

DO SHAM LITIGATION AO ABUSO DE DIREITO DE PETIÇÃO

Desafios e parâmetros de análise para o abuso do direito de petição no direito brasileiro

Angelo Gamba Prata de Carvalho¹

RESUMO

Sham litigation, ou abuso do direito de petição com finalidade anticompetitiva, diz respeito a conduta relevante ao Direito da Concorrência que, porém, parte de importantes pré-compreensões sobre o direito fundamental de acesso aos poderes públicos. Por esse motivo, no intuito de se desenvolver uma doutrina do direito antitruste que seja consentânea com as premissas do ordenamento brasileiro, é necessário que se desenvolvam parâmetros de acordo com a tradição jurídica pátria, sob pena de serem indevidamente reproduzidos os pressupostos estrangeiros.

Palavras-chave: *Sham litigation*; Direito da Concorrência; Direito de Ação; Abuso de Direito.

ABSTRACT

Sham litigation, or the abuse of the right to petition with anticompetitive ends, is a relevant conduct for Antitrust Law that, however, is strongly related to the fundamental right to petition public powers. For this reason, in order to develop an antitrust doctrine that is coherent to the Brazilian legal precepts, it is necessary to elaborate parameters that agree to the national legal tradition. Otherwise, the national order may unduly replicate alien postulates of analysis.

Keywords: *Sham litigation*; Antitrust Law; Right to petition; Abuse of rights.

Classificação JEL: K21 – K42

¹ Advogado. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Vice-líder do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A busca por critérios de apreciação do *sham litigation* no direito antitruste brasileiro. 3. Sentido e parâmetros de configuração do abuso de direito de petição com finalidade anticoncorrencial. 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Seja na legislação, seja na jurisprudência, o Direito da Concorrência brasileiro fincou profundas raízes no antitruste norte-americano, muitas vezes adotando parâmetros de análise utilizados em precedentes judiciais paradigmáticos do *common law* para subsidiar as decisões de uma tradição de defesa da concorrência ainda jovem. Muito embora o compartilhamento do conhecimento já sedimentado sobre condutas anticompetitivas possa ser bastante benéfico para a detecção de ilícitos sob a jurisdição pátria, tais “importações” serão menos adequadas na medida em que se basearem em institutos e conceitos diversos daqueles encontrados no direito brasileiro.

A conduta conhecida como *sham litigation*, referente ao uso abusivo de procedimentos administrativos ou processos judiciais com a finalidade de afastar concorrentes do mercado, nasce no direito norte-americano como exceção à chamada doutrina *Noerr-Pennington*, segundo a qual a legislação antitruste não poderia impedir o acesso dos cidadãos aos poderes públicos², reconhecendo a validade de ações legítimas para influenciar decisões de agentes públicos³ (WOOD, 2013, p. 73). Contudo, o direito de petição é assegurado tão somente até o limite do razoável, não podendo ser utilizado como estratégia para mascarar a implementação de estratégia tendente a lesionar a livre concorrência. Trata-se, sem dúvida, de conduta de fundamental relevância, na medida em que tem o condão de afetar fortemente a concorrência sem sequer exigir poder de mercado considerável, já que seus efeitos decorrem de decisões do poder público (FRAZÃO, 2017, p. 392), o que se agrava em grande medida quando se referem a searas delicadas como a propriedade intelectual (FRAZÃO; PRATA DE CARVALHO, 2017).

Assim, a jurisprudência norte-americana desenvolveu uma série de testes para a verificação do *sham litigation*, destacando os conhecidos testes *PRE* e *POSCO*. O teste *PRE*, desenvolvido no âmbito do caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures*

² Eastern Railroad Presidents' Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127.

³ United Mineworkers of America v. Pennington, 381 U.S. 657.

Industries, Inc. (508 U.S. 49), quando se afirmou que, para que se excepcione a doutrina *Noerr-Pennington*, é necessário cumprir dois requisitos: (i) um subjetivo, referente à intenção de utilização de um procedimento estatal como instrumento para a implementação de objetivos anticompetitivos; e (ii) um objetivo, que exige que os pleitos sejam objetivamente infundados (*objective baseless claims*). O teste *POSCO*⁴, por sua vez, refutou o requisito objetivo do teste *PRE* ao inferir que o sucesso ou os fundamentos legítimos de um pleito isolado não legitimam uma estratégia anticompetitiva como um todo, sendo necessário verificar, em perspectiva macroscópica, a legitimidade do padrão de conduta verificado no âmbito das diversas ações judiciais apresentadas.

