

Vol. 5

Nº 1

2017 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Jurisprudência do CADE¹³⁸

Bruno Polonio Renzetti¹³⁹

RESUMO

No âmbito do Direito da Concorrência, o abuso do direito de petição com fins anti-competitivos pode ser configurado como um ilícito. Apesar de não ser uma conduta tipificada expressamente na Lei 12.529/2011, o agente de mercado que impõe custos colaterais a seu concorrente por intermédio de procedimentos judiciais ou administrativos atenta contra a ordem econômica, devendo sua atuação ser apreciada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O presente trabalho, portanto, tendo como referencial teórico a construção da Suprema Corte americana sobre sham litigation, investiga as origens deste entendimento e como ele foi trazido para o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da análise de casos apreciados pelo CADE, nos quais o abuso de direito de petição como ilícito concorrencial foi objeto de apreciação no órgão antitruste.

Palavras-Chave: sham litigation; CADE; concorrência; processo; antitruste.

ABSTRACT

The improper handling of the right to petition, when seeking anticompetitive ends, can be considered an antitrust infraction under the Brazilian Antitrust Law, albeit it is not expressly prescribed in the law. The market agent, which imposes collateral costs to his competitor through the litigation process, must have his conduct scrutinized by the antitrust body. Thus, the present paper investigates the origins of the sham litigation, having the Supreme Court's decisions on the matter as guides. The work also explores the approach taken by the Brazilian antitrust organ, evaluating the ratio decidendi chosen by the authorities.

Keywords: sham litigation; CADE; competition; procedure; antitrust.

Códigos JEL: K21; K41; K42; L40.

¹³⁸ Agradeço aos professores Eduardo Talamini, Alexandre Ditzel Faraco, Egon Bockmann Moreira e Gustavo Osna, todos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, que muito contribuíram com críticas e sugestões sobre o conteúdo deste trabalho.

¹³⁹ Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e beneficiário da bolsa de estudos Mário Henrique Simonsen. Monitor da disciplina de Direito Concorrencial na graduação da FGV Direito SP, ministrada pelo Prof. Dr. Caio Mário da Silva Pereira Neto. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Secretário da Associação Brasileira de Direito e Economia (2015/2016). Advogado inscrito na OAB/PR.

Sumário: 1. Introdução; 2. Construção da Doutrina Noerr-Pennington nos Estados Unidos; 2.1. Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc; 2.2. United Mine Workers v. Pennington; 3. A exceção sham à Doutrina Noerr-Pennington; 3.1. California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited; 3.2. Otter Tail Power Co. v. United States; 3.3. Professional Real Estates Investors, Inc. v. Columbia Pictures, Inc. (“Caso PRE”); 4. Incertezas Doutrinárias acerca da definição de Sham Litigation; 5. O Direito Fundamental de Petição e de Ação; 6. Abuso de Direito; 7. Litigância de má-fé no âmbito do Direito Processual Civil; 8. Sham Litigation no CADE: Análise de Casos; 8.1. Caso Sinpetro; 8.2. Caso Baterias Moura; 8.3. Caso Siemens VDO; 8.4. Caso ShopTour; 8.5. Caso Eli Lilly; 8.6. Caso Ediouro; 9. Considerações sobre o posicionamento do CADE; 10. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A preocupação das autoridades antitruste não se resume somente à inquietação tradicional com cartéis de preços, mas também com condutas detalhadamente arquitetadas para causar danos à concorrência e ao consumidor, as quais não podem passar incólumes pelo órgão de defesa da concorrência.

É neste contexto que se insere o tema e a importância do presente trabalho. O *sham litigation* é prática que teve início na década de 1960 nos Estados Unidos e foi reconhecido como ilícito concorrencial, mas apenas recentemente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) teve a oportunidade de analisar tais condutas em cotejo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Não é objetivo deste trabalho oferecer respostas definitivas sobre a forma como o *sham litigation* é apreciado pelas autoridades antitruste brasileiras, mesmo porque é um tema de muita controvérsia e constante evolução no âmbito do próprio CADE. Procura-se, todavia, oferecer uma contribuição ao estudo do Direito da Concorrência no país, para que possa realizar seus desideratos constitucionais.

Assim sendo, o artigo está estruturado da seguinte forma: a seção dois revisita os casos paradigmas que levaram a Suprema Corte dos Estados Unidos a construir a Doutrina Noerr-Pennington. Em seguida, explica-se como se verifica a exceção *sham* a tal doutrina. A seção posterior mostra como ainda existem muitas incongruências doutrinárias no que toca a uma definição exata de *sham litigation*. A quinta, sexta e sétima

seções tratam brevemente sobre os direitos fundamentais de ação e petição, abuso de direito e a litigância de má-fé no processo civil brasileiro. A seção oito traz análise dos principais casos em que o CADE se deparou com a temática do *sham litigation*. A nona seção oferece considerações acerca das decisões do CADE e conclui.

2. Construção da Doutrina Noerr-Pennington nos Estados Unidos

A Constituição dos Estados Unidos consagra em sua Primeira Emenda o direito de petição a seus jurisdicionados¹⁴⁰. Todo cidadão tem o direito de peticionar requerendo providências por parte do governo, mesmo que a providência desejada tenha efeitos anti-competitivos. A proteção a este direito de petição é extremamente cara nos Estados Unidos, mas não é absoluta: possui uma forte exceção. Segundo Herbert Hovenkamp, não há proteção ao direito de petição se esta for apenas um *sham* – isto é, o objetivo ao manejar o pedido não é obter do governo uma resposta favorável no mérito da questão, mas somente promover empecilhos a um rival de mercado¹⁴¹. Beneficia-se do procedimento em si, não do resultado da petição.

A Doutrina *Noerr-Pennington*, relativa à proteção ao direito de petição, foi estabelecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos na segunda metade do século XX. Os dois principais casos que levaram a construção da doutrina foram (i) *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.* e (ii) *United Mine Workers v. Pennington*. Tais decisões serão analisadas a seguir, bem como os casos subsequentes apreciados pela Suprema Corte e que culminaram com a criação da exceção *sham* à doutrina.

2.1. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.*

O caso *Noerr*¹⁴², julgado no ano de 1961, foi iniciado com o ajuizamento de uma ação de autoria de 41 empresas de transporte rodoviário do estado da Pensilvânia em face de 24 companhias de ferrovias, bem como da associação dos presidentes de tais companhias – conhecida como *Eastern Railroad Presidents Conference* - e do escritório

¹⁴⁰ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

¹⁴¹ HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise*, p. 244.

¹⁴² 365 U.S. 127.

de relações públicas *Carl Byoir & Associates*. Os autores buscavam a condenação dos réus nos parágrafos 1º e 2º do *Sherman Act*, por acreditarem que houve conspiração para restringir a concorrência e monopolizar os serviços de frete para longas distâncias.

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 estado¹⁴³.

Em sua contestação, as ferrovias reconheceram que patrocinaram campanhas publicitárias com o fito de influenciar a aprovação de leis relativas a limites de peso dos fretes e de alíquotas tributárias no transporte rodoviário, incentivando a criação de multas para cargas acima do peso. Todavia, negaram que a campanha tivesse sido motivada com o objetivo de interferir nas relações entre os caminhoneiros e seus usuários. A campanha teria sido instalada com vistas à informar a população sobre os danos causados pelos caminhões às rodovias, de forma que tal manobra publicitária não configuraria uma violação do *Sherman Act*.

Em primeira instância, as alegações apresentadas contra as ferrovias foram julgadas procedentes: entendeu-se que a campanha publicitária era fraudulenta e maliciosa, pois, além de ser dirigida diretamente aos legisladores, procurava acabar com a competição imposta pelos caminhoneiros; segundo, a campanha ainda prejudicava imagem dos caminhoneiros perante seus consumidores e toda a sociedade, prejudicando-os em diversas maneiras.

As ferrovias recorreram da decisão, mas a Corte de Apelações do Terceiro Circuito manteve a decisão do primeiro grau, em seus próprios termos. Assim, peticionaram à Suprema Corte, buscando reverter a condenação nos termos do *Sherman Act*.

¹⁴³ Jeffrey Schmidt relata que a lei vetada, conhecida como “Fair Truck Bill”, tinha como objetivo relaxar as restrições de peso dos caminhões nas rodovias, tornando possível o frete de cargas mais pesadas nas rodovias estaduais da Pensilvânia. In.: SCHMIDT, Jeffrey *et al.* *The Noerr-Pennington Doctrine*, p. 7.

A Suprema Corte acolheu o recurso. Entendeu a Corte que não houve violação do *Sherman Act* pelas ferrovias, de forma que a simples reunião de duas ou mais pessoas, em uma tentativa de persuadir o Legislativo ou Executivo em relação a uma determinada lei que poderia produzir restrições a um mercado ou mesmo um monopólio, não pode ser tido como um ilícito concorrencial.

A Corte também ponderou a possibilidade de campanhas publicitárias que são somente uma simulação (*sham*) para encobrir o verdadeiro objetivo do procedimento, isto é, interferir diretamente com os negócios e relações comerciais de um concorrente. Nestes casos, a aplicação do *Sherman Act* seria plenamente justificável. Todavia, a Corte reiterou que não era este o caso de *Noerr*.

Para os *Justices* da Suprema Corte, condenar o direito de petição sob os auspícios do *Sherman Act* traria sérias implicações constitucionais. Assim, a Suprema Corte julgou improcedente a ação ajuizada pelos caminhoneiros.

2.2. *United Mine Workers v. Pennington*

Trata-se do segundo julgamento¹⁴⁴ que originou a Doutrina *Noerr-Pennington*. Neste caso, 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 do *National Bituminous Coal Wage Agreement 1950*, 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 os parágrafos 1º e 2º do *Sherman Act*.

