobre a mesma matéria em diversas partes do país. Isto provoca um desequilíbrio econômico para empresas, que precisam destinar recursos para constituir sua defesa para cada uma delas. Em outras palavras de Jota (2022):

A quantidade elevada de ações judiciais com pedidos semelhantes, mesmo que não tenham base na legislação vigente, gera prejuízo econômico para a empresa, que é obrigada a constituir defesa em vários estados. Em sete das oito ações, os argumentos utilizados pelo polo ativo são idênticos.

Por parte da ANTT foi expedida a Súmula n. 11, que alcança “o transporte clandestino de passageiros, na forma da Resolução nº 4.287, de 13 de março de 2014, é aquele realizado por pessoa física ou jurídica, sem qualquer autorização [...]” (BRASIL, 2021) lavrada por parte da referida agência reguladora.

No instrumento citado, são mencionados o Termo de Autorização de Serviços Regulares - TAR e a correspondente Licença Operacional - LOP, no caso da prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros; ou o II - Termo de Autorização de Fretamento – TAF, no caso da prestação do serviço de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros realizado em regime de fretamento.

Apesar do conteúdo da súmula da ANTT, o seu conteúdo, segundo Jota (2022):

[...] deixa claro que os serviços oferecidos pela Buser não são ilegais e nem clandestinos, como dá a entender a campanha paga pela Abrati. A normativa também impede que os ônibus sejam apreendidos — situação à qual a propaganda da Abrati faz menção direta.

Em dado momento, a Buser requereu à Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (SEAE) para emitir Parecer, no âmbito do programa Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (FIARC), nos termos do inciso I do art. 1º da Instrução Normativa (IN) SEAE nº 97/2020, de 2 de outubro de 2020. De acordo com referido requerimento, cuja manifestação foi prolatada no bojo da Manifestação técnica do Programa da FIARC - Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (2022):

De acordo com a Requerente, a regra de circuito fechado⁴ no transporte rodoviário de passageiros sob o regime de fretamento, prevista no Decreto nº 2.521, de 1998, e na Resolução ANTT nº 4777, de 2015, restringe a forma pelo qual o agente privado deve prestar sua atividade e a liberdade de escolha e de contratação por parte do usuário do serviço, além de gerar ociosidade da frota e da mão de obra, o que gera ineficiência.

As recomendações pró-concorrência nos serviços sob fretamento emitido pela FIARC (2022), apontaram as seguintes diretrizes:

No modelo brasileiro de transporte de ônibus de longa distância, conforme destacado na Seção que tratou da definição do mercado relevante, o transporte rodoviário de passageiros de longa distância é composto de dois submercados, o segmento de ônibus regular e o segmento de ônibus sob fretamento. Dessa forma, cabe ao transporte regular de ônibus o atendimento da demanda geral de passageiros de longa distância, enquanto o segmento sob fretamento opera dentro de um nicho específico do mercado, entre eles, o fretamento eventual ou turístico, sendo este último sujeito à restrição de atuação no mercado, em vista da regra do circuito fechado.

Existe uma capacidade substituta na regulamentação municipal e estadual, em que a Buser frequentemente mobiliza grande número de clientes e de outras sociedades empresárias para fazer lobby por resultados de políticas que lhe permitam continuar a prestar serviços em termos que considera aceitáveis. Como as sociedades empresárias obtiveram menos vantagens com esses alinhamentos, as questões subjacentes foram levadas aos Tribunais, mais uma vez, e principalmente por concorrentes do setor, sendo que até o momento não foram bem-sucedidas.

4. PREJUÍZOS ECONÔMICOS CAUSADOS PARA BUSER E O SETOR DE TRANSPORTE

O fato de algumas formas de litígio poderem ser utilizadas em detrimento do processo de concorrência e, portanto, em última análise, em detrimento dos consumidores, é há muito

reconhecida. Essas práticas no contexto da preocupação quanto ao abuso do litígio e processo regulatório para reduzir a concorrência exigem da lei antitruste, a fim de regular, em certa medida, a conduta dos potenciais litigantes.

Sob análise do *law and economics*, se o que se entende por litígio fraudulento deve ou não ser evitado, depende tanto dos incentivos privados e socialmente ótimos para litigar quanto da relação entre a fonte dos benefícios fictícios e o bem-estar. Incentivos privados para litigar podem ser socialmente excessivos ou socialmente insuficientes (MORAIS, 2010, p. 52-53).