No entanto, deve-se observar esses testes com parcimônia, uma vez que foram desenvolvidos sob cultura jurídica diversa e sob aspectos concretos que não necessariamente se coadunam com os preceitos do ordenamento brasileiro. No Brasil, o *sham litigation* foi recepcionado como abuso de direito de petição, o que congrega não apenas a doutrina do abuso de direito, mas também uma concepção específica do direito de ação que, na cultura jurídica pátria, foi construída sobre bases distintas daquela pensada no *common law*.

É necessário, pois, que se desenvolvam parâmetros que sejam consentâneos com os princípios processuais e concorrenciais vigentes o ordenamento brasileiro, sob pena não apenas de indevidamente transplantar institutos jurídicos alienígenas para a ordem interna, mas também de irremediavelmente subverter a lógica constitucional que deve perpassar a aplicação do Direito da Concorrência. Da mesma maneira, é preciso que eventual limitação ao direito de ação por meio do antitruste se justifique segundo a mesma ordem constitucional que garante o acesso aos poderes públicos.

A partir dessas premissas, o artigo tratará da repercussão da adoção desse conceito de direito de ação pelo CADE sobre a configuração da conduta de *sham litigation*, isto é, de abuso de direito de ação com finalidade concorrencial. Nesse ponto, importa ressaltar a competência exclusiva da autoridade da concorrência de verificar o *sham litigation* propriamente dito não em cada ação ou processo específico, mas no âmbito de uma estratégia global, procurando identificar a finalidade anticoncorrencial daquela conduta em perspectiva macroscópica. O que se procura defender, portanto, é que eventual limitação do direito de ação por parte do CADE no exercício de sua legítima competência constitucional deve se realizar em consonância com os institutos jurídicos brasileiros, e não com a aplicação

⁴ USS-POSCO Indus. v. Contra Costa County Bldg. & Constr. Trades Council, 31 F.3d 800.

indiscriminada de parâmetros estrangeiros que, ainda que possam deter alguma função informativa, não podem ser os fatores determinantes para análise dessas condutas.

2. A BUSCA POR CRITÉRIOS DE APRECIÇÃO DO *SHAM LITIGATION* NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

O exercício legítimo do direito de petição é garantia prevista pelo artigo 5º da Constituição Federal brasileira, conforme se depreende do inciso XXXIV, que assegura o direito de petição ao poder público, e do inciso XXXV, que apregoa a inafastabilidade da jurisdição, motivos pelos quais a autoridade da concorrência conta com pesado ônus argumentativo para demonstrar que determinado caso de exercício do direito de ação foi abusivo. A jurisprudência do CADE se abriga, em substancial medida, nos precedentes norte-americanos supramencionados para embasar casos de *sham litigation*, evidenciando proceder que não necessariamente se coaduna com os parâmetros brasileiros para a definição do alcance do direito de ação. Por esse motivo, antes de se definir a noção de abuso do direito de petição com finalidade anticompetitiva, é imprescindível que se parta de bases suficientes de proteção ao direito de ação no ordenamento jurídico brasileiro.

O desenvolvimento teórico-dogmático do direito de ação e sua paulatina absorção pelo ordenamento brasileiro, seja em seu fundamento constitucional, seja em sua operacionalização pelo Código de Processo Civil, é essencial para a formação das bases para a elaboração de uma doutrina do abuso do direito de petição que esteja de acordo com os preceitos ordenadores dessa noção no direito pátrio. A inadequação da importação de categorias norte-americanas fica evidenciada quando se analisam as origens históricas da *petition clause* da Primeira Emenda da Constituição norte-americana: o direito de petição constitui o cerne do constitucionalismo dos Estados Unidos, na medida em que representa um dos mais importantes instrumentos de participação política dos cidadãos, especialmente daqueles que não dispunham de posições privilegiadas de poder (MARK, 1998; HIGGINSON, 1986). Não é por outra razão que o direito de petição no direito norte-americano diz respeito muito mais ao acesso ao Legislativo do que ao Judiciário, como sói ocorrer no sistema romano-germânico com o direito de ação.

Nesse sentido, ensina Eduardo Couture (1958, p. 77) que o direito de ação não difere, essencialmente, do direito de petição às autoridades públicas, considerando que o primeiro é gênero do qual o segundo é espécie, subdividindo-se de acordo com as suas modalidades

especiais, a exemplo do direito de petição a autoridades públicas e do direito de petição ao parlamento. Todavia, vale registrar a posição de Cândido Rangel Dinamarco (2001, v. I, p. 117), que rechaça a aproximação entre direito de ação e direito de petição em virtude de os dois institutos se construírem de maneiras diversas: “o direito constitucional de petição liga-se à defesa de direitos individuais ou coletivos perante a autoridade pública, como precedente da representação popular e confinando com o direito de representação; tem, inclusive, formação histórica diferente da que a ação teve”⁵.

