

**POLYANNA FERREIRA SILVA VILANOVA**

***SHAM LITIGATION* NO DIREITO ANTITRUSTE  
BRASILEIRO**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR LUIZ RODRIGUES WAMBIER**

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO (IDP)  
2019**

**POLYANNA FERREIRA SILVA VILANOVA**

***SHAM LITIGATION* NO DIREITO ANTITRUSTE  
BRASILEIRO**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR LUIZ RODRIGUES WAMBIER**

**Dissertação de Mestrado Acadêmico em  
Direito Constitucional do Instituto  
Brasiliense de Direito Público (IDP), como  
requisito parcial para obtenção do grau de  
Mestre.**

**Brasília, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019.**

**Banca Examinadora:**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

---

**Para meus amores (Thiago, Théo e Thor),  
Razões da minha existência.**

## RESUMO

*Sham Litigation* - instituto originariamente americano - tem sido aplicado em ilícitos concorrenciais pela autoridade antitruste brasileira nos últimos anos, sendo que a importação do referido instituto adveio da construção jurisprudencial realizada pela Suprema Corte dos EUA - cujos julgados, desde 1961, definiram o termo, bem como deram norte à construção conceitual e jurisprudencial brasileira. Critérios objetivos foram formulados pelo CADE em consonância com o entendimento americano. A importação do instituto permitiu a elaboração de jurisprudência farta, porém, salvo melhor juízo, possibilitou o surgimento de requisitos carecedores de fundamentação legal no ordenamento jurídico pátrio, ocasionando, quiçá, restrição à livre concorrência. Defende-se a substituição da importação do *sham litigation* pela aplicação do abuso do direito como possível infração à ordem econômica, desde que possa ou produza os efeitos previstos no art. 36, *caput*, da Lei 12.529/11.

Palavras-chave: *Sham Litigation*. Abuso de Direito. Ilícito Anticoncorrencial.

## ABSTRACT:

Sham Litigation - originally an American institute - has been applied in competitive offenses by the Brazilian antitrust authority in recent years. The importation of that institute came from the jurisprudential construction carried out by the US Supreme Court - whose judgments has defined the term since 1961, as well as they guided the Brazilian conceptual and jurisprudential construction. Objective criteria were formulated by CADE in line with the American understanding. The importation of the institute allowed for the elaboration of abundant jurisprudence, but, except for a better judgment, it allowed the emergence of requirements that lacked the legal basis in the national legal system, possibly causing restriction to free competition. The replacement of the sham litigation importation by the abuse of the right as a possible violation of the economic order is defended, as long as it produces the effects provided for in art. 36, *caput*, of Law 12.529 / 11.

Keywords: Sham litigation. Abuse of Rights. Antitrust Infringement. Comparative Law.