Para ver isso, considerar uma situação em que um rival contesta a conduta de uma sociedade empresária dominante com base no fato de que prejudica indevidamente a concorrência e o bem-estar do consumidor. Suponha ainda que se opera sob um consumidor padrão de bem-estar, de modo que os lucros das duas partes não entrem nos cálculos de bem-estar e que se abstraia dos efeitos de *feedback* sobre os incentivos para investir e inovar.

Uma vitória para a sociedade dominante significa um resultado menos competitivo, e uma vitória para a sociedade rival significa um resultado mais competitivo. Os incentivos da rival para litigar são baseados em uma comparação entre o custos de litígio a serem pagos e a parte dos benefícios de maior concorrência que a rival pode se apropriar.

Em contraste, os incentivos sociais para litigar dependeriam do equilíbrio entre o benefícios adicionais do aumento da concorrência que revertem para os consumidores e os custos incorridos por judicial, uma vez que estes custos são, em última análise, suportados pelos consumidores na sua função de contribuintes (VINHAS, 2014, p.25).

Se a parcela de custo para benefício for maior para a sociedade rival do que para os consumidores, então os incentivos do rival para litigar são socialmente ineficientes. Se a relação custo-benefício for maior para a rival do que para consumidores, então os incentivos privados para litigar são socialmente excessivos. Existe portanto uma ambiguidade fundamental.

Por causa dessas ambigüidades fundamentais, comunga-se de entendimento completamente agnósticos quanto a se vale a pena dissuadir ou, pelo menos, limitar, o *sham litigation*. Assim, a ênfase será sobre como o litígio falso pode ser controlado de forma eficiente, e até se parecer desejável fazê-lo.

As corporações podem abusar do sistema regulatório e do litígio com o objetivo de manter ou ampliar seu poder de mercado e excluir concorrentes. Além dos problemas acima, o litígio simulado leva a outros problemas que são indesejáveis do ponto de vista do bem-estar social, ou seja, ganho das sociedades empresárias do setor formal em o custo das sociedades do setor informal, o aumento da atividade informal e o desvio de recursos para o processo de litígio

que poderiam ser direcionados para outras alternativas e, quiçá, serem mais produtivas (EIRAS, 2019).

A resposta política de um governo maximizador de bem-estar deve estar atento às suas implicações. Costuma-se concentrar as preocupações apenas em torno das sociedades empresárias do setor formal, para contestar seus impostos passivos para ganhar tempo e, enquanto isso, investir seus ganhos não declarados no mercado informal e fazer lucros extras na medida do diferencial da taxa de retorno entre o informal e os setores formais.

Entretanto, a atividade acima das sociedades do setor formal afeta negativamente o bem-estar quando a receita tributária do governo é reduzida devido à não declaração dos seus ganhos e, ao mesmo tempo, a atividade informal aumenta à medida que as sociedades investem os seus recursos não declarados no setor informal. Assim, o principal objetivo do Poder Público é o de maximizar as receitas e reduzir o envolvimento das empresas do setor formal no setor informal (BRASIL, MORAIS, 2021, p. 320-359).

Ainda, para ambas as partes litigantes, o litígio é extremamente oneroso, e não se está mencionando o aspecto econômico apenas, mas o temporal, o desgaste corporativo e da própria imagem da empresa. Empresários que buscam equilibrar suas contas e manter a saúde financeira de suas empresas geralmente não se aventurariam em apresentar reivindicações infundadas.

Entretanto, pode ocorrer, principalmente quando a atividade está no campo do setor informal, mas não possui regulamentação que proíba tal atividade. Quando assim o procedem, é difícil resistir à conclusão de que o litígio está sendo usado, não como um mecanismo de petição de reparação, mas, sim, como um mecanismo para abusar de uma concorrente. Assim, o litígio que é infundado, empreendido com o intenção anticompetitiva de interferir com uma concorrente, não é uma intenção genuína de reparação ou prevenção de danos; ao contrário, é uma farsa e não pode ser imune de responsabilidade antitruste (FONSECA, 2017, p. 324).