O que se pode retirar de todo o exposto acerca da natureza do direito de ação é que não se lhe pode compreender de maneira estanque e unitária, uma vez que se trata de complexo de situações jurídicas com conteúdo eficaz profundamente dinâmico (DIDIER, 2012). Segundo Fredie Didier Jr. (2012), “identificar o conteúdo do direito de ação é fundamental para que se conheçam os limites da atuação do legislador infraconstitucional. Limitações ao direito de ação podem existir, como sempre em tema de direito fundamental. Mas é preciso que tais limitações tenham, justificação razoável, sob pena de inconstitucionalidade”.

A eficácia do direito de ação, assim, será construída a partir da concretização do princípio do devido processo legal (DIDIER, 2012) e, acrescente-se, da boa-fé processual, o que permitirá identificar, com maior clareza, as situações nas quais o exercício desse direito é ilegítimo e, inclusive, tendente a solapar a concorrência ao instrumentalizar o processo. Resta, portanto, verificar de que maneira tais considerações terão o condão de impactar nos parâmetros a serem considerados pelo CADE na configuração da conduta de *sham litigation*, construída não a partir de filtros e testes da jurisprudência estrangeira, mas da experiência jurídico-constitucional pátria e da doutrina aqui incorporada.

Certo é que tanto o direito de ação como o Direito de Concorrência possuem base constitucional, e em consonância com as balizas constitucionais devem ser aplicados. Nesse

⁵ De acordo com o autor (DINAMARCO, 2001, v. I, p. 117-118): “Mas mesmo quem aceite esse modo de pensar não terá ainda atingido todo o grau de generalização inerente à teoria geral do processo, porque, evidentemente, nem toda iniciativa e condução dos processos administrativos se conceituam como exercício do direito de petição. Depois, como sustentar que a ação penal (especialmente a ação penal pública) tivesse assento no direito de petição? Aceitar tal tese conduziria a fragmentar o próprio direito de ação, já na órbita do processo jurisdicional. Uma generalização adequada e útil ainda está por ser obtida e mesmo tentada com suficiente empenho”. No direito brasileiro, mesmo em razão da menção ao direito de petição aos poderes públicos em dispositivo separado daquele reservado à inafastabilidade da jurisdição na Constituição, pode-se argumentar pela maior amplitude do direito de petição – direcionável a qualquer dos três Poderes – em face da maior vinculação do direito de ação ao Judiciário. Contudo, tal distinção acaba tendo natureza muito mais terminológica do que prática, de sorte que, para os fins desse trabalho – isto é, a identificação de eventuais abusos no exercício do direito de ação ou petição –, não terá grandes repercussões.

sentido, sustenta Ana Frazão (2014, p. 152) a necessidade de reconhecimento da centralidade da Constituição na discussão sobre os pressupostos e os propósitos do controle do poder econômico, de sorte que “a atividade empresarial apenas é considerada legítima na medida em que o projeto do empresário é compatível com o igual direito de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida”. Da mesma maneira, é essencial que o direito de ação seja lido de acordo com suas já mencionadas bases constitucionais, conforme já assentou o Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “As garantias constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça a direito, reclamam, para o seu exercício, a observância do que preceitua o direito processual”⁶.

Causa espécie, portanto, que, em algumas das mais notórias condenações do CADE por *sham litigation*, aplicaram-se os referidos testes. Nesse sentido, pode-se mencionar o caso Siemens VDO, quando o tribunal do CADE entendeu que não haveria, efetivamente, a prática de *sham litigation*, porém tal constatação exigiu ampla argumentação a partir dos parâmetros da jurisprudência norte-americana⁷. No voto-vista do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, ressaltaram-se dispositivos dos diplomas adjetivos brasileiros relacionados à probidade processual e mesmo elementos doutrinários que afirmam a possibilidade de abuso do direito de ação. Dessa maneira, argumentou o Conselheiro Chinaglia que “A distorção dos fatos, a apresentação de alegações inverídicas e outras condutas caracterizadoras da má-fé processual podem dar azo a decisões judiciais que impeçam ou dificultem a atuação de concorrentes e atentem, em última instância, contra os princípios da liberdade de iniciativa e concorrência”. Assim, seria necessária a constatação de um padrão antijurídico de atuação por parte do autor, no intuito de lesar a parte adversária e, por conseguinte, a dinâmica concorrencial.

De acordo com voto do Conselheiro Luis Fernando Schuartz em outro procedimento junto ao CADE, “cabe ao CADE dizer quando o exercício do direito de ação é apenas um meio para a realização do propósito da exclusão de rivais, ou se tal exclusão é apenas consequência do exercício do direito de ação por alguém cujo propósito é proteger algum outro direito de que se perceba titular”⁸. Novamente segundo o Conselheiro Chinaglia, “O que é juridicamente inaceitável, e aqui reside o sinal distintivo da predação judicial, é que os

⁶ STF, Pet 4556 AgR/DF, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, Data de julgamento: 25.06.2009, Data de Publicação: DJe 21.08.2009.