As razões da reconvenção apresentada por *Phillips* buscavam expor a tentativa de eliminação de pequenas empresas, através de medidas patrocinadas pela UMW em conjunto com outros operadores de carvão. Grande parte da controvérsia no caso orbitou em volta da conspiração do sindicato e outros operadores em impor os termos do acordo salarial de 1950 em pequenas companhias, não levando em consideração a impossibilidade de pagamento por parte de tais empresas. Ainda, buscavam a exclusão dos trabalhadores não sindicalizados do mercado de produção e venda de carvão, entre

¹⁴⁴ 381 U.S. 657.

outras alegações. Todavia, mais importante para o tema do *sham litigation* foi a alegação que o sindicato estaria buscando junto à Secretaria do Trabalho o estabelecimento de um salário mínimo mais alto do que em outras indústrias.

Na Suprema Corte, o caso teve a relatoria do *Justice White*, responsável por emitir a opinião do Tribunal. No que tange às alegações de que o sindicato estaria albergado pela legislação antitruste no momento em que conduziu negociações salariais com um conjunto de empregados, a Corte manteve a decisão das instâncias inferiores, ratificando o entendimento de que os sindicatos não estão imunes ao *Sherman Act*, quando a política salarial tem como objetivo eliminar competidores do mercado. Segundo o acórdão, o objetivo de qualquer organização nacional de trabalhadores é de alcançar uma padronização das condições de trabalho, de forma que a consequência de uma atividade como a da UMW poderia ser a de eliminar os concorrentes baseados nas diferenças de tais condições. Para a Suprema Corte, um sindicato não está imune às normas antitruste quando, além de negociarem com um grupo determinado de empregadores, buscam impor tais condições também a empregadores que não participaram de negociações prévias.

A Corte, entretanto, reverteu o julgamento dado pelas cortes inferiores acerca da influência efetuada pelo sindicato junto à Secretaria do Trabalho. Para embasar sua opinião, a Corte resgatou os entendimentos solidificados no caso *Noerr*, no qual foi rejeitada alegação que a tentativa de exercer influência sobre autoridades governamentais seria um ilícito sob a legislação antitruste. O acórdão de *Noerr* deixa claro que objetivos anti-competitivos não tornam a conduta de peticionar ao governo – de acordo com a Primeira Emenda – ilegal.

Portanto, a Suprema Corte deu provimento aos pedidos da UMW, isto é, de que o julgamento em primeira instância não ponderou de maneira adequada sobre o que já havia sido julgado em *Noerr*. A Suprema Corte foi enfática ao dizer que os preceitos convencionados em *Noerr* se aplicam a qualquer tentativa de influenciar agentes do governo, independentemente de intenção ou propósito ilegal. A Corte entendeu que o júri em primeira instância não foi bem instruído sobre o caso, levando a um erro óbvio ao apreciar o caso. Os membros da Suprema Corte entenderam que não se tratava de um erro inofensivo e não poderiam deixar tal julgamento prosperar¹⁴⁵.

¹⁴⁵ No original: “*Joint efforts to influence public officials do not violate the antitrust laws even though intended to eliminate competition. Such conduct is not illegal, either standing alone or as part of a broader scheme itself violative of the Sherman Act. The jury should have been so instructed and, given the obviously telling nature of this evidence, we cannot hold this lapse to be mere harmless error*”. 381 U.S. 671.

Além disso, a Suprema Corte apontou que seria impossível que *Phillips* recebesse qualquer espécie de indenização por ter sido vítima de ilícitos antitruste, justamente por não se verificar qualquer violação ao *Sherman Act*. O julgamento foi revertido parcialmente e o caso enviado de volta para as instâncias inferiores, para nova apreciação de acordo com a opinião exarada no acórdão da Suprema Corte.

3. A exceção sham à Doutrina Noerr-Pennington

Uma vez estabelecida a Doutrina *Noerr-Pennington*, a Suprema Corte passou a se deparar com situações que não se enquadravam dentro dos parâmetros construídos. Assim, analisando casos que traziam à tona questões relacionadas com o abuso de direito de petição, os *Justices* americanos acabaram por criar situacionais excepcionais à regra. A seguir, serão expostos os principais casos que levaram à construção desta exceção e seus fundamentos.

3.1 California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited

Embora a Suprema Corte tenha apreciado anteriormente feitos que mantinham certo paralelo com a questão do *sham litigation*¹⁴⁶, foi somente no caso *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*¹⁴⁷ que os membros da Corte analisaram o manejo de petições ao Judiciário como um ilícito concorrencial sob o *Sherman Act* e a imunidade construída nos casos *Noerr* e *Pennington*.

Tanto o autor como o réu, no presente caso, eram empresas que atuavam no mercado de transporte rodoviário. A ação foi ajuizado por *Trucking Unlimited*, alegando que sua concorrente *California* conspirou para monopolizar o comércio do transporte rodoviário de bens em clara violação às regras antitruste. Tal conspiração teria ocorrido em razão da tentativa de influenciar procedimentos estatais e federais com a finalidade de impedir ou dificultar o concorrente *Trucking* a adquirir, transferir e registrar o direito de operações nas estradas.

¹⁴⁶ Em,1965, a Suprema Corte julgou o caso *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp* (382 U.S. 172), no qual discutia-se a obtenção fraudulenta do registro de uma patente. O que chama atenção neste precedente é que, ainda que não tenha sido feita expressa referência à Doutrina *Noerr-Pennington*, pode-se considerar que a Suprema Corte entendeu que há certas ações judiciais que não podem se beneficiar da imunidade antitruste. Criou-se o entendimento de que o manejo de ações sem fundamentos poderia representar uma violação ao *Sherman Act*.

¹⁴⁷ 404 U.S. 508.

Em suas razões, *Trucking* alega ter sido prejudicado devido a dois fatos em específico: primeiro, discorrendo sobre o conluio liderado por *California*, para tentar empurrar seus concorrentes para fora do mercado, bem como enfraquecendo, destruindo e eliminando qualquer competição existente ou em potencial. Em segundo lugar, buscando a configuração de *sham litigation*, o autor alegou que o poder, estratégia e recursos utilizados por *California* tinham como objetivo deter e dificultar que *Trucking* acessasse as cortes administrativas e judiciais, para que não houvesse decisões em seu favor.

Em primeira instância, o caso foi extinto, mas em sede de recurso a decisão foi revertida, devolvendo o mérito do caso a Corte Distrital. Diante disso, *California* recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos, defendendo que sua atuação perante autoridades governamentais era totalmente legal e imune frente ao *Sherman Act*, de acordo com a doutrina *Noerr-Pennington*.

Foi o primeiro caso em que a Suprema Corte aplicou tal doutrina. Para tanto, os *Justices* entenderam que as alegações no caso não eram que os conspiradores tinham como objetivo influenciar autoridades governamentais, mas sim bloquear seus concorrentes do acesso aos tribunais e usurpá-los da possibilidade de acompanhar o processo decisório governamental. Segundo as alegações de *Trucking*, os procedimentos foram instalados por *California* independentemente dos méritos do caso, isto é, sem os próprios petionários acreditarem na possibilidade de obter sucesso no caso.

A Corte foi clara em seu acórdão: qualquer cidadão tem o direito de requerer medidas às agências governamentais ou acessar o Judiciário, de acordo com o que antecipa o texto da Primeira Emenda. Todavia, isto não significa uma imunidade automática frente à legislação antitruste – pois os direitos de petição não são imunes quando usados como parte de uma conduta para violar uma outra legislação vigente¹⁴⁸.

O acórdão exarado pela Suprema Corte é repleto de respeitáveis considerações teóricas acerca do direito de petição sob o véu da Primeira Emenda e seus limites. A Corte, por exemplo, aduziu que:

One claim, which a court or agency may think baseless, may go unnoticed; but a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused.

¹⁴⁸ Para embasar esta construção, a Corte usou o precedente estabelecido em *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U.S. 490.

Além disso, a Corte ponderou que o direito oriundo da Primeira Emenda não pode ser usado como pretexto para atingir “*substantive evils*.” O entendimento dos *Justices* no caso pode ser sintetizado pela seguinte passagem do acórdão:

A combination of entrepreneurs to harass and deter their competitors from having 'free and unlimited access' to the agencies and courts, to defeat that right by massive, concerted, and purposeful activities of the group are ways of building up one empire and destroying another. As stated in the opinion concurring in the judgment, that is the essence of those parts of the complaint to which we refer. If these facts are proved, a violation of the antitrust laws has been established. If the end result is unlawful, it matters not that the means used in violation may be lawful

Diante destas ponderações, a Suprema Corte determinou que o processo fosse mais uma vez enviado para as cortes inferiores, dando à *Trucking* a oportunidade de demonstrar as possíveis violações antitruste protagonizadas por *California*.

A decisão da Suprema Corte neste caso, contudo, trouxe confusão aos tribunais estadunidenses. Como bem colocado por Vinhas, isso ocorreu porque a Corte mencionou algumas condutas como exemplos de práticas que poderiam corromper os procedimentos judiciais ou administrativos, resultando em infração antitruste: alegações falsas, ações judiciais sem fundamento, propinas a funcionários públicos, etc¹⁴⁹.

3.2. *Otter Tail Power Co. v. United States*

A discussão conduzida no caso de *Otter Tail Power Co. v. United States*¹⁵⁰ também serviu como pedra angular para se verificar até que ponto a imunidade antitruste poderia ser concebida frente ao direito de petição consignado constitucionalmente.