A restrição da concorrência decorre diretamente de uma ação 'privada', já que o prejuízo à concorrência teria ocorrido independentemente do que o juiz teria decidido. O litígio anticompetitivo (predatório ou simulado) é ilegal porque resulta em rendas monopolísticas ou de poder de mercado que surgem quando a concorrência real ou potencial é limitada ou eliminada, os preços de mercado são mantidos ou elevados a níveis insustentáveis, e a inovação é diminuída.

De acordo com essa visão, a presunção de que uma ação bem-sucedida não pode ser uma farsa é virtualmente conclusiva. Pode-se avaliar tal cenário como sendo também um delito de abuso de processo, em particular por usar o litígio de forma fraudulenta ou sem levar em

conta o resultado para obter um fim colateral, observando a eficácia de ferramentas alternativas em dissuadir processos frívolos e infundados.

Vários cenários observados em outras telas também podem ser sugeridos, incluindo a existência de poder de mercado ou a ausência de uma defesa de intenção legítima. Levando-se em consideração uma abordagem de direito e economia baseada em uma análise de custo-benefício que qualificaria o litígio como farsa, quando o valor de uma decisão favorável, descontado pela incerteza de prevalecer, é menor do que o custo de instauração de litígio.

A existência de litigância simulada é avaliada por uma suposição cujo objetivo com foco é puramente na economia, o interesse do autor em ajuizar ação judicial fica totalmente em segundo plano. Por outro lado, um litígio seria qualificado como falso somente se a lesão direta fosse um objetivo necessário e suficiente, ou seja, um litígio estratégico, além da constatação de que a ré teria um expoente poder de mercado.

O direito da concorrência fará, neste caso, parte de um conjunto de mecanismos implementados para afetar os incentivos dos litigantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de litígio simulado ou vexatório permaneceu relativamente opaco em estudos sobre o direito da concorrência, embora os casos que invocam a doutrina tenham se multiplicado, se não tanto na Europa, pelo menos nos EUA e em outras partes do mundo. Isso levantou questões interessantes como a concepção da categoria antitruste de litígios simulados ou vexatórios.

A vista disto e aos vínculos estreitos que possuem, tanto no que diz respeito às suas origens como no que diz respeito ao quadro teórico global da interação do direito da concorrência com o uso de processos governamentais por sociedade empresárias para vários propósitos, o objetivo deste trabalho foi, primeiramente, o de discutir o surgimento da categoria antitruste de simulação ou litígio vexatório e explorar os seus limites em relação a outras categorias de abuso, em particular no contexto do caso vivenciado pela Buser.

A impressão geral desta análise foi que, mesmo se alguém pode argumentar por uma maior coerência conceitual no *design* das categorias antitruste, que tem o potencialmente de descobrir a maneira como essas várias categorias foram projetadas, não é possível delinear com clareza o lugar e a necessidade do pensamento categórico, em oposição ao balanceamento caso a caso.

É claro que alguma ordem é necessária, pelo menos na conceituação dos fundamentos econômicos das várias categorias antitruste e, especificamente, de litígios simulados ou vexatórios. Importa anotar aqui que o que constitui uma restrição da concorrência nesses casos não é um uso legítimo do processo regulatório ou de litígio em si, mas o abuso desse processo, que revela reflexos deletérios em diversos setores, como o mercado consumidor, o fiscal e de relação amigável entre os concorrentes, sem prejuízo de outros subjacentes.

Isso levanta questões sobre as circunstâncias em que o uso do processo de contencioso constitui um abuso que pode ser considerado como anticoncorrencial, se as outras condições para a aplicação da disposição específica do direito da concorrência são satisfeitas. A ausência de regulamentação provoca a inevitável judicialização e o famigerado ativismo judicial, que, na maioria das vezes suplementa uma lacuna e conforma a sociedade, mas também, pode trazer decisões divergentes que fazem com que o debate se torne cada vez mais acalorado.

Essas práticas levantam dificuldades no que diz respeito à definição de teses jurídicas adequadas, no sentido de estabelecer critérios, permitindo ao tomador de decisão distinguir um uso legítimo do processo regulatório ou dos tribunais do abuso desses processos.

No cotejo de tantos entendimentos, regulamentar situações já consolidadas, que possuem inúmeras relações jurídicas em curso, é um desafio que se tornou frequente no Brasil, e que constitui uma cadeia de atos subsequentes também já conhecidos, como o caso das *sham litigations*.