⁷ CADE, PA 08012.004484/2005-51, Rel. Cons. Fernando de Magalhães Furlan, Data de julgamento: 18.08.2010.

⁸ CADE, AP 08012.005335/2002-67, Rel. Cons. Luis Fernando Schuartz, Data de julgamento: 31.01.2017.

esforços do autor da ação estejam voltados não para vencer o concorrente no mérito do feito, mas para derrotá-lo ou prejudicá-lo na arena dos negócios por meio dos danos colaterais advindos da própria existência do processo”⁹.

Exige-se, ainda segundo a análise exposta no caso Siemens, o exame detalhado do comportamento processual do sujeito investigado e os seus efeitos sobre o comportamento dos concorrentes, considerando-se elementos importantes as decisões judiciais proferidas e seus respectivos resultados¹⁰. É claro, porém, que a simples derrota em juízo não será suficiente para que se conclua pela abusividade da conduta, motivo pelo qual os parâmetros consagrados pela jurisprudência estrangeiras – e reproduzidos pela autoridade brasileira – envolvem a aceitabilidade dos fundamentos jurídicos das ações propostas (o requisito do *objective baseless claim*, do mencionado teste *PRE*), a abusividade do comportamento da empresa no curso dos processos e o impedimento artificial ao funcionamento de concorrentes¹¹. Por fim, as representadas no processo em questão foram absolvidas no que tange ao *sham litigation*.

Aplicação mais direta desses critérios pode se verificar no âmbito do conhecido caso das Baterias Moura, quando o então Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva aduziu que, para a condenação pela prática de *sham litigation*, seria possível levar em consideração critérios como a plausibilidade do direito invocado, a veracidade das informações prestadas ao poder público, a razoabilidade dos meios empregados e mesmo a probabilidade de sucesso dos pleitos¹².

Em sentido semelhante, no caso Box 3, o CADE se utilizou de pressupostos semelhantes, aplicando diretamente a premissa do teste *POSCO* de que o êxito em determinadas postulações não afasta o caráter anticompetitivo da estratégia levada a cabo. Além disso, identificou o Conselheiro-Relator Vinicius Marques de Carvalho que a empresa investigada produziu ambiente injusto por meio de causas frívolas, “que garantiram maior poder de mercado, com base exclusivamente em argumentos ardilosos que simularam um suposto direito inexistente”, deduzindo pretensões liminares contra posição já firmada pela jurisprudência, sem mencionar os precedentes em contrário. Afirmou o relator, com isso, que

⁹ CADE, PA 08012.004484/2005-51, Rel. Cons. Fernando de Magalhães Furlan, Data de julgamento: 18.08.2010.

¹⁰ CADE, PA 08012.004484/2005-51, Rel. Cons. Fernando de Magalhães Furlan, Data de julgamento: 18.08.2010.

¹¹ CADE, PA 08012.004484/2005-51, Rel. Cons. Fernando de Magalhães Furlan, Data de julgamento: 18.08.2010.

¹² CADE, AP 08012.006076/2003-72, Rel. Cons. Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Data de julgamento: 04.09.2007.

a representada deveria dizer que pretende revisar interpretação sólida sobre a matéria e, ainda, não poderia solicitar a exclusão de concorrentes por medida liminar¹³.

Postura mais abarcante foi a tomada pelo CADE no bojo do caso Eli Lilly, no qual a identificação da infração à concorrência não consistiu na verificação do cumprimento dos ditames da lealdade processual em ações específicas, mas na violação ao dever de diligência do agente econômico que se empenha em complexa e intrincada estratégia processual, muitas vezes induzindo a erro o Judiciário¹⁴. Assim, afastou-se de tentativas de controle dos pressupostos para o acionamento do Judiciário – matéria que, como se verá nos itens a seguir, cabe ao próprio Judiciário – para dar lugar a uma análise macroscópica do comportamento da empresa representada, cujos efeitos sobre a concorrência serão de interesse do CADE.

Tal compreensão, fortemente baseada na teoria do abuso de direito, marca verdadeiramente a delimitação dos contornos da conduta anticompetitiva de abuso de direito de petição, eis que buscou circunscrever o ilícito concorrencial ao exercício anormal de direito que evidentemente se garante a todos os sujeitos, mas que, porém, pode traduzir-se em conduta anticompetitiva na medida em que distorce as condições de mercado em favor de seu autor. Isso porque, como bem asseverou o então Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva no já mencionado caso das Baterias Moura, não seria razoável simplesmente transpor ao direito brasileiro decisões e procedimentos fixados pela Suprema Corte norte-americana, sendo de rigor o reconhecimento de que estratégias processuais heterodoxas poderão consistir em ilícito concorrencial na medida em que, ao ultrapassar os critérios de razoabilidade e boa-fé esperados de litigantes comuns, produza efeitos anticompetitivos.