## Sumário

Introdução.....	7
1. DIREITO DE PETIÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E BRASIL.....	11
1.1 Semelhanças e diferenças do direito de petição brasileiro e norte-americano .....	14
2. EXCEÇÕES À APLICAÇÃO DA PRIMEIRA EMENDA DA CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA. 20	
2.1 Noerr-Pennington .....	22
2.2 Elaboração da exceção: <i>Sham</i> x Noerr-Pennington .....	28
2.3 Origem do Teste PRE. Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures, Inc. 35	
2.4 Origem do Teste POSCO. USS-POSCO Industries v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council .....	38
2.5 Configuração da <i>sham litigation</i> nos Estados Unidos da América: Suprema Corte x <i>Federal Trade Commission (FTC)</i> .....	39
2.6 Entendimento europeu sobre <i>sham litigation</i> .....	41
2.7 Conclusões parciais .....	50
3. <b>SHAM LITIGATION NO AMBIENTE ANTITRUSTE BRASILEIRO.</b> .....	51
3.1 <i>Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77 (cartel de postos de Brasília/DF)</i> .....	52
3.2- <i>Processo Administrativo n. 08012.005610/2000-81 (Viação Oliveira Torres)</i> .....	55
3.3. <i>Averiguação Preliminar nº 08012.001397/2008- 95 (mercado de gás natural)</i> .....	59
3.4 <i>Averiguação Preliminar nº 08012.013624/2007-44 (Pro-Genéricos x Sanofi-Aventis)</i> ... 60	
3.5 - <i>Averiguação Preliminar nº 08012.005335/2002-67 (Ediouro)</i> .....	62
3.6- <i>Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72 (Grupo Moura e ABINEE)</i> .....	65
3.7 – <i>Averiguação Preliminar nº 08012.001952/2008-89 (Dry Color x Colormatrix)</i> .....	67
3.8 – <i>Averiguação Preliminar nº 08012.005727/2006-50 (MPF x Alcoa)</i> .....	70
3.9- <i>Processo Administrativo n.º 08012.004484/2005-51 (Siemens e Seva)</i> .....	72
3.10 - <i>Processo Administrativo nº 08012.010648/2009-11 (ABIÓPTICA)</i> .....	78
3.11 - <i>Processo Administrativo n.º 08012.004283/2000-40 (Box 3 Vídeo e Publicidade LTDA)</i> .....	82
3.12 - <i>Processo Administrativo n.º 08012.010075/2005-94 (SULPETRO)</i> .....	84
3.13- <i>Processo Administrativo n. 08012.004572/2007-15 (Saint Gobain Canalização)</i> .....	87
3.14- <i>Processo Administrativo n. 08012.007189/2008-08 (Bann Química x DyStar)</i> .....	89
3.15- <i>Inquérito Administrativo n. 08700.005241/2013-92 (Vigor Alimentos S.A. x Kellog Brasil LTDA e Danone LTDA)</i> .....	91

<b>3.16 -Processo Administrativo n.º 08012.011508/2007-91 (Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Eli Lilly do Brasil Ltda e Eli Lilly and Company)</b>	<b>93</b>
<b>3.17-Processo Administrativo n.º 08700.011112/2014-14 (Ministério Público do Rio Grande do Norte x SindPostos/RN e outros)</b> .....	<b>96</b>
<b>3.18-Processo Administrativo n.º 0870.006964/2015-71(Diretório Central dos Estudantes Honestino Guimarães e Uber do Brasil Tecnologia Ltda.)</b> .....	<b>100</b>
<b>3.19-Processo Administrativo n.º 08012.006377/2010-25 (Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos x Lundbeck)</b> .....	<b>102</b>
<b>3.20- Processo Administrativo n.º 08700.009588/2013-04 (SETCESP x ECT)</b> .....	<b>107</b>
<b>3.21 - Procedimento Preparatório n.º 08700.000015/2018-20 (Warie Industrial Ltda. EPP)</b>	<b>112</b>
<b>3.22 – Processo Administrativo n.º 08012.007147/2009-40 (SEM S.A. x Germed Farmacêutica e outros)</b> .....	<b>120</b>
<b>4. SHAM LITIGATION X INSTITUTOS LEGAIS BRASILEIROS</b> .....	<b>122</b>
<b>5. CONCLUSÕES FINAIS</b> .....	<b>127</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>130</b>
<b>ANEXO I</b> .....	<b>140</b>

## Introdução

*Sham Litigation* - instituto originariamente americano - tem sido aplicado em ilícitos concorrenciais pela autoridade antitruste brasileira nos últimos anos, sendo que a importação do referido instituto adveio da construção jurisprudencial realizada pela Suprema Corte dos EUA - cujos julgados, desde 1961, definiram o termo, bem como deram norte à construção conceitual e jurisprudencial brasileira.

Sucintamente, o instituto estadunidense *sham litigation* tem o condão de imputar ilicitude quando da busca à proteção estatal (no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), restringindo assim o direito de petição e a possibilidade de aplicação de penalidades por infração que cause gravame à concorrência.