Entretanto, compreende-se que não se pode confiar apenas nos efeitos assistenciais da conduta, tendo em vista a importância de garantir o direito dos cidadãos de participar do processo democrático de tomada de decisão, da liberdade econômica pautada na livre iniciativa e livre concorrência, eventualmente fazendo campanha ou *lobby* por causas que considerem importantes, ou tendo acesso aos tribunais para defender os seus direitos.

O acesso a justiça é uma conquista social muito importante, que, embora possa ser disfarce para uma possível “*rent-seeking*”, e eventualmente pode ser considerado ineficiente, é o preço a pagar para garantir participação democrática e proteção do acesso à justiça e ao estado democrático de direito, assim como à liberdade econômica.

No que diz respeito à aplicação do direito da concorrência a litígios impugnados ou vexatórios, os chamados *sham litigation*, pode ser concebida como uma correção necessária à falha da lei processual civil ou outras áreas do direito, para lidar com um latente litígio frívolo. Portanto, não pode ser considerado como único meio para conseguir uma redução no abuso de o processo de contencioso pelos litigantes para fins anticompetitivos.

REFERÊNCIAS

ANTONIAZZI, Lucas Bernardo. **A análise da perspectiva pública da concorrência desleal através das decisões do CADE**. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: UFRJ, 2019. Disponível em: [https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPED/Dissertacao/2019/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Lucas%20Antoniazzi%20-%20Final%20\(2\).pdf](https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPED/Dissertacao/2019/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Lucas%20Antoniazzi%20-%20Final%20(2).pdf). Acesso em: 08 fev. 2023.

BENSOUSSAN, Guimarães Fábio; GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Manual de Direito Econômico**. Salvador: Juspodvum, 2015. p. 140.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 164.

BRASIL. AGÊNCIA SENADO. **Lei endurece critérios para transporte rodoviário de passageiros**. 06/01/2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/01/06/lei-endurece-criterios-para-transporte-rodoviario-de-passageiros#:~:text=A%20partir%20desta%20quinta%20feira,no%20Di%C3%A1rio%20Oficial%20da%20Uni%C3%A3o>. Acesso em: 08 fev. 2023.

BRASIL. **Súmula n. 11, de 2 de dezembro de 2021**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/sumula-n-11-de-2-de-dezembro-de-2021-364281585>. Acesso em: 07 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.298, de 5 de janeiro de 2022**. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.298-de-5-de-janeiro-de-2022-372226058>. Acesso em: 08 fev. 2023.

BRASIL, Suzane Araújo; MORAIS, Rafael Pinha Senra Araújo. Regulação de Transportes Urbanos Rodoviários: o Embate Entre Ônibus e Vans no Rio de Janeiro. **EALR**, Brasília, v. 12, n. 3, p. 320-359, set./dez, 2021.

BUSER. **Sobre a Buser**. Manifesto Buser. 2023. Disponível em: <https://www.buser.com.br/sobre>. Acesso em: 07 fev. 2023.

DINIZ, G. Sham litigation no Brasil: desenvolvimento, critérios e crítica. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 33, n. 1, p. 130-144, 2021.

EIRAS, Larissa. Sham litigation: requisitos para sua configuração. **Revista de Defesa do Consumidor - RDC**, Brasília, v. 7, n. 2., p. 53-75, nov./2019.

FLORES, David Fernández. Litigación predatoria: ¿anticompetitiva o desleal?. **Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual**, v. 11, n. 20, p. 11-56, 2015.

GONÇALVES, *Everton das Neves*; *STELZER, Joana*. Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, v. 1, n. 28, p. 77-122, jan./jul. 2012.

HIGÍDIO, José. **Judicialização de atividade de fretamento de ônibus divide tribunais no país**. 19/02/2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-19/tribunais-divergem-autorizacao-funcionamento-buser>. Acesso em: 07 fev. 2023.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LIANOS, Ioannis; REGIBEAU, Pierre. Vexatious/'Sham' Litigation in EU and US Antitrust Law: A Mechanism Design Approach. **Antitrust Bulletin**, Londres, v. 62, n. 4, p. 1-63, 2017.

MORAIS, Rafael Pinho Senra de. Direito e economia da litigância anticompetitiva. **Revista Conjuntura econômica**. Nov./2010. p. 52-53. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/download/24129/22908/0>. Acesso em: 06 fev. 2023.

VINHAS, Tiago Cação. **Sham litigation do abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais**. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2014.