Diante dessas premissas, já é possível depreender da jurisprudência do CADE que o direito brasileiro minimamente adota sentido mais amplo da noção de *sham litigation*, já que – como não poderia ser diferente –, adota como elementos de análise os princípios da livre concorrência e livre iniciativa constantes da Constituição em lugar de pura e simplesmente aplicar testes importados da jurisprudência norte-americana (RENZETTI, 2017, p. 176). Ocorre, no entanto, que tal conceito mais amplo carece que densificação a partir das próprias premissas teórico-normativas que orientam a aplicação do direito brasileiro, sob pena de despir a análise antitruste de critérios operacionais mínimos (RECENA; LUPION, 2018, p. 1552).

¹³ CADE, PA 08012.004283/2000-40, Rel. Cons. Vinicius Marques de Carvalho, Data de julgamento: 15.12.2010.

¹⁴ CADE, PA 08012.011508/2007-91, Rel. Cons. Ana Frazão, Data de julgamento: 24.06.2015.

Por esse motivo, é fundamental que se afastem abordagens meramente importadas do direito norte-americano para que se elabore uma versão do *sham litigation* que seja consentânea com as bases constitucionais brasileiras, privilegiando análises abarcantes que busquem os efeitos anticompetitivos da estratégia como um todo em lugar de análises específicas e casuístas que pretendam buscar a plausibilidade ou viabilidade de ações judiciais. Para tanto, é necessário que se explicitem os contornos do direito de ação no ordenamento brasileiro, que devem muito mais a teorizações europeias para cá importadas do que a construtos jurisprudenciais norte-americanos como os usualmente empregados pelo CADE.

3. SENTIDO E PARÂMETROS DE CONFIGURAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO DE PETIÇÃO COM FINALIDADE ANTICONCORRENCIAL

Como sói ocorrer com qualquer outro direito, o direito de ação pode encontrar limitações, na medida em que seu exercício possa interferir no livre desenvolvimento de outros interesses constitucionalmente relevantes ou, como se pretende demonstrar nesta seção, na medida em que descamba para a abusividade. Em síntese, o direito de ação não é absoluto, podendo ser exercido ilicitamente de diversas maneiras, seja sem fundamentos ou com alegações falsas, “apenas para incomodar e causar danos”, seja causando confusão e eventos meramente protelatórios, destinados exclusivamente a prejudicar a parte contrária ou para evitar resultados fatalmente desfavoráveis (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 30)¹⁵.

Conforme já apontado anteriormente, o *sham litigation* foi recepcionado no direito brasileiro como decorrência da teoria do abuso de direito, sendo imperioso que seus pressupostos sejam traçados a partir desse conceito. Segundo Fernando Augusto Cunha de Sá (2005, p. 625), a antijuridicidade material do ato abusivo, “revelada na sua contraditoriedade ao elemento axiológico da prerrogativa individual exercida, acarreta-lhe como reação lógica por parte do ordenamento jurídico a recusa da tutela que, não fora tal contraditoriedade, seria

¹⁵ “Como foi antecipado, o direito de ação não é absoluto. Uma ação pode ser intentada dolosamente, sem quaisquer fundamentos ou com alegações falsas, apenas para incomodar e causar danos. Além disso, no decurso da ação, qualquer uma das partes pode adular a verdade, pode usar expedientes dilatórios, pode desconsiderar ou ofender as pessoas ou pode causar a confusão e o protelamento dos autos. E isso seja para prejudicar gratuitamente a outra parte, seja para evitar um resultado que lhe seria desfavorável. A ação pode, ainda, alicerçar-se no inerente direito, mas defrontar, no âmago, os valores fundamentais da ordem jurídica. Por exemplo: uma pessoa afiança não ir intentar uma ação e, depois, intenta-a mesmo. Deparamos, aqui, com limites intrínsecos de direitos, historicamente expressos como ‘abuso do Direito’” (MENEZES CORDEIRO, 2011, pp. 30-31).

adequada ao caso concreto”. Daí a razão pela qual o *sham litigation* deve ser sempre analisado com parcimônia, considerando a tênue linha entre o exercício legítimo e o exercício abusivo do direito de ação.