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), após análise de casos de *Sham Litigation* no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, elencou - ao longo dos anos e julgados - alguns requisitos como necessários para configuração do referido instituto, quais sejam:

- (i) Obtenção de provimento estatal favorável à peticionária, porém obtido por meio de falsidade/má-fé;
- (ii) Ajuizamento de ações sem fundamento ou quando houver clara ausência das condições da ação, omissões relevantes, posições contraditórias e ajuizamento de ações manifestamente improcedentes;
- (iii) Intuito e resultado potencial anticompetitivo.

De forma muito sucinta, no tocante ao item (i) destaca-se que a existência de uma mera simulação pode restringir o direito de petição e, conseqüentemente, gerar responsabilidade antitruste.<sup>1</sup> Em relação ao item (ii), o CADE já realizou a análise traçando um paralelo com o instituto da litigância de má-fé, em decorrência da provocação de incidentes manifestamente infundados e na utilização do processo como meio claro para obtenção de objeto ilegal.<sup>2</sup> Já no que se refere ao item (iii) este diz respeito

---

<sup>1</sup> Nos autos da Averiguação Preliminar n.º 08012.006076/2003-72, o Conselheiro Cueva concluiu que na litigância fraudulenta, o concorrente atua de forma positiva, informando ao Judiciário ou órgãos administrativos fatos (e não apenas argumentos) sabidamente falsos para obter um monopólio ou para garantir algum grau de elevação de seu poder de mercado.

<sup>2</sup> Para maior detalhamento, vide Averiguações Preliminares n.ºs 08012.005610/2000-81 e 08012.006076/2003-72.

ao manejo de ações sistêmicas e reiteradas com o único intuito de criar obstáculos ao funcionamento da empresa concorrente.<sup>3</sup>

Analisando os requisitos para a configuração da *sham litigation*, importante paralelo deve ser traçado à importação de institutos norte-americanos e os perigos decorrentes de tal importação e possíveis conflitos, tal como a possibilidade de restrição ao direito de petição (instrumento de participação na vida política do Estado).

A princípio, não há razão para impedir debate republicano sobre tese ou interpretação jurídica prevalecente, justamente por ser tais considerações parte do debate democrático, labor judicante dos juízes e do poder argumentativo dos advogados, não devendo dissabores normais serem considerados condutas anticompetitivas.

Sabe-se, porém, que o direito de petição e o direito de acesso à Justiça, *lato sensu*, estão expostos a abusos, o que deve ser afastado não só pelas autoridades judiciais, mas também pelas autoridades administrativas (incluindo a autoridade antitruste brasileira). Fato é que o abuso do direito de petição (ponto nodal para a aplicação de uma condenação de *sham litigation*) também está imbuído de interpretação subjetiva, necessitando assim da criação de mecanismos objetivos para sua aferição.

Não se discute que o exercício legítimo do acesso aos Poderes Públicos e o exercício do direito de petição são garantias fundamentais, porém não estão imunes a limitações a seu exercício, não sendo assim tolerado o abuso.<sup>4</sup>

O CADE, ao longo da análise de casos nos últimos anos, evoluiu quanto às hipóteses e aplicações da teoria de *sham litigation* no direito concorrencial brasileiro<sup>5</sup>, sendo que – a princípio, há necessidade de comprovada má-fé e/ou fraude, além da apresentação de petições sem reais chances de êxito e clara intenção anticoncorrencial, mas contornos ainda mais objetivos são necessários, incluindo uma clara adaptação do instituto importado, digamos, uma ‘abrasileirada’<sup>6</sup>, reconhecendo, inclusive, ser a capacidade de a autoridade antitruste constatar e condenar um abuso do direito de petição bastante limitada.

---

<sup>3</sup> Voto Vista do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo nos autos da Averiguação Preliminar n.º 08012.005610/2000-81.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 22.