A empresa *Otter Tail Power Co.* era responsável pela transmissão e distribuição de energia elétrica para 465 cidades dos estados de Dakota do Norte, Dakota do Sul e Minnesota. A companhia operava sob contratos com duração de dez a vinte anos – e, como cada cidade só possuía capacidade para acomodar um sistema de distribuição – *Otter Tail* acabava sendo titular de um verdadeiro monopólio natural para a comercialização de energia elétrica.

A concorrência da companhia era somente com eventual sistema estabelecido pelo governo local. Todavia, eram pouquíssimos os municípios que possuíam seus próprios

¹⁴⁹ VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation: do abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrencias*, p. 35.

¹⁵⁰ 410 U.S. 366.

sistemas de distribuição da empresa em funcionamento, pois a eletricidade precisava ser comprada no mercado “em atacado”. Para poder se dar a distribuição, os municípios precisavam ter acesso às linhas de transmissão – e as únicas disponíveis eram de propriedade de *Otter Tail*.

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos ingressou com a ação civil antitruste, buscando a responsabilização da companhia por violação do *Sherman Act* em sua 2ª Seção. A Corte Distrital, em primeira instância, considerou *Otter Tail* culpada por violações antitruste, ao tentar atrapalhar a criação de sistemas municipais de energia elétrica após o fim do contrato que as cidades mantinham com a companhia, bem como responsável por promover litígios com o único propósito de atrasar o estabelecimento de tais sistemas municipais.

A ação civil antitruste teve como estopim o fato de *Otter Tail* recusar-se a vender energia no atacado para os sistemas municipais estabelecidos por quatro cidades, após o fim do contrato delas com a companhia: Elbow Lake (MN), Aurora (ND), Hankison e Colman (SD).

Otter Tail lançou mão de diversas armas contra os sistemas estabelecidos pelas cidades. Nos casos de Elbow Lake e Hankinson, a companhia recusou-se a negociar, com embasamento em disposições contratuais que bloqueavam o uso de suas linhas de transmissão. Contra as iniciativas de Colman e Aurora, a companhia promoveu diversas ações judiciais. Ainda, no caso de quatro outros municípios, *Otter Tail* ajuizou ações que tinham como fito impedir ou atrasar os esforços para estabelecer sistemas municipais de distribuição.

Restou consignado, no acórdão da Suprema Corte, que a Corte Distrital considerou que os litígios patrocinados por *Otter Tail* tinham o propósito único de atrasar e prevenir que a criação dos sistemas elétricos municipais, com o objetivo de que tais manobras conservassem sua posição predominante na venda e transmissão de energia elétrica em suas áreas de atuação.

A Suprema Corte decidiu, portanto, remeter os autos novamente para a Corte Distrital, para que esta pudesse determinar se as ações judiciais patrocinadas por *Otter Tail* poderiam ser consideradas *sham*, por terem como desígnio a manutenção de posição monopolística do mercado e, portanto, não estariam albergadas pela proteção constitucional do direito de petição – enquadrando-se na *sham exception* estabelecida em *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*.

Chegou-se a conclusão de que a Doutrina *Noerr-Pennington* era plenamente aplicável ao manejo tanto de processos judiciais como administrativos, em que o objetivo do peticionário é prejudicar a concorrência, atitude demonstrada pelo ajuizamento de diversas ações repetitivas sem fundamento (*baseless*)¹⁵¹.

Desta forma, *Otter Tail*, ao lado de *California*, foram casos importantíssimos, que estabeleceram as bases para os critérios de caracterização de *sham litigation*, explorados mais detidamente pela Suprema Corte no caso de *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Inc.* (“*Caso PRE*”).

3.3. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Inc.* (“*Caso PRE*”).

Em que pese a Suprema Corte ter estabelecido já alguns anos antes a possibilidade de exceção na doutrina *Noerr-Pennington*, o *Caso PRE*¹⁵² é de extrema importância, pois foi a oportunidade na qual a Corte estabeleceu o critério objetivo para avaliar se uma demanda que lidasse com aspectos concorrenciais poderia ser isenta da doutrina *Noerr*, configurando-se assim como *sham litigation* – logo, um ilícito concorrencial. Aqui, a Corte buscou responder: o ajuizamento de ações pode ser considerado como *sham* devido ao fato de a pretensão de sucesso do autor não é sua razão de utilização dos meios judiciais?¹⁵³

O caso narra a seguinte situação. Os autores *PRE* eram proprietários de *resorts*, os quais disponibilizavam uma videoteca para seus hóspedes alugarem filmes e assistirem em seus quartos. A *Columbia* – bem como outros estúdios cinematográficos – eram os proprietários dos direitos autorais de muitos dos filmes disponíveis para aluguel no hotel. Assim, em sede de primeira instância, a *Columbia* processou *PRE* por violação de direitos autorais; houve reconvenção, na qual *PRE* alegou que os pedidos da *Columbia* não eram legítimos, tendo apenas caráter de *sham litigation*, com fins de excluir um competidor do mercado. A primeira instância não reconheceu nenhum dos dois pedidos: não houve

¹⁵¹ No original, “*that was written before we decided California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, [...], where we held that the principle of Noerr may also apply to the use of administrative or judicial processes where the purpose to suppress competition is evidenced by repetitive lawsuits carrying the hallmark of insubstantial claims and thus is within the “mere sham” exception announced in Noerr.*” Importante notar que neste caso a inovação do caso está no fato de que bastava a prova de que as ações foram protocolizadas com o intuito de impedir a concorrência, não sendo necessário provar que os municípios foram efetivamente compelidos a não procurarem o Judiciário.

¹⁵² 508 U.S. 49 (1993).

¹⁵³ No original, do acórdão: “*We left unresolved the question presented by this case – whether litigation may be sham merely because a subjective expectation of success does not motivate the litigant.*” p. 57.

quebra de direitos autorais, da mesma forma que a ação movida pela *Columbia* não se caracterizava como *sham*, pois havia “causa provável” para embasar o pedido¹⁵⁴. Entendeu-se que a questão relacionada a *sham litigation* só poderia ser apreciada se precedida da inexistência de indícios que indicasse a crença do autor no sucesso da ação.

Em sede de recurso, o Tribunal (*Court of Appeals*) entendeu que *sham litigation* era o abuso do procedimento judicial, através de distorções no processo, bem como um padrão de demandas repetitivas, sem causa provável, independentemente de seu mérito. Assim, uma demanda com causa provável não estaria sujeita à exceção da doutrina *Noerr-Pennington*.

Ao analisar o caso, a Suprema Corte confirmou a decisão das instâncias inferiores. No terceiro capítulo de seu acórdão, os *Justices* trazem uma definição de *sham* em duas partes. Nas palavras da Suprema Corte:

We now outline a two-part definition of “sham” litigation. First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under *Noerr*, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail. Only if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant’s subjective motivation¹⁵⁵.

Tem-se, assim, que o concorrente que lança mão do *sham litigation* busca se beneficiar não do resultado final do processo – ora, ele mesmo não acredita nos méritos da ação – mas do procedimento em si.

Estes dois passos para verificar a existência de *sham litigation* passaram a ser conhecidos na jurisprudência como “Teste *PRE*”: é ônus da parte que contesta a ação demonstrar sua inviabilidade legal, para somente depois a Corte analisar sua viabilidade econômica.

Neste sentido, o caso *PRE* utiliza-se de um critério objetivo para definir as situações em que se pode atestar a existência da exceção à doutrina *Noerr-Pennington*¹⁵⁶,

¹⁵⁴ A primeira instância assim entendeu, em tradução livre: “Estava claro para mim na maneira em que o caso foi apresentado, que [Columbia] tinha a expectativa de um julgamento favorável. (...) Para mim, existia causa provável para embasar a petição, independentemente de ser uma questão de fato ou de direito.” 508 U.S. 49, p. 53.

¹⁵⁵ 508 U.S. 49, p. 60.

¹⁵⁶ Ainda que tenha concordado com o relator do acórdão, o *Justice Stevens* optou por declarar seu voto separadamente, exatamente por não concordar com algumas questões relativas ao que foi concebido como “objetivamente sem fundamento”. Para *Stevens*, o rótulo de *sham* é acertadamente utilizado em casos em que o demandante é indiferente quando ao resultado, mas buscar impor um prejuízo a seu concorrente através do processo. Aplica-se também a demandantes que, apesar de crerem em eventual sucesso de seus pedidos, desistem do procedimento por diversas razões, como custos, por exemplo. Ainda, o *Justice* coloca

introduzindo uma nova forma de verificar a exceção, que vinha sendo examinada a partir de critérios subjetivos.

4. Incertezas Doutrinárias acerca da definição de *Sham Litigation*

Refeito o caminho que levou a Suprema Corte dos Estados Unidos a formular a Doutrina *Noerr-Pennington*, bem como sua exceção *sham* à imunidade antitruste, analisou-se também a dificuldade em se chegar a um método eficiente de aferição do abuso dos procedimentos judiciais com efeitos anti-concorrenciais. Dessa forma, faz-se mister elencar algumas definições trazidas pela doutrina, a fim de se verificar as possíveis incongruências na literatura especializada.

O professor Christopher Klein assevera que, historicamente, *sham litigation* tem sido definido como a litigância anti-concorrencial baseada em casos sem fundamento (*baseless*) ou sem nenhum outro fundamento legal. Todavia, o autor aponta que esta definição, a partir de um viés econômico, é extremamente restrita e apresenta falhas que proporcionam o uso da máquina legal para efeitos anti-competitivos. Para o autor, é clara a confusão dos tribunais ao tentar definir *sham litigation*. Nesse sentido, seria mais apropriado definir *sham litigation* como uma litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anti-concorrenciais - isto é, o uso indevido dos tribunais e outros órgãos governamentais contra rivais com o objetivo de atingir efeitos contra a livre concorrência¹⁵⁷.