Apesar de o abuso de direito ser, no que tange aos seus efeitos, equiparado ao ato ilícito, é importante salientar que este se realiza por um sujeito que é titular do direito em questão (SÁ, 2005, p. 626), que, porém, o exerce para além de seu real escopo, de maneira que parte, na verdade, de aparência de direito (AMERICANO, 1932, p. 7). Cabe, porém, ressaltar que o abuso do direito de ação não necessariamente importará na configuração de *sham litigation*, considerando que esta conduta diz respeito a forma qualificada do abuso de direito de ação, isto é, aquele que tem o condão de causar danos à concorrência. É necessário diferenciar o *sham litigation*, portanto, da litigância de má-fé, conforme disciplinada pelo artigo 80 do Código de Processo Civil de 2015. A semelhança entre *sham litigation* e litigância de má-fé fica patente da própria leitura do artigo 80, que penaliza, de modo geral, a dedução de pretensões contra expressa previsão legal, a alteração da veracidade dos fatos, a utilização do processo para alcançar objetivos ilegais, a apresentação de atos processuais manifestamente infundados ou protelatórios, dentre outros.

Ocorre, porém, que a litigância de má-fé é insuficiente para coibir condutas lesivas praticadas no âmbito da atividade processual, seja por não alcançar outras instâncias de manifestação do direito de petição – como o Legislativo e autoridades pertencentes ao Executivo, como é o caso das agências reguladoras –, seja por se tratar de instituto “pesado, anquilosado e que não tem qualquer eficácia: nem compensatória, nem dissuasiva” (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 31). O *sham litigation*, na verdade, consiste em manifestação muito mais ampla do abuso de direito, que sequer requer a demonstração de dolo¹⁶.

De acordo com Ana Frazão (2017, p. 428), “o abuso de direito não se caracteriza apenas na hipótese de ato emulativo, ou seja, quando houver a vontade deliberada de prejudicar terceiro. O exercício dos direitos exige que sejam observados critérios de razoabilidade, além dos deveres decorrentes da cláusula geral de boa-fé objetiva”. Dessa maneira, o *sham litigation* não se restringe às hipóteses em que as ações possuem o objetivo de prejudicar concorrentes em vez de garantir os direitos legítimos das partes, mas parte de

¹⁶ CADE, PA 08012.011508/2007-91, Rel. Cons. Ana Frazão, Data de julgamento: 24.06.2015.

noção do abuso de direito que permite “que sua aplicação vá além da simples ocorrência de emulação, abrangendo igualmente as hipóteses de culpa” (FRAZÃO, 2017, p. 428).

A penalização do *sham litigation* pelo Direito da Concorrência diz respeito justamente aos efeitos que o abuso do direito de petição pode ter para além do processo judicial ou procedimento administrativo singular, devendo a autoridade da Concorrência voltar suas atenções à estratégia em que se insere cada conduta suspeita para identificar eventuais distorções ou restrições à livre concorrência dela decorrentes. É esse também o motivo pelo qual tal categoria transcende a justiça ou injustiça de pleitos judiciais ou ações administrativas individuais. De acordo com Eduardo Couture (1958, p. 76), toda ideia que pretenda aproximar o direito de petição com a justiça do pedido constitui contradição. Segundo o autor (COUTURE, 1958, p. 76), o direito de pedir não exige um exame do conteúdo da petição, uma vez que se constitui como garantia individual, de sorte que, no caso da inexistência de base para o pedido, este será rechaçado no mérito. Assim, a autoridade pública deverá admitir o pedido conforme apresentado, para seu devido exame com respeito ao procedimento estabelecido (COUTURE, 1958, p. 76). Descabe, portanto, aplicar a ferro e fogo o teste PRE às condutas de *sham litigation*, sendo necessário avaliar os efeitos extraprocessuais dessas condutas.

Nesse sentido, pode-se realizar interessante aproximação do *sham litigation* com o fenômeno que Menezes Cordeiro (2011, p. 183) denominou por “*culpa in agendo*”, que ocorre nos casos em que a atuação processual ilícita tenha efeitos que transcendam os autos nos quais o problema esteja posto. De acordo com o autor (MENEZES CORDEIRO, 2011, pp. 183-184), a *culpa in agendo* resta configurada por danos patrimoniais prolongados¹⁷, por danos morais¹⁸ e por atuações processuais complexas¹⁹. Certo é que, ao referir-se à *culpa in*

¹⁷ “A *culpa in agendo* por danos patrimoniais prolongados vem referida no artigo 390º, a propósito da responsabilidade do requerente nos casos de providência cautelar considerada injustificada ou que venha a caducar. As situações daí decorrentes são tantas e tão variadas que apenas uma ação própria permitirá apurar as responsabilidades: contratos por cumprir, bens por administrar, lucros por receber, maiores despesas, negócios perdidos, subsídios falhados, perda de clientela e danos morais, como exemplos” (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 184).