<sup>5</sup> Com relação à importância da evolução de princípios e garantias constitucionais vide: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. I

<sup>6</sup> Só compreenderemos um ordenamento jurídico se buscarmos as origens filosófico-culturais do país no qual o ordenamento se insere (ideia central de Ewald).



Em ambos os sistemas, tanto naqueles em que “o juiz decide com base na lei escrita”, quanto nos em que o juiz decide com base em precedentes, por caminhos diferentes, vem-se procurando, historicamente, respeitando a igualdade, criar previsibilidade, ideia que hoje se confunde com segurança jurídica. No *common law*, isto se fez, por assim dizer, naturalmente, sem grandes e significativas rupturas com o passado, ao contrário do que ocorreu na história do *civil law*.<sup>7</sup>

Feitas essas considerações, far-se-á um estudo comparativo sobre o direito de petição no âmbito dos Estados Unidos da América e no Brasil. Sabe-se que o direito de petição está previsto no direito norte-americano desde 1776 (Declaração de Independência), entendendo como qualquer meio pacífico e legal de encorajar ou reprovar ação governamental por parte dos Três Poderes.<sup>8</sup>

Fato é que a detecção e condenação de uma determinada prática como *sham litigation* em nosso País supostamente poderá impactar em restrições ao direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, pilar do Estado Democrático de Direito brasileiro, como bem pontuado por Gilmar Mendes, *in verbis*:

“Os direitos fundamentais são a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito”.<sup>9</sup>

Quanto ao abuso do direito de petição, importante lembrar a inafastabilidade que esse direito possui em nosso ordenamento. O art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a” e inciso XXX da Constituição Federal garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, não podendo a lei excluir tal apreciação. São cláusulas pétreas – fato que as eleva ao patamar mais alto da hierarquia normativa.

---

<sup>7</sup> DANTAS, Bruno e ARRUDA ALVIM, Teresa Arruda. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores. Revista dos Tribunais, 2018, p. 73.

<sup>8</sup> RECENA, Martina Gaudie Ley; LUPION, Ricardo. Breves Reflexões sobre a Aplicação da *Sham Litigation*. Revista Jurídica Luso Brasileira, ano 4, 2018.. Disponível em: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2018/4/2018\\_04\\_1519\\_1554.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_1519_1554.pdf)>. Último acesso em Acesso: 1/11/2018.

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudo de Direito Constitucional, 2ª ed. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editor, 2009, p. 32.

De qualquer sorte, os direitos de petição e de acesso ao Poder Judiciário devem ser interpretados em conjunto com o restante do ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque os limites estabelecidos em leis ordinárias com relação ao direito de petição, por exemplo, são de grande valia para a análise de um eventual *sham litigation*. E mais. No Brasil, a própria Constituição Federal em seu art. 173, § 4º, estabelece que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Ou seja, a conclusão obrigatória é de que o direito de petição – garantia fundamental- só será excepcionado quando visar/objetivar a dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

O direito de acesso (não apenas ao Judiciário) não só tem por finalidade a proteção da ordem jurídica, como também serve de instrumento de participação na vida política do Estado. Isso significa que o direito de petição não pode ser reprimido, exceto quando houver forte justificativa para tal. Do contrário, os direitos fundamentais perderiam força e importância, enfraquecendo como um todo o ordenamento jurídico.

Importante destacar que o acesso ao Judiciário não é uma garantia de que haverá a prestação jurisdicional no exato sentido pleiteado pelo autor da demanda. Ou seja, estabelecer o resultado da demanda como requisito para checagem do abuso ou não do direito de petição fere, para muitos, o livre acesso ao Poder Judiciário.<sup>10</sup>

Esse tem sido o posicionamento adotado pelo Cade (ainda que se verifique a presença de abuso do direito, o dano apenas interessará a autoridade antitruste em que, ao menos potencialmente, restrinja a concorrência.)<sup>11</sup>

Como apresentado, o trabalho pretende estudar o instituto *sham litigation* nos Estados Unidos da América (trazendo um histórico conceitual e evolutivo sobre o tema), com o claro intuito de se analisar a possibilidade ou não da aplicação do instituto pela autoridade antitruste brasileira, peculiaridades e diferenças entre os sistemas.