O autor, partindo da premissa que uma ação somente é ajuizada quando os benefícios esperados pelo autor ao fim do julgamento superam seus custos quando do início do processo, demonstra sua maior preocupação, todavia, ao ponderar sobre as implicações que o uso do *sham litigation* traz para o bem-estar social e para a escolha de políticas públicas com o objetivo de prevenir este tipo de manobra anticompetitiva. Para Klein, o uso da máquina do judiciário é um tipo de predação não vinculada ao preço (*nonprice predation*). Para ilustrar sua definição, exemplifica:

que a distinção entre o uma demanda *sham* e uma demanda legítima não está somente na conduta lícita ou ilícita da parte, pois processos lícitos podem ser contrários a lei em algumas situações. Nesse sentido, Stevens declara sua concordância com o resultado atingido pela Corte, mas expressa sua discordância com a opinião dos outros Justices. Para Stevens, as regras estabelecidas no caso eram simples demais para serem usadas em casos futuros mais complexos. Nesta declaração de voto, Stevens foi acompanhado pelo *Justice O'Connor*.

¹⁵⁷ KLEIN, Christopher C. *The Economics of Sham Litigation: theory, cases and policy*, p.1-2.

In industries with some entry regulation, for example, an incumbent firm may be able to protest entry before the regulatory body at low cost even when it does not expect a successful litigated outcome, whereas the entrant will be burdened with the cost of justifying its entry. Thus, entry is delayed, the expected entry costs of future entrants may be increased, and the probability of future entry may be reduced¹⁵⁸.

De acordo com Klein, a litigância entre concorrentes tem mais chances de possuir caráter predatório quando o autor (*plaintiff*) for uma empresa dominante no mercado relevante, a parte contrária for uma empresa recente ou potencial novo *player* no mercado do concorrente e quando o efeito das manobras do autor é prevenir ou atrasar a entrada do novo concorrente no mercado – ou causar a saída de algum outro *player*. O autor não busca somente um julgamento procedente de seu pedido, mas também impor custos colaterais a seus concorrentes, pois litigância predatória é utilizada para atacar um rival, com objetivo de ganhos competitivos, independentemente do resultado final da ação¹⁵⁹.

Herbert Hovenkamp também procura formular uma definição de *sham litigation*. O autor define *sham* como uma petição a algum órgão governamental que nada mais é do que um subterfúgio para prejudicar um concorrente. O prejuízo do concorrente é oriundo não da resposta do governo, mas sim do procedimento judicial em si mesmo. Assim, uma empresa que força o rival a iniciar uma contenda judicial em que o autor não possui chances de vencer, procura somente desgastar os recursos do concorrente. Novamente, o prejuízo não decorre da decisão judicial desfavorável, mas do próprio procedimento¹⁶⁰.

Hovenkamp, ainda em seu exemplo, aproveita para definir o que *não é sham litigation*: a ação movida por uma parte que realmente queira um pronunciamento do tribunal ou de outro órgão governamental, mas assim o faz por meios impróprios ou ilícitos. O autor, todavia, lembra que o pronunciamento da Suprema Corte em *City of Columbia & Columbia Outdoor v. Omni Outdoor Advertising*¹⁶¹, deixa claro que o *sham* aplica-se somente nas situações em que o procedimento judicial não passa de um mero pretexto para prejudicar um rival através da litigância.¹⁶²

Por fim, vale trazer a definição de Jeffrey Schmidt. O autor alerta para a dificuldade em se definir uma doutrina criada no âmbito dos tribunais, dado que qualquer definição corre o risco de ser tornar obsoleta com o desenrolar de novos casos nas cortes. Schmidt primeiro esclarece que a Doutrina *Noerr-Pennington* protege uma parte de

¹⁵⁸ KLEIN, Christopher C. *The Economics of Sham Litigation: theory, cases and policy*, p. 13.

¹⁵⁹ KLEIN, Christopher C. *The Economics of Sham Litigation: theory, cases and policy*, p. 14-19.

¹⁶⁰ HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its practice*, p. 687.

¹⁶¹ 499 U.S. 365.

¹⁶² HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its practice*, p. 688-689.

responsabilidade por infrações antitruste resultantes de petições endereçadas a uma autoridade governamental buscando uma decisão sensata por parte do órgão provocado. O autor, então, define o que não seria *sham*: se a petição foi concebida com o objetivo de buscar um pronunciamento do órgão provocado – isto é, se o homem médio (*reasonable person*) avaliaria que o pedido possuía chances de ser provido no mérito. Além disso, se o objetivo do peticionário ao ajuizar a ação não era prejudicar seus concorrentes por meio do procedimento judicial ou administrativo, não há que se falar em *sham*¹⁶³. Vê-se, portanto, que *sham litigation*, também na obra de Schmidt, é caracterizado como o abuso dos procedimentos judiciais ou administrativos com efeitos anti-concorrenciais.

Em que pese existirem pontos de convergência entre as definições aqui apresentadas, elas ainda apresentam incongruências. A falta de fundamentos para uma petição não pode ser requisito essencial para a caracterização de *sham*, pois pode-se conceber casos em que mesmo um requerimento embasado proporciona prejuízos aos concorrentes e à ordem econômica.

5. O Direito Fundamental de Petição e de Ação

Direito de petição e direito de ação não se confundem, conquanto sejam próximos. O objetivo da tutela constitucional do direito de petição é consagrar o princípio da acessibilidade ao Poder Judiciário, em claro exercício dos ideais democráticos previstos na Constituição. O direito de ação, ao cabo, significa a possibilidade de qualquer pessoa dirigir-se ao Judiciário, provocando o exercício da jurisdição.

Importante ressaltar que o direito de ação não se acaba apenas na possibilidade do jurisdicionado buscar a tutela estatal, ingressando em juízo. Este direito deve abarcar a possibilidade do cidadão desenvolver ampla participação processual. O direito de ação garante ao cidadão a faculdade de acompanhá-lo em todos seus efeitos.

Por outro lado, o conceito de direito de petição é amplo. Gilmar Mendes e Paulo Branco anotam que o direito de petição é direito tipicamente fundamental, geral e universal, pois assegurado a todos, pessoas físicas ou jurídicas, podendo ser exercido de maneira individual ou coletiva¹⁶⁴.

André Ramos Tavares, por sua vez, assevera que a natureza jurídica do direito de petição é a de prerrogativa com cunho democrático-participativo. Ainda, é absolutamente

¹⁶³ SCHMIDT, Jeffrey *et al.* *The Noerr-Pennington Doctrine*, p. 1-4.

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 462.

informal no que concerne seus pressupostos – ainda que exija forma escrita. Exemplo disso é que, caso dirigido a autoridade incorreta, esta deve remeter o pleito a autoridade competente, salvaguardando o direito do jurisdicionado¹⁶⁵.

Pode-se concluir, portanto, na esteira da doutrina civilista, que o abuso de direito está intimamente ligado a finalidade social do direito subjetivo e aos danos que seu exercício em abuso pode causar a outrem. O agente, ao exercer seu direito de maneira exorbitante, causa danos e se distancia dos fins de seu direito¹⁶⁶.

Por fim, cabe um breve apontamento. A doutrina civilista muito se debruça sobre a relação entre abuso de direito e ato ilícito. Adota-se aqui a posição de que o exercício do direito, ainda que de maneira desmedida, não se confunde com ato ilícito. Para suportar este entendimento, resgata-se a dicção do art. 186 do Código Civil, o qual estabelece os requisitos para caracterização do ato ilícito: a violação a um direito, a existência de dano e a culpa. Ora, se o ordenamento adota a teoria objetiva do abuso de direito, não há que se falar em culpa, logo não se configuram os requisitos para caracterização de ato ilícito¹⁶⁷.

6. Abuso de Direito

Direitos não são absolutos, sendo passíveis de sofrerem restrições, ainda que gozem de caráter de direito fundamental. O exercício abusivo de direitos deve ser reprimido, a fim de evitar resultados perniciosos aos outros cidadãos e ao próprio sistema em si.

No ordenamento brasileiro, o abuso de direito está positivado no art. 187 do Código Civil: *“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”*

Percebe-se, a partir da dicção do artigo, que o legislador brasileiro optou pela desnecessidade de verificação de dolo ou culpa do agente para se caracterizar o abuso de

¹⁶⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, p. 671.

¹⁶⁶ Para fins de comparação, vale citar que o direito brasileiro não é o único a adotar a teoria objetiva quanto ao abuso de direito. O Código Civil alemão (BGB), por exemplo, traz expressamente a previsão de que o exercício de um direito com o objetivo de prejudicar outrem é proibido: “§226 – *Schikaneverbot – Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.*”

¹⁶⁷ Cita-se o entendimento de Teresa Ancona Lopez, para quem o ato abusivo é um ilícito atípico, pois viola valores como lealdade e boa-fé, protegidos pelo ordenamento. *Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito*, p. 61.

direito. Sobre esta teoria objetiva, Rui Stoco esclarece que “o objetivismo teórico seria a dispensa desse elemento volitivo, de modo que o comportamento exorbitante causasse aquele mal, independente da vontade do agente”.¹⁶⁸

7. Litigância de Má-Fé no âmbito do Direito Processual Civil

Antes de se investigar mais atentamente a forma como o *sham litigation* é tratado na jurisprudência do CADE, faz-se relevante estabelecer paralelo entre tal comportamento anti-concorrencial e a litigância de má-fé nos processos judiciais, dada suas semelhanças.