¹⁸ “Teremos *culpa in agendo* por danos morais sempre que as iniciativas processuais do agente contundam com direitos de personalidade ou com regas de ordem pública de tutela pessoal. [...] É evidente que qualquer ação judicial representa sempre, para quem a sofra, uma fonte de incômodo e, mesmo, de angústia. Sancionar esse aspecto era dificultar o acesso aos tribunais. Todavia, há ações inúteis e, quanto às úteis: há muitas formas de litigar. A ação que, sem qualquer necessidade processual, se transforme num estendal de injúrias, de difamações, de desconsiderações ou de insinuações representa, em termos normais, muito mais do que o risco comum que qualquer pessoa corre, a todo o tempo, de ser demandada. Nessa altura, mal estaríamos se o Direito não tivesse meios para exercer o seu papel preventivo e compensatório” (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 184).

¹⁹ “Finalmente, ocorre a *culpa in agendo* por atuações processuais complexas. A ideia é a seguinte: pode suceder que uma ação – procedente ou improcedente – seja, em si e por si, correta; uma segunda ação, que envolva as

agendo, Menezes Cordeiro (2011, pp. 183-185) procura conceder aos particulares a possibilidade de requerer, em sede de ações de reparação de danos, a compensação pelos prejuízos que tiveram individualmente em virtude de estratégias processuais fraudulentas. Porém, nada impede que o mesmo raciocínio – inclusive no que tange às suas hipóteses de concretização – seja transportada para a perspectiva macroscópica de análise não aos danos individualmente sofridos por terceiros, mas aos danos provocados à concorrência, análise a ser empreendida pelo CADE.

Tais considerações servem para demonstrar que a competência da autoridade da concorrência brasileira na análise de *sham litigation*, além de estar informada por uma perspectiva do direito de ação que seja consentânea com aquela que será utilizada pelo Judiciário ou outras instâncias públicas, deverá analisar, a partir da perspectiva concorrencial, a estratégia geral empreendida pelo agente econômico em questão, devendo também atentar para a diferença entre *sham litigation* e outras eventuais condutas anticompetitivas relacionadas ao direito material. Basta observar, no denominado caso ANFAPE, que a conduta de *sham litigation* foi afastada ainda em sede de Averiguação Preliminar, pois o que se investigava não era o suposto abuso de direito de petição observado nas ações judiciais destinadas a proteger direitos de propriedade intelectual, mas abuso dos próprios direitos de propriedade intelectual ali analisados²⁰.

Em síntese da questão, ainda são úteis as lições de Jorge Americano (1923, p. 52), para quem se o abuso no exercício de qualquer direito importará na responsabilização do agente, “mais rigorosa deve ser a sua constatação quando converte o próprio poder judiciário em instrumento de opressão, de perseguições individuais, para satisfazer ambições ou interesses menos legítimos”. Entretanto, o próprio autor admitia a dificuldade em constatar o abuso do direito no exercício da demanda, uma vez que a presunção é a de que age de boa-fé aquele que invoca o Judiciário para dirimir uma controvérsia e restaurar uma violação (AMERICANO, 1923, p. 52). Complementa, ainda, que “impedir a propositura de uma acção, por temeridade do autor, é prejudicar uma relação que, podendo não ter aparência de direito, talvez a evidencie no período probatorio e nas alegações” (AMERICANO, 1923, p. 53), não sendo recomendável a penalização *ex ante* dessa conduta.

mesmas pessoas poderá sê-lo, igualmente; todavia: as duas, em conjunto, podem implicar a violação de direitos subjetivos ou de normas de proteção. Havendo culpa e danos, surge a responsabilidade. Registramos casos deste tipo com dezenas de ações intrincadas. De novo há que permitir, aos lesados uma ponderação judicial do conjunto destas atuações” (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 185).

²⁰ CADE, AP 08012.002673/2007-51, Rel. Cons. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Data de julgamento: 15.12.2010.

Com maior razão, sendo o CADE instância de controle não do direito de ação, mas dos efeitos anticompetitivos deste, é necessário que tal conduta seja analisada segundo as balizas definidoras do direito de ação do ordenamento brasileiro, com as devidas cautelas para que não se desincetive o próprio acesso à Justiça e às instâncias legislativas e do Poder Executivo. Dessa maneira, apesar de a análise da jurisprudência mais antiga do CADE não levar a parâmetros conclusivos para a adequada apreensão da conduta de abuso de direito de petição (JORDÃO, 2009, p. 16), o estudo do desenvolvimento jurisprudencial atinente a práticas dessa espécie evidencia, de um lado, que a simples aplicação de testes oriundos da jurisprudência norte-americana não é suficiente, e, de outro, que é necessário empreender análise global da situação em jogo, aquilatando a observância aos valores subjacentes à situação em análise e a disfuncionalidade material verificada sobre o mercado em decorrência da conduta em análise (DIDIER JR., 2018, p. 24).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O adequado desenvolvimento do Direito da Concorrência brasileiro requer reflexão igualmente adequada sobre suas premissas e pressupostos, seja por integrar sistema constitucional complexo, seja por estar inserido em conjuntura histórica e tradição dogmática específicas. É imprescindível, portanto, que as categorias punitivas do antitruste sejam elaboradas segundo critérios próprios ao ordenamento pátrio, e não somente a partir de categorias importadas do direito norte-americano. Tal necessidade fica ainda mais patente quando o Direito da Concorrência apresenta intersecções com outros ramos jurídicos, muito mais associados à tradição romano-germânica do que aos parâmetros do *case law* anglo-saxão. É o caso do *sham litigation*, vinculado tanto ao imperativo constitucional de proteção à livre concorrência quanto ao direito fundamental de acesso aos poderes públicos.