---

<sup>10</sup> “O superdimensionamento do direito da concorrência pode gerar importantes questionamentos constitucionais e que, somente se um litígio objetivamente sem qualquer mérito, poderá o juiz avaliar se a ação era de má-fé” in GAVIL, Andrew I. KOVACIC E.; BAKER, Jonathan B. Antitrust law in perspective: cases, concepts and problems in competition policy. EUA: Thomson/West, 2002, p.994.

<sup>11</sup> No caso Siemens/VDO, o ex-Conselheiro Olavo Chinaglia considerou que a configuração do abuso de petição depende também da comprovação de que as ações analisadas representaram óbice artificial ao funcionamento do concorrente e, conseqüentemente, ao mercado relevante. Já no caso envolvendo a Sulpetro, o ex-Conselheiro Gilvandro Araújo afirmou que deve haver, necessariamente, um potencial lesivo da ação, que esta tenha condão de prejudicar a livre concorrência.

Após as devidas análises acima apresentadas, estudar-se-ão todos os casos de *sham litigation* julgados pela autoridade antitruste brasileira desde a promulgação da Lei n.º 12.529/11 até o final do ano de 2018. Referido estudo crítico permitirá uma análise evolutiva da conceituação de *sham litigation* no âmbito brasileiro, a congruência ou não dos argumentos conceituais ao longo dos anos sob estudo, a formação de critérios objetivos (seja pela importação do instituto americano, seja pela criação/adaptação à ordem jurídica do País), o risco ou não de subjetivismo (caso tenha ocorrido) e, por fim, sugestões de melhorias/adaptações para uma maior concretude e solidificação da jurisprudência antitruste brasileira sobre *sham litigation*.

## 1. DIREITO DE PETIÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E BRASIL

A origem do direito de petição remonta à Carta Inglesa assinada pelo Rei João sem Terra no ano de 1215, sendo reflexo de uma rebelião do baronato contra a monarquia, a qual redundou na limitação dos poderes dos reis ingleses (tais como condições para aumento de tributos ou criação de leis - haveria a partir de então a necessidade de aprovação pelo Conselho dos Nobres). Referida Carta é considerada como a origem do direito de petição em razão da possibilidade de qualquer cidadão pleitear perante as Cortes os seus direitos, sendo que os custos não deveriam ser um empecilho.

Explicitamente, o direito de petição restou reconhecido em 1689 com a elaboração da *Bill of Rights*, momento em que restou assegurado aos súditos o direito de petição ao Rei, sendo que tal ato não poderia ser ilegal e ocasionador de prisões.<sup>12</sup> Igualmente foi previsto nas clássicas Declarações de Direitos, como a da Pensilvânia de 1776 (art. 16), e também na Constituição Francesa de 1791 (art. 3º).

Já no âmbito dos Estados Unidos da América (EUA), pode-se considerar como marco do direito de petição a Declaração de Independência de 1776 (momento histórico em que se declarou a independência das treze colônias anteriormente pertencentes ao império britânico). Em 1791 restou garantido na Primeira Emenda da Constituição Americana o direito de petição, *in verbis*:

*“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the*

---

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 8ª ed., São Paulo: 2017, p. 392.

*freedom of speech, or the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”*.<sup>13</sup>

Ao longo dos anos, o conceito de direito de petição americano estendeu-se <sup>14</sup> e consolidou-se por todas as esferas governamentais, ou seja, Judiciário, Executivo e Legislativo – seja pelo peticionamento ou por campanhas, *lobby*, protestos e outras atividades previstas na Primeira Emenda. Ou seja, compreende-se o direito de petição americano como qualquer reclamação dirigida à determinada autoridade competente para que esta determine, reveja ou corrija determinada medida.