O Novo Código de Processo Civil (“NCPC”), estabelece em seu art. 5º cláusula geral, positivando o princípio da boa-fé objetiva e impondo necessário comportamento aos participantes do processo: “*Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*”.

Nesse raciocínio, entende-se que o autor ou réu que desrespeita a cláusula geral de boa-fé deve ser considerado como litigante improbo, isto é, litigante de má-fé. Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, o litigante de má-fé é aquele que age de forma maldosa, causando dano processual à outra parte, pois se utiliza do procedimento para fins escusos, sabendo de sua dificuldade em sair exitoso da demanda¹⁶⁹.

A litigância de má-fé está regulada nos arts. 79 e 80 do NCPC. O art. 80 reproduz quase que fielmente o art. 17 do Código de Processo Civil de 1973, elencando condutas que são, aos olhos do legislador, *objetivamente* consideradas de má-fé. As condutas são exemplos do descumprimento do dever de probidade trazido no art. 5º do NCPC. Trata-se de rol exemplificativo, não taxativo, pois existem outras previsões ao longo do NCPC que podem caracterizar litigância de má-fé (*e.g.* art. 142). Nos casos previstos no art. 80, dispensa-se, como apontado por Gajardoni, maior investigação sobre o elemento volitivo da conduta processual.¹⁷⁰

Vale aqui, ainda, lembrar as palavras de Michele Taruffo. Para o professor italiano, ainda que o direito de ação e petição esteja constitucionalmente assegurado e

¹⁶⁸ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*, p. 68

¹⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – Nova Lei 13.015/2015*, p. 414.

¹⁷⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In.: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, p. 286.

revestido de caráter fundamental de acesso à justiça, isso não significa que o jurisdicionado está autorizado a propor qualquer demanda, por mais frívola que seja, apenas com o intuito de perturbar outrem. As garantias processuais têm como objetivo proteger direitos, não legitimar condutas nocivas injustas, pois a ideia tradicional de que não há moralidade processual e que qualquer conduta processual é aceitável, desde que sua forma legal seja respeitada, não é mais confiável. Há um aumento de importância para os padrões de moralidade processual, justiça, lealdade e boa-fé, tornando-os cada vez mais relevantes e penetrantes nos sistemas processuais¹⁷¹.

8. *Sham Litigation* no CADE: Análise de Casos

Ultrapassadas as explicações sobre a criação da teoria do *sham litigation* na Suprema Corte norte-americana e uma breve exploração sobre a litigância de má-fé no processo civil brasileiro, chega-se à questão fulcral deste trabalho: analisar de qual forma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica recebe a teoria do *sham litigation* nos limites impostos pela legislação nacional.

A análise de casos do CADE se faz importante devido às diversas questões controversas que existem sobre o tema do *sham litigation*. Primeiro, deve-se ter em mente que o abuso de direito de petição e de ação com efeitos anti-concorrenciais não corresponde integralmente ao abuso deste direito normalmente verificado no âmbito do processo civil. Isso ocorre porque o abuso com efeitos anti-concorrenciais busca prejudicar o concorrente através da demanda, do próprio procedimento, e não pela obtenção do resultado final.

Outra discussão posta pela doutrina diz respeito aos dois sentidos do fenômeno do *sham litigation*: lato e estrito. Aqui, significa dizer que o fenômeno somente se caracteriza com a observação dos critérios colocados pela Suprema Corte estadunidense no Caso *PRE*; lá, tem-se uma definição mais ampla, entendendo que o fenômeno se caracteriza a partir do uso impróprio dos tribunais e procedimentos judicantes para atingir os fins anti-concorrenciais. Pode-se dizer, portanto, que no Brasil o fenômeno restaria caracterizado caso produzisse – ainda que potencialmente – qualquer dos efeitos previstos no art. 36 da Lei 12.529/2011, devendo ser considerado uma infração à ordem econômica e punido pelo CADE.

¹⁷¹ TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral).

A análise dos casos, portanto, busca compreender qual a racionalidade por trás da recepção do *sham litigation* no ordenamento concorrencial brasileiro.

8.1. Caso SINPETRO

O Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77 foi instalado *ex officio* pela SDE após recebimento de representação por parte da Presidência do CADE, devido a existência de indícios de cartelização de postos de combustível no Distrito Federal, em face das redes Gasol e Igrejinha e do Sindicato de Comércio Varejista de Derivados de Combustível e Lubrificantes do Distrito Federal – SINPETRO/DF.

Para a Secretaria de Defesa Econômica, os representados teriam atuado para implementar barreiras de entrada a novos concorrentes no mercado relevante de revenda de produtos derivados de petróleo no âmbito do Distrito Federal.

As principais provas utilizadas pela SDE para instruir o processo foram atas de reuniões do SINPETRO, nas quais restava claro que os representados agiam em conluio e coordenadamente para atingir seus objetivos de manutenção da participação dos envolvidos no mercado relevante. Uma das maiores preocupação dos envolvidos era com a instalação de postos de gasolina em supermercados pelo Grupo Carrefour. Assim, como restou verificado em uma das atas de reunião, os representados encaminharam ofício do Governo do Distrito Federal (“GDF”), com o intuito de solicitar providências para impedir a instalações de novos postos pelo grupo francês. Ainda, as atas do sindicato também relatavam *lobby* feito pelo Sindicato junto a deputados distritais para que uma lei que proibisse a construção de postos de gasolina em pátios de supermercados fosse aprovada.

Nesse sentido, em janeiro de 2000, foi promulgada a Lei Distrital nº 2.526/2000, a qual vedou a instalação de postos de gasolina nos estacionamentos de supermercados e outros estabelecimentos. Cerca de cinco meses após, esta lei foi revogada pela Lei Complementar 294/2000, a qual, todavia, manteve a proibição de instalação de postos de gasolina nos estacionamos de supermercados.

O caso foi a julgamento pelo CADE em 2004, sob a relatoria do Conselheiro Roberto Pfeiffer. Para o relator, os representantes exerceram influência intensa e profunda junto a autoridades do GDF, a fim de impedir a entrada de concorrentes no mercado. Desta forma, nas palavras de PFEIFFER, os representados atingiram o objetivo de perpetrar a estrutura concorrencial existente, altamente concentrada, criando condições à prática de

preços arbitrariamente elevados, enquadrando as condutas no art. 20, II, da Lei nº 8.884/1994.

O voto do Relator foi seguido pelo Plenário do Conselho, condenando os Representados ao pagamento de valor equivalente a 5% das receitas brutas, por limitar a concorrência ao impedir a entrada de novos competidores no mercado.

Importante notar que neste caso não houve em nenhum momento menção a doutrina *Noerr-Pennington* ou à própria expressão *sham litigation*, mas não há como deixar de se traçar um paralelo entre este caso e os paradigmas julgados na Suprema Corte estadunidense. Não se discorda aqui da decisão do CADE, mas vale notar que a decisão foi totalmente contrária àquela perpetrada nos casos *Noerr* e *Pennington*, os quais protegem as petições de particulares dirigidas ao Estado sob o véu do direito constitucional de petição.

O CADE, em seu julgamento, não apreciou a questão acerca do direito de petição no ordenamento constitucional brasileiro, o que, contudo, não afetou a decisão de condenação do Conselho – com a qual aqui se concorda.

8.2. Caso Baterias Moura

A Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-71 instalada no âmbito do CADE teve origem a partir de representação provocada por Acumuladores Moura S/A em face de diversas empresas do ramo de baterias. Em que pese a averiguação ter sido arquivada por Nota Técnica da SDE, a qual acabou sendo confirmada pelo Tribunal do CADE, o que interessa ao presente trabalho são as ponderações efetuadas pelo Conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva em seu Voto-Vista.

Em sua representação, o Grupo Moura alegou que as empresas representadas o denunciaram à Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”), arguindo a irregularidade da certificação das baterias por ele produzidas, o que, supostamente, estaria dando azo à venda de tais baterias por preços reduzidos no mercado. Assim, o Grupo Moura apresentou sua representação à SDE alegando que a prática das empresas representadas configurava infração à ordem econômica, por elas deterem mais de 90% do mercado de baterias estacionárias.

Como dito, a Nota Técnica emitida pela SDE recomendou o arquivamento da Averiguação Preliminar – recomendação esta que foi seguida pelo Conselheiro-Relator

Luis Carlos Delorme Prado, quando da apreciação do caso pelo Tribunal Administrativo do CADE.

Todavia, em seu voto-vista, o Conselheiro Villas Boas Cueva aproveitou para discorrer sobre o direito de petição e seu exercício pelas representadas ao denunciar o Grupo Moura. O Conselheiro ponderou sobre a Doutrina *Noerr-Pennington* e entendeu ser impossível, além de indesejável, sua completa transposição para os casos analisados pela autoridade antitruste brasileira, em que pese o grande valor atribuído à jurisprudência da Suprema Corte estadunidense.

O Conselheiro, tomando como baliza o exemplo norte-americano, propôs alguns parâmetros para a devida interpretação da questão. Cueva deixa claro que não pretende analisar o caso sob o ponto de vista da hermenêutica constitucional, mas sim “tentar extrair da jurisprudência destilada pelos tribunais norte-americanos alguns parâmetros para a análise de situações trazidas ao SBDC, nas quais a atividade de peticionar ao Estado pareça de algum modo colidir com os bens jurídicos tutelados pela lei antitruste.”¹⁷²

Primeiramente, deve-se repisar o amplo direito à petição quando exercido na arena política. A possibilidade de se comunicar com o Estado possui caráter político-fiscalizatório, caráter essencial de uma democracia que se pretende representativa, com o intuito de formar a vontade política e a traduzir na legislação aprovada pelo Parlamento. Em segundo lugar, o Conselheiro aponta que, em razão do pacto federativo, não é competência do CADE se imiscuir no processo decisório do Estado, não cabendo verificar se as decisões do Executivo ou do Legislativo são viciadas. Por fim, aponta “como corolário dos parâmetros anteriores”, o reconhecimento da limitação da autoridade antitruste em reconhecer o abuso de direito de petição. Critérios a serem levados em consideração são a plausibilidade do direito invocado, veracidade das informações, adequação e razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso da postulação.