As reflexões aqui apresentadas demonstram que o Direito da Concorrência brasileiro, idoso em existência, porém jovem em relevância, ainda luta para adquirir autonomia em relação aos mais desenvolvidos direitos antitruste dos países centrais. Desse modo, o antitruste brasileiro se encontra em constante tensão entre a necessidade de reafirmação de parâmetros seguros, consagrados pela jurisprudência internacional, para demonstrar sua autonomia e independência, e sua emancipação enquanto ramo jurídico decorrente da ordem econômica constitucional brasileira, que dialogue de maneira fluente com os conceitos que informam o ordenamento pátrio.

Assim, para utilizar – e subverter – a interessante construção de Marcelo Neves (2015), o CADE prossegue no complexo paradoxo de atuar a partir da aplicação de ideias em outro lugar (o emprego de conceitos consagrados norte-americanos em realidade jurídico-social completamente distinta) e de, ao mesmo tempo, no mesmo lugar (uma vez que o CADE não opera isoladamente, mas no espaço global de discussão e aplicação de princípios de defesa da concorrência). A continuidade do desenvolvimento do Direito da Concorrência brasileiro requer não somente que o CADE fale na língua compreendida pelas demais autoridades da concorrência de destaque no cenário internacional, mas também que o antitruste nacional faça jus a seu estatuto constitucional ao promover a harmonização de sua atuação com os demais preceitos regentes do ordenamento brasileiro. Com isso, aos poucos, o Direito da Concorrência brasileiro poderá passar a falar com linguagem própria, mais consentânea com o lugar em que se desenvolve – ainda que com algum sotaque.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. São Paulo: Casa Vanorden, 1923.
- BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. v.2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.
- DIDIER JR., Fredie. Abuso de direito de ação. Litigância de má-fé. Sham litigation. Decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Usurpação de função do poder Judiciário. Inexistência dos pressupostos. In: DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela dos Santos. **Pareceres**. Vol. 2. Salvados: Juspodivm, 2018.
- DINAMARCO, Cândido R. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FRAZÃO, Ana; PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. The relation between antitrust and intellectual property on CADE'S case law. In: SILVEIRA, Paulo Burnier. **Competition Law and Policy in Latin America: recent developments**. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2017.
- HIGGINSON, Stephen A. A short history of the right to petition government for the redress of grievances. **The Yale Law Journal**. v. 96, n. 1, pp. 142-166, nov. 1986.

HOLZER, Audrey G. An analysis for reconciling the antitrust laws with the right to petition: Noerr-Pennington in light of *Cantor v. Detroit Edison*. *Emory Law Journal*. v. 27, pp. 673-703, 1978.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. O direito antitruste e o controle do lobby por regulação restritiva da concorrência. *Revista de direito público da economia*. v. 25, pp. 63-100, 2009.

KLEIN, Christopher C. **Anticompetitive Litigation and Antitrust Liability**. Department of Economics and Finance Working Papers Series, August 2007.

MARK, Gregory A. The vestigial constitution: the history and significance of the right to petition. *Fordham law review*. v. 66, n. 6, pp. 2153-2231, 1998.

MENEZES CORDEIRO, António. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo**. Coimbra: Almedina, 2011.

NEVES, Marcelo. Ideias em outro lugar? Constituição liberal e codificação do direito privado na virada do século XIX para o século XX no Brasil. *Revista brasileira de ciências sociais*. v. 30, n. 88, jun. 2015.

RECENA, Martina Gaudie Ley; LUPION, Ricardo. Breves reflexões sobre a aplicação da sham litigation. *Revista jurídica luso-brasileira*. v. 4, n. 4, pp. 1519-1554, 2018.

RENZETTI, Bruno Polonio. Tratamento do sham litigation no direito concorrencial brasileiro à luz da jurisprudência do CADE. *Revista de defesa da concorrência*. v. 5, n. 1, pp. 145-177, maio 2017.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de Sá. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2007.

US. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. **Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition**. Nova Iorque: William S. Hein & Co., 2008.

WOOD, Lisa. In praise of the Noerr-Pennington doctrine. *Antitrust*. v. 18, pp. 72-77, 2003.