Há ponto importante a ser destacado do processo civil americano – denominado *discovery*. De acordo com Paul Bergman, da UCLA School of Law, em Los Angeles - Califórnia, *in verbis*:

“Discovery é uma investigação formal, anterior ao julgamento. Antes do julgamento, cada parte tem o direito de falar com testemunhas. Por outro lado, as testemunhas não têm qualquer obrigação legal para conversar com as partes. Assim, discovery é, basicamente, um termo de investigação legalmente sancionado, onde você pode trazer testemunhas e fazer-lhes perguntas sob juramento. Isso é chamado de deposition. Se as testemunhas são da parte oponente, você pode enviá-las por escrito, os chamados interrogatórios, que eles têm de responder. Se você precisa inspecionar, vamos dizer, o local onde aconteceu algo, isso faz parte do discovery. Você faria uma moção ao juiz para que lhe seja autorizado inspecionar, digamos, documentos e instalações que estão sob o controle de seu adversário. Todos esses processos, essas investigações sancionadas são chamados Discovery.”<sup>15</sup>

Logo, o instituto *discovery* possui o benefício de permitir às partes avaliar, antecipadamente, o padrão de provas que será utilizado por ambas as partes ao longo do processo, avaliando assim as próprias chances de sucesso na continuidade da ação.

---

<sup>13</sup> Estados Unidos da América. [https://www.law.cornell.edu/constitution/first\\_amendment](https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment) (31.12.2019)

<sup>14</sup> As Justice John Paul Stevens stressed in his dissent in *Minnesota Board for Community Colleges*, “The First Amendment was intended to secure something more than an exercise in futility.” The petition clause ensures that our leaders hear, even if they don’t listen to, the electorate. Though public officials may be indifferent, contrary, or silent participants in democratic discourse, at least the First Amendment commands their audience. Em: <https://www.freedomforuminstitute.org/first-amendment-center/topics/freedom-of-petition/freedom-of-petition-overview/> (31/1/2019)

<sup>15</sup> Disponível em: Disponível em <http://www.videoJug.com/expertanswer/preparing-for-court-2/what-is-discovery> . Último acesso em 3.5.2019.

No Brasil, o direito de petição encontra-se presente em todas as Constituições, desde 1824<sup>16</sup> (nesta especificamente restou acolhido o direito de petição apenas aos brasileiros, não incluindo no rol de legitimados os estrangeiros, como viriam a fazer as demais Cartas).<sup>17</sup> A Carta de 1988 assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos (nas três esferas) em defesa de direitos ou contra qualquer abuso de poder ou ilegalidade. Assim, em nosso País, o direito de petição é um típico direito fundamental de caráter geral ou universal (direito da pessoa humana) assegurado a todos, pessoas físicas ou jurídicas, brasileiros ou estrangeiros, ou até mesmo a entes não dotados de personalidade jurídica.<sup>18</sup>

Se posta sob esta ótica, poder-se-ia afirmar imperativamente a existência de uma ampla proteção do direito de petição quando exercido na arena política. Isso porque, a atividade de comunicar o Estado e, também postular a defesa de direitos ou corrigir abusos de poder e ilegalidades, possui dimensão politico-fiscalizatória, que pode se manifestar perante quaisquer dos poderes do Estado.