No caso concreto, Cueva entendeu não existir nenhuma conduta abusiva por parte das representadas, pois estas agiram em seu legítimo interesse de obter informações da autoridade pública. Adiciona-se a isto que a própria ANATEL reconheceu a procedência em algumas das questões suscitadas pelas Representadas frente ao órgão regulador. Por

¹⁷² Voto-Vista na AP nº 08012.006076/2003-72, p. 6.

fim, não restou provado que as representadas teriam encetados qualquer outro tipo de representação frente ao ente regulador.

Em que pese não ter restado reconhecida a prática de *sham litigation* no caso, não se pode negar a importância que o voto do Conselheiro Cueva teve para o desenvolvimento da matéria no âmbito do CADE, ao tentar estabelecer as primeiras balizas do direito brasileiro para caracterizar o abuso de direito de petição como ilícito concorrencial, e não somente transpor o entendimento estrangeiro ao ordenamento jurídico pátrio.

8.3. Caso Siemens VDO

A discussão trazida no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.004484/2005-51 foi uma das mais intensas até hoje no CADE sobre a matéria de *sham litigation*.

O procedimento teve início em maio de 2005, quando a SEVA Engenharia Eletrônica apresentou representação em face de Siemens VDO Automotive, acusando esta última de criar barreiras à entrada e permanência de empresas concorrentes no mercado de tacógrafos, recaindo em práticas previstas nos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994.

De acordo com a representação formulada pela SEVA, a Siemens teria contribuído com a criação de obstáculos à homologação e comercialização de seus tacógrafos através de, principalmente, (a) uso de sua influência política para revogar portarias do Departamento Nacional de Trânsito (“Denatran”) que autorizavam os tacógrafos da SEVA; (b) ajuizamento de ações judiciais com o intuito de suspender as portarias do Denatran por meio de liminares, alegando suposto conflito de competência entre o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO) e o Conselho Nacional de Trânsito (Contran); e, (c) convite à cartelização, a fim de que o produto da SEVA fosse retirado do mercado e direcionado para outros mercados.

Ao analisar o caso, a SDE entendeu que o exercício abusivo de direito de petição possui sim aplicação no direito brasileiro, mesmo que de modo excepcional, implicando o reconhecimento que a intenção de imputar prejuízos a seu concorrente seria um dos motivos para o agente abusar de seu direito. Para configurar o *sham litigation*, a SDE recorreu ao Teste *PRE*, de modo que a ação deveria ser completamente sem fundamento (*baseless*) e que seu autor não pudesse, realisticamente, ter esperanças de provimento de seus pedidos.

Nesse sentido, a SDE entendeu ser culpada a Representada pela prática *sham litigation*. A Secretaria entendeu que a Siemens impetrou mandados de segurança contra a portaria do Denatran sem ter legitimidade para tanto – o que acabou sendo reconhecido na sentença que denegou a segurança; também, ajuizou procedimento ordinário contra SEVA com os mesmos fundamentos do mandado de segurança; por fim, não esclareceu devidamente os fatos em sua petição inicial, ao não declarar que comercializava tacógrafos sem qualquer tipo de homologação.

Na ocasião do julgamento pelo Tribunal do CADE, foi designado como Relator o Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan. O Relator considerou sem fundamento a defesa da Siemens que rebatia as alegações de *sham litigation*, pois ter um direito assegurado pela Constituição não fornece salvo-conduto para o abuso dele, ensejando infrações de ordem econômica. Para o Relator, “o fato de um direito ser reputado relevante a ponto de figurar na Constituição não significa que seu abuso não seja punível na forma da lei.” Ainda, esclareceu o Relator, rebatendo os argumentos de que somente o Poder Judiciário poderia punir ações judiciais que tivessem como objetivo restringir a concorrência, que a condenação do CADE para os atos observados nos autos judiciais somente ocorre em casos de robusta prova dos efeitos anti-concorrenciais. Assim, o Relator concluiu pela condenação da Siemens, pois entendeu que suas atitudes refletiram de maneira nociva à concorrência.

Ao analisar o caso, o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia discordou do posicionamento do Relator, pois não conseguia conceber relação entre as condutas de *sham litigation* e convite à cartelização. Para a devida caracterização do *sham litigation*, o Conselheiro entendeu necessário análise detalhada da atuação processual do investigado e os efeitos causados por suas condutas. Nessa linha de pensamento, Chinaglia afastou o reconhecimento do abuso de direito de petição, por não encontrar qualquer despropósito jurídico nas ações movidas pela Siemens.

Outro voto dissidente do Tribunal foi proferido pelo Conselheiro César Costa Alves de Mattos. Para o Conselheiro, o abuso de direito de petição ocorre quando se excede a finalidade social e econômica de tal direito – independentemente de dolo ou culpa - caracterizando-se o *sham litigation*. Ao lado dos requisitos do Teste PRE, o Conselheiro ponderou que uma ação que tem seu arcabouço em fatos enganosos, induzindo o Estado a erro, também pode ser considerado *sham*. No mérito, o Conselheiro identificou sim o conflito entre INMETRO e Contran, seguindo o voto do Conselheiro

Chinaglia, concluindo pela inexistência do abuso de direito de petição praticado pela Siemens, ao impetrar os mandados de segurança.

Por seu turno, o Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, em que pese ter reconhecido o conflito regulatório na questão da homologação dos tacógrafos, entendeu que tal colisão foi usada pela Siemens como instrumento de constrangimento contra a SEVA. Ruiz entendeu que a Siemens visava retirar o produto do concorrente do mercado. Apesar de ter seguido o Relator no que tange à estratégia utilizada pela Representada, não entendeu que existia abuso de direito de petição no caso.

No mesmo sentido votou o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, por entender não configurado o “uso espúrio do direito de ação com intento ardiloso de promover exclusão de concorrente.” Condenou a Representante apenas pela conduta de conduta à cartelização. Carvalho foi acompanhado pelo Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo na integralidade do seu voto. A Siemens também não foi condenada por sham litigation no voto do Presidente do CADE à época, Conselheiro Arthur Sanchez Badin. Em seu voto, arrolou alguns aspectos que deveriam ser analisados no tocante ao caso: (i) poder de mercado detido pelo agente; (ii) expectativa razoável de vitória em primazia à ação objetivamente sem fundamento; (iii) interesse anti-concorrencial escondido; (iv) imposição de grandes custos às empresas com menor capacidade financeira; (v) uso da demanda como instrumento para prejudicar a imagem da empresa ré; (vi) criação de barreiras artificiais à entrada de competidores no mercado; (vii) prejuízo à atividade de concorrentes; e, (viii) influenciar ações governamentais com vistas à prejudicar a atividade dos concorrentes. A partir desses critérios, o Presidente não vislumbrou a prática de sham litigation pela Representada.

Cumpram ressaltar que, após o voto do Presidente, os Conselheiros Furlan e Ruiz retificaram seus votos no sentido de acompanhar o entendimento do Conselheiro Marques de Carvalho, isto é, condenando a Siemens somente no que se referia ao convite para cartelização.

Importante notar que todos os conselheiros entenderam pela possibilidade de se investigar condenar o agente econômico que abusa de seu direito de petição com intenções anticoncorrenciais. Foram duas as principais linhas de raciocínio: a ação deve, assim como no Teste PRE, ser carente de fundamento e com potencial de causar efeitos atentatórios à concorrência, bem como a análise deve levar em consideração uma série de práticas, começando pelo abuso de direito presente no Código Civil, a fim de se identificar se a demanda foi um mero artifício para atingir efeitos anti-concorrenciais.

Em que pese o Tribunal não ter condenado a Siemens pela prática de *sham litigation*, este caso possui grande importância pela discussão suscitada acerca do assunto no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

8.4. Caso *ShopTour*

O Caso *ShopTour* é paradigmático no estudo do *sham litigation* no Brasil, por ser a primeira decisão do plenário do Conselho que condenou uma empresa por esta prática.

O Processo Administrativo 08012.004283/2000-40 foi instaurado a partir de representação da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara de Deputados em face de Box 3 Vídeo e Publicidade e Léo Produções e Publicidade, alegando supostas tentativas de dominação do mercado de vendas em programas de televisão.

Segundo informou a representação, a Box 3 manejava diversas ações judiciais com pedido de liminares, com a intenção de retirar do ar os programas de suas concorrentes, alegando que ela possuía os direitos autorais sobre o formato do programa de vendas *ShopTour*, de acordo com registro na Biblioteca Nacional da Cultura.

Instada a se manifestar, a SDE entendeu não haver qualquer lesão à livre concorrência ou à livre iniciativa nas medidas judiciais adotadas pela Representada. Para a Secretaria, a Box 3 apenas lançou mão do direito de petição para proteger interesses legítimos. Notando que em algumas ações a empresa obteve êxito, a SDE opinou pelo arquivamento do processo administrativo. No mesmo sentido votou a Procuradoria do CADE, através do Parecer 358/2009, e o Ministério Público Federal, corroborando a tese da SDE.

Ao serem remetidos os autos para o Tribunal do CADE, o Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho determinou a realização de instrução complementar, atestando a existência de nove ações judiciais movida pela Representada, com todas as decisões de mérito favoráveis revertidas pelo Poder Judiciário.

Na ocasião do julgamento do caso, em 15 de dezembro de 2010, o Conselheiro Relator redigiu extenso e analítico voto, discorrendo sobre os precedentes norte-americanos e europeus sobre a disciplina do *sham litigation*, além de colacionar as decisões já exaradas pelo CADE sobre a disciplina – como o Caso Siemens e o Caso Baterias Moura, já expostos neste trabalho. Para o Relator, não há dúvidas que os agentes não podem se proteger da responsabilidade concorrencial sob o manto do direito de

petição – visto que este não é absoluto ou imune perante o CADE. Na avaliação do caso concreto, necessário verificar se há alguma razoabilidade na causa de pedir das requerentes, ao buscar proteger seus supostos direitos.

O voto do Conselheiro Carvalho trouxe análise minuciosa das nove ações judiciais perpetradas pela Box 3, analisando as decisões de mérito de primeira e segunda instâncias, observando que o sucesso em obter provimentos favoráveis no judiciário não descaracteriza automaticamente o caráter anticompetitivo de uma estratégia de abusar do direito de petição. Vale aqui transcrever o voto do Relator:

Assim, mesmo que a Box 3 tenha ganho poucos provimentos iniciais, ousou discordar da SDE, da Procuradoria do CADE e do MPF. Não é possível concordar com esse ambiente, injusto, criado por causas frívolas, que garantiram maior poder de mercado, com base exclusivamente em argumentos ardilosos que simularam um suposto direito inexistente.

(...)

A mera existência dos processos já beneficiou, ilicitamente, a Box 3, que não atuou com lealdade processual. Diz-se isto porque, já sabendo que seu pleito havia sido várias vezes refutado pelo Poder Judiciário – e que sua interpretação destoa da literal interpretação da lei de direitos autorais, como conduta de lealdade processual, a representada *deveria* dizer que está solicitando a revisão de uma interpretação sólida sobre esta matéria. Também, a parte *não poderia* fazer a solicitação de exclusão de concorrentes via medida liminar, a respeito de um assunto como este, neste contexto específico e com base neste argumento.

O principal fundamento das ações da Representada era o suposto direito autoral protegido. Todavia, como bem salientou o Relator, o registro de programa de televisão na Biblioteca Nacional não gera proteção de direitos autorais, pois nenhuma empresa poderia se dizer proprietária de um programa de televisão.

Ao cabo, o Relator concluiu que as ações movidas pela Box 3 possuíam grandes incentivos econômicos, na medida que eliminava concorrentes do mercado e possibilitava o aumento de preços pelos outros agentes do mercado. Ademais, ressaltou que as ações não tinham a mínima base jurídica – *objective baseless claim* -, acarretando danos concorrenciais. Portanto, era dever do CADE reprimir e condenar a Box 3 nos termos dos arts. 20 e 21, IV e V, da Lei 8.884/1994. O Plenário do CADE seguiu o voto condutor do Relator.

8.5. O Caso *Eli Lilly*

O Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91 foi instaurado pela SDE em dezembro de 2011, a partir de representação feita pela Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos em face de Eli Lilly do Brasil e Eli Lilly and Company (“Eli Lilly”), a fim de investigar supostas práticas de *sham litigation*.

A representação versava sobre a estratégia anti-competitiva perpetrada pela Representada, pois estaria impondo barreiras artificiais à concorrência por meio do ajuizamento de múltiplas ações judiciais em face de instituições públicas – INPI e ANVISA – em comarcas diferentes, visando à obtenção de exclusividade na comercialização do medicamento cloridrato de gencitabina, utilizado para o tratamento de câncer, prejudicando seus concorrentes.

A Representante alegou que Eli Lilly teria praticado *sham litigation* ao ajuizar as ações frente à ANVISA para a obtenção de registro de exclusividade de comercialização do cloridrato de gencitabina, princípio ativo do medicamento GEMZAR.

Em sua defesa de mérito, a Representada alegou que a conduta de *sham litigation* refere-se somente a ações que não buscam interesses legítimos e que são propostas com o único intuito de prejudicar seus concorrentes. Assim, para a que a Eli Lilly fosse condenada, seria necessário demonstrar sua má-fé para se configurar a violação ao direito constitucional de petição.

Após a instrução do processo, a Superintendência-Geral (“SG”) opinou pela condenação das Representadas, pois “abusaram de seus direitos de petição, utilizando-se de ardilosa engenharia processual, na busca de direitos que não lhes eram devidos, e com efeitos anti-competitivos severos.”

De acordo com o parecer da SG, a Eli Lilly teria obtido indevidamente o direito de comercialização da gencitabina, pois omitiu do Judiciário informações relevantes sobre o caso. Ainda, para a SG, a Eli Lilly

Logrou gozar, por período de tempo razoável, de forma indevida e ilegal, de um monopólio na oferta de um medicamento contra o câncer, com consequências graves aos seus concorrentes e, especialmente, aos consumidores, que diante de situação de saúde grave comprovadamente tiveram limitações de opções de oferta e pagaram preços muitas vezes maiores do que pagariam não fosse pela prática ilegal e anticompetitiva levada a cabo pela empresa.

Neste sentido, a SG opinou pela condenação da Representada, nos termos do art. 21, IV, V, X e XVI e art. 20, I, II e IV, da Lei 8.884/1994.

A Procuradoria do CADE também deu parecer favorável à condenação, pois entendeu que restou configurada o *sham litigation*, na medida em que a Eli Lilly obteve o direito de comercialização exclusiva do medicamento de forma fraudulenta, “valendo-se de padrão de comportamento não esperável e desarrazoado, que acarretou por breve período potencial prejuízo à ordem econômica.” Dessa maneira, a ProCADE acompanhou o entendimento da SG. O Ministério Público Federal também pugnou pela condenação, na mesma linha dos pareceres anteriores.

No Tribunal do CADE, o caso teve a relatoria da Conselheira Ana Frazão. Em seu voto, a Relatora fez intensa análise das ações ajuizadas pela Representada, além de ponderar sobre a relação entre o direito concorrencial e a propriedade industrial. Nas palavras da Relatora:

Ambos asseguram o bem estar dos consumidores a partir da garantia de inovação, ainda que modos distintos. Ao passo que a propriedade industrial incentiva a inovação tecnológica por meio da garantia da exploração exclusiva de determinado produto ou processo por seu inventor, o direito antitruste garante que tecnologias, produtos e serviços possam tramitar em um ambiente competitivo, por meio da coibição de práticas lesivas aos mercados. O direito antitruste garante uma concorrência saudável, enquanto a propriedade intelectual protege o direito de fruição dos proventos da atividade inventiva, o que representa um incentivo à concorrência e à inovação.

Portanto, não há o que se falar sobre possível incompatibilidade do CADE para apreciar e julgar casos que versam sobre propriedade intelectual. Em seguida, a Relatora passou a analisar as condutas que poderiam configurar *sham litigation*.

De acordo com Frazão, a possibilidade de causar efeitos lesivos à concorrência não se resume somente nas demandas levadas ao Judiciário, mas também àquelas apresentadas frente a instâncias decisórias administrativas. Não há necessidade de *intenção* de causar danos à concorrência, pois a ilicitude se verifica a partir da ausência de boa-fé nas condutas processuais da parte, notadamente na falta de respeito aos deveres de diligência e lealdade processual. A Relatora relembra que, nos termos do art. 36 da Lei 12.529/2011, as infrações de ordem econômica não dependem de culpa subjetiva. Nesse sentido, *sham litigation* está intimamente ligada à ideia de que a fruição de direitos não é ilimitada¹⁷³.

¹⁷³ Trecho do voto da Conselheira Ana Frazão (p. 15): “A instrumentalização do direito de ação para a produção de efeitos anticoncorrenciais é, portanto, matéria com a qual deve se preocupar o direito da concorrência. O exercício do direito de ação é legítimo quando o autor pretende buscar os meios adequados para a obtenção da prestação jurisdicional que garanta seu direito na melhor forma possível, mas pode configurar um ilícito quando utilizado para dissimular estratégia anticompetitiva, tendente à eliminação da concorrência”.

Em seu *decisum*, após minuciosa análise das ações judiciais e pedidos administrativos movidos pela Representada, a Conselheira Ana Frazão entendeu que não restavam dúvidas que as ações levadas ao Judiciário tinham claras intenções de obtenção de monopólio, eram desprovidas de base jurídica, posto que foram fundamentadas em fatos comprovadamente falsos ou omissões propositais e planejadas para mascarar o propósito anti-concorrencial. Também restou provado que houve dano concreto ao mercado, “pois, como as demandas foram camufladas pela omissão de dados relevantes, a representada conseguiu prestações jurisdicionais favoráveis.”

Por fim, vale notar que a Conselheira refutou o argumento da Eli Lilly que a ausência de poder de mercado impossibilitaria a configuração de *sham litigation*. Para Frazão, o *market share* é irrelevante nos casos de *sham*, pois o sucesso em uma demanda pode ser suficiente para afastar concorrentes do mercado – o que foi observado no caso concreto.

Portanto, ao cabo, a Conselheira, na ocasião do julgamento do feito em junho de 2015, condenou a Eli Lilly pela prática de infrações à ordem econômica, fixando multa no montante de R\$ 36.679.589,16.

8.6. O Caso *Ediouro*

Trata-se de representação endereçada à Secretaria de Direito Econômico, perpetrada pela Editora Nova Atenas e Ponto da Arte Editora em face da Ediouro Publicações.