Como pontuado pelo Ministro Villas Bôas Cueva, em uma democracia representativa a comunicação entre representados e representantes é essencial para a formação da vontade política que se traduz na legislação aprovada pelo Parlamento. Por isso, o conteúdo do que os representados informam aos representantes não é passível de controle quanto a possíveis efeitos anticompetitivos. Isso não se aplica, obviamente, às petições dirigidas ao Executivo ou aos litígios judiciais, sujeitos a regras próprias.<sup>19</sup>

Wambier et. Al (1999) sustenta que, para a realização das funções da jurisdição, prevê o ordenamento jurídico brasileiro garantias constitucionais (tais como ampla defesa, fundamentação das decisões judiciais e o devido processo legal) para a

---

<sup>16</sup> Referida Carta estabelecia no art. 179, inciso XXX que “todo cidadão poderá apresentar, por escrito, ao Poder Legislativo e ao Executivo, reclamações, queixas, ou petições, e até expor qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente autoridade a efetiva responsabilidade aos infratores”. As Cartas seguintes também consagraram o direito de petição (Constituição de 1891, art. 72, *caput*; Constituição de 1934, art. 113, n. 10; Constituição de 1937, art. 122, n. 7; Constituição de 1946, art. 141, § 37; Constituição de 1967/69, art. 150, § 30; Constituição de 1988, art. 5º, XXXIV)

<sup>17</sup> SOBRINHO, Osório Silva Barbosa. Direito Constitucional de Petição (exercício da cidadania). ESMPU, Brasília: 2016, p. 67.

<sup>18</sup> MENDES, Daniel de Abreu. O direito de petição à luz da Lei 11.419/2006”. Processo judicial eletrônico. Coordenação: Marcus Vinicius Furtado Coêlho e Luiz Cláudio Allemand. Brasília, OAB, Conselho Federal, p. 195 a 237”.

<sup>19</sup>[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMITpKnlwet\\_YKHY8ih1HbR1Qg9KWW8LekyWYykVZGBwBCC2Gu0r8TyLEaLv7C9KI1z8rpPY-U8qZpCSvH-JJDA](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMITpKnlwet_YKHY8ih1HbR1Qg9KWW8LekyWYykVZGBwBCC2Gu0r8TyLEaLv7C9KI1z8rpPY-U8qZpCSvH-JJDA), p. 323. Último acesso em 13.4.2019.

construção de um sistema processual – o qual tem como objetivo garantir aos cidadãos do Estado o direito de acesso às decisões judiciais.<sup>20</sup>

Buscou, assim, a Constituição Federal de 1988 mudar a mentalidade que via no povo um inimigo do Estado e não o seu instituidor e destinatário final de suas ações, que sempre devem voltar-se ao atendimento dos fins humanos, justamente por não ser um fim em si mesmo, mas apenas instrumento idealizado pelo homem para alcançar seus fins.<sup>21</sup>

Ao contrapor o direito de petição no âmbito americano e brasileiro, o Ministro do STF Joaquim Barbosa, ao julgar a ADI 1976 /DF afirmou que a Carta Magna brasileira consagrou dispositivo próprio ao direito de petição aos órgãos públicos, ao lado de um direito de recorrer ao Judiciário (art. 5º, XXXV). Diferentemente da 1ª Emenda à Constituição Americana, o Constituinte Brasileiro reforçou o caráter de fundamentalidade do direito de petição, ao trata-lo em dispositivo específico.<sup>22</sup>

Mas não há falar apenas em um caráter de fundamentalidade. Para Jorge Miranda, por exemplo, o direito de petição, independentemente de ser direito-garantia ou direito autônomo, é ao mesmo tempo uma liberdade. Tem um claro conteúdo de liberdade e um conceito de direito a prestação. Liberdade, diga-se, no sentido de não existir proibição de apresentar petições; há também liberdade no sentido de definição do conteúdo, finalidade, objeto e, por fim, prestação no sentido de obtenção de uma resposta (negativa ou positiva).<sup>23</sup>

### **1.1 Semelhanças e diferenças do direito de petição brasileiro e norte-americano**

Analisar as semelhanças e diferenças do direito de petição brasileiro e norte-americano é importante para se criticar positivamente ou negativamente a importação de institutos norte-americanos ao nosso País e os perigos decorrentes de tal importação e possíveis conflitos, tal como a possibilidade de restrição ao direito de petição (instrumento de participação na vida política do Estado). Além das razões acima,

---

<sup>20</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (coord). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9756/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.37.

<sup>21</sup> SOBRINHO, Osório Silva Barbosa. Direito Constitucional de Petição (exercício da cidadania). ESMPU, Brasília, 2016, p.75

<sup>22</sup> Acessível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456058> (1.2.2019)

<sup>23</sup> Miranda, Jorge. Manual de direito constitucional. t. 1. Lisboa: Coimbra Editora, 1993, pgs. 43/48

para alguns doutrinadores, só compreenderemos um ordenamento jurídico se buscarmos as origens filosófico-culturais do país no qual o ordenamento se insere”<sup>24</sup>

A princípio, não há razão para impedir debate republicano sobre tese ou interpretação jurídica prevalecente, justamente por ser tais considerações parte do debate democrático, labor judicante dos juízes e do poder argumentativo dos advogados, não devendo dissabores normais serem considerados condutas anticompetitivas ou abuso do direito de petição.

Em ambos os sistemas, tanto naqueles em que “o juiz decide com base na lei escrita”, quanto nos em que o juiz decide com base em precedentes, por caminhos diferentes, vem-se procurando, historicamente, respeitando a igualdade, criar previsibilidade, ideia que hoje se confunde com segurança jurídica. No *common law*, isto se fez, por assim dizer, naturalmente, sem grandes e significativas rupturas com o passado, ao contrário do que ocorreu na história do *civil law*.<sup>25</sup>

E mais. No âmbito do *Common Law* do direito Norte-Americano o precedente tem força vinculativa maior que no sistema romano germânico. A vinculação dos precedentes é justificada pela necessidade de igualdade, sendo que referida igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem ser considerados relevantes, para que esse caso seja considerado semelhante a outro, e decidido da mesma forma”<sup>26</sup>

Sabe-se, como já dito, que o direito de petição está previsto no direito norte-americano desde 1776 (Declaração de Independência), entendendo como qualquer meio pacífico e legal de encorajar ou reprovar ação governamental por parte dos Três Poderes.<sup>27</sup>

Pode-se dizer que, de um lado, despreza-se o milenar aviso romano: de *minimis non curat praetor*; de outro lado, cria-se ao interno da coletividade uma

---

<sup>24</sup> EWALD, William B. Comparative jurisprudence (I) What was it like to try a rat? Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3582&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3582&context=penn_law_review). (5.2.2019)

<sup>25</sup> DANTAS, Bruno e ARRUDA ALVIM, Teresa Arruda. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores. Revista dos Tribunais, 2018, p. 73.

<sup>26</sup> Cf., KOVACIC, William; GAVIL, Andrew; BAKER, Jonathan. *Antitrust Law in Perspective: cases, concepts and problems in competition policy*. 2 ed. West Thomson, 2008, p. 1086.

<sup>27</sup> RECENA, Martina Gaudie Ley; LUPION, Ricardo. Breves Reflexões sobre a Aplicação da *Sham Litigation*. Revista Jurídica Luso Brasileira, ano 4, 2018.. Disponível em: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2018/4/2018\\_04\\_1519\\_1554.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_1519_1554.pdf)>. Último acesso em Acesso: 1/11/2018.

percepção de que o antônimo de justiça privada é a justiça estatal, propiciando a difusão da ideia de que o ajuizamento pronto e imediato de qualquer interesse contrariado ou insatisfeito configura manifestação de cidadania. E ainda, ao contrário do que poderia sugerir uma leitura rápida do art. 5º, XXXV da CF/1988, não se pode confundir o direito de acessar um órgão jurisdicional com o verdadeiro exercício do direito de ação.<sup>28</sup>

Esta ‘ira’ pela suposta ampla manifestação da cidadania reflete-se diretamente no Direito (seja em seus aplicadores, estudiosos e população), sendo