As Representantes alegaram, nos autos de Processo Administrativo para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica nº 08012.005335/2002-67, que a Ediouro valeu-se de abuso de direito de petição com fins anti-concorrenciais, ao tentar dificultar a constituição, funcionamento e desenvolvimento de empresas concorrentes na produção e comercialização de revistas de passatempo – mercado no qual a Ediouro teria posição dominante. Ademais, estaria a Ediouro valendo-se de práticas intimidatórias para dificultar o acesso da Nova Atenas ao mercado de distribuição. Alegam as Representantes que a Ediouro estaria pressionando a Distribuidora Nacional de Publicações S/A (“DINAP”) a romper contrato pré-firmado com a Representante e que a Representada teria firmado acordos judiciais com concorrentes que continham cláusulas de caráter anticompetitivo.

Com o recebimento da denúncia, instaurou-se Averiguação Preliminar, para fins de aprofundar a investigação. Após a instrução do processo, a SDE, em Nota Técnica, opinou pelo arquivamento da Averiguação. Em recurso de ofício ao CADE, o Conselheiro Relator Luiz Fernando Schuartz votou pela rejeição da decisão de arquivamento expedida pela SDE, instaurando Processo Administrativo a fim de melhor instruir o feito, principalmente a investigação de práticas tendentes à exclusão de rivais praticadas pela Ediouro.

Em sua defesa, a Representada protocolizou petições complementares alegando, entre outros aspectos, que as acusações contra a Ediouro eram insubsistentes e que, principalmente, as ações ajuizadas pela Ediouro no judiciário teriam fundamento sólido, constituindo exercício regular do direito de petição.

Após extensa investigação e produção probatória, a Representada apresentou suas alegações finais em setembro de 2015, já sob a égide da Lei 12.529/2011. Com isso, os autos foram remetidos para a Superintendência-Geral a fim de emissão de nova Nota Técnica.

A Nota Técnica, assinada pelo Superintendente-Adjunto Kenys Menezes Machado, teve como escopo analisar se a prática da Ediouro de acionar judicialmente seus concorrentes e firmar acordos judiciais de não-concorrência era justificador de repressão sob a ótica da Lei Antitruste. Para a Superintendência, acordos judiciais, em algumas situações, podem esconder um efeito público negativo à concorrência, representando uma estratégia de dominação de mercado.

Assim, como em quase todos os casos que trazem à tona a discussão sobre o abuso de direito de petição, a Nota Técnica exarada pela SG colacionou o histórico de desenvolvimento do instituto, com os julgados da Suprema Corte americana e os precedentes do próprio CADE. Sobre o Teste PRE, teceu diversas observações e concluiu que há pelo menos duas variantes do teste, que não se excluem entre si: a primeira diz respeito à falta de uma das condições da ação, existência de uma omissão relevante no pleito judicial ou a comportamento contraditório – *venire contra factum proprium*; a segunda se refere ao desgaste da imagem da empresa acionada em uma causa sem chances de sucesso.

Sobre a primeira variante, a SG discorreu que a existência de argumentos e posições contraditórias e incompatíveis por parte dos autores, bem como a omissão de fatos relevantes no relato da matéria questionada podem ser considerados exemplos de ações consideradas sem objetivo. Isso não quer dizer que as ações possuam mentiras, mas

representam interpretações jurídicas desarrazoadas. Nesse contexto se insere o *venire contra factum proprium* e a possibilidade de simulação anticoncorrencial no Judiciário, a partir de omissões dolosas a respeito de fato que a parte conhece e sabe de sua relevância para o pleito, mas não o reporta. Nas palavras da Nota Técnica, “deste modo, ao contar várias meias verdades para um ou para vários juízes, é possível que o litigante retire do decisor a possibilidade de conhecer a extensão e as implicações concorrenciais de seu julgamento, podendo ser enganado pelas omissões relevantes do peticionário.”

Quanto à outra variante, a SG explica que o autor apenas simula possuir um direito para expor a imagem do concorrente ao ridículo ou causar-lhe aumento de custos processuais, pois sabe que não obterá provimento em seus pedidos.

Ao examinar o caso concreto, a SG analisou dois acordos que puseram fim a litígios da Ediouro com outras empresas do segmento – acordos que resultaram na saída das concorrentes do mercado. Para a SG, o pagamento feito pela Ediouro às Editoras Escala e Heavy Metal neste acordos representou claramente o preço de manutenção do monopólio.

Para a Superintendência-Geral tornou-se claro o intuito anti-concorrencial das ações e acordos judiciais promovidos pela Ediouro:

Assim, analisando os fatos narrados e o conjunto probatório trazidos aos autos, verifica-se que a Representada, tendo ajuizado ações cautelares e ordinárias cujo fundamento é, no mínimo, discutível, pode obter através do acordo firmado uma exclusividade à qual não tinha direito, excluindo concorrentes do mercado. A conduta perpetrada pela Representada, portando, foi capaz de gerar resultados notadamente deletérios ao mercado.

(...)

Nota-se um padrão no comportamento da Representada, que, a partir de fundamentos no mínimo questionáveis, promovia litígios contra seus concorrentes. Das referidas ações derivavam acordos judiciais de não-concorrência que cancelavam a saída de concorrentes do mercado, mediante pagamento. Tendo em vista não haver racionalidade na conduta referida, ficando patente o objetivo de que os concorrentes deixassem de contestar o domínio da Ediouro em um mercado no qual sua participação já era muito elevada, considera-se presente o interesse anticompetitivo da Representada. Nesse sentido, a Representada utilizou-se de acordos judiciais para obter fins ilícitos do ponto de vista concorrencial, posto que em dissonância com a Lei 12.529/2011.

Assim, em sua conclusão, a SG opinou pela condenação da Ediouro Publicações SA, nos termos dos incisos III, IV e V do art. 36, §3º, c/c art. 36, I, da Lei 12.529/2011.

O caso foi terminado com a celebração de um Termo de Cessação de Conduta, com a imposição de multa à Editora, homologado pelo Tribunal do CADE em sua 89ª Sessão.

O grande mérito do estudo deste caso para a compreensão do *sham litigation* no Brasil é perceber que a mera importação dos conceitos estrangeiros não é aceitável, pois a análise das condutas deve ser casuística, tendo sempre como norte a proteção constitucional da livre concorrência e livre iniciativa.

9. Considerações sobre o posicionamento do CADE

Pode-se identificar que o CADE entende sim que o abuso de direito de petição pode ser considerado um ilícito antitruste sob os auspícios da Lei 12.529/2011. Isso se justifica porque atos sob qualquer forma manifestados constituem infração à ordem econômica, desde que produzam – ou possam produzir – os efeitos elencados no art. 36 da Lei Antitruste. Assim, se o abuso de direito de petição e de ação produzir (ou tiver o potencial de produzir) algum dos efeitos, configurar-se-á a infração concorrencial.

Ainda que os julgamentos do CADE a respeito da matéria sejam poucos, percebe-se que os Conselheiros se preocuparam em não apenas importar um instituto estrangeiro para o ordenamento brasileiro, mas adaptá-lo à realidade pátria. O Conselho procurou analisar cada caso de maneira singular: se às vezes se utilizou do *Teste PRE* ou outros requisitos consagrados pela jurisprudência estrangeira, não se esgotou aí a análise. Entende-se que esta é a melhor escolha por parte do Conselho, visto que o ordenamento brasileiro possui muitas particularidades, de forma que se prender a uma forma pré-estabelecida no direito estrangeiro poderia resultar em muitas infrações passando ilesas pelo crivo do Conselho. Não se trata de mero transplante jurídico.

O Conselho, em suas análises, tomou o cuidado de também adotar como norte os princípios basilares da livre concorrência e livre iniciativa ao ponderar sobre os feitos, a fim de consagrar o texto constitucional. Deve-se ter em mente que o art. 36 da Lei 12.529/2011 define como infração econômica qualquer ato que tenha como objetivo produzir efeitos anticompetitivos, ainda que tais objetivos não sejam alcançados. Dessa maneira, pode-se dizer que no Brasil utiliza-se uma definição *lato* do *sham litigation*, pois o fenômeno se caracteriza a partir do uso impróprio dos tribunais e procedimentos judicantes para atingir fins anticoncorrenciais.

Portanto, em que pese ainda existirem opiniões divergentes no âmbito do Conselho acerca do *sham litigation*, a repressão aos mais diversos ilícitos concorrenciais

é de grande importância para a realização dos objetivos da República. O CADE exerce papel exemplar para a concretização de tais fins, coibindo os abusos de poder econômico, aplicando multas que desempenham tanto uma função punitiva como uma função exemplificativa para os outros agentes econômicos. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica hoje exerce papel de protagonista no cenário jurídico, com decisões que afetam diretamente o bem-estar da população e desenvolvimento do país.

10. Referências Bibliográficas

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its practice. 2nd Ed. St. Paul: West Group, 1999.

HOVENKAMP, Herbert. The Antitrust Enterprise: Principle and Execution. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

KLEIN, Christopher C. The Economics of Sham Litigation: theory, cases and policy. 1989.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In.: Revista dos Tribunais, v. 885, ano 98, São Paulo, jul./2009, p. 49-68.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil – Nova Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHMIDT, Jeffrey *et al.* The Noerr-Pennington Doctrine. American Bar Association, 2009.

STOCO, Rui. Abuso do direito e má-fé processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VINHAS, Tiago Cação. *Sham Litigation: do abuso de direito de petição com efeitos anticoncorrencias.* 228 p. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. 2014.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). In.: Revista de Processo, ano 34, n. 177, nov./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 153-183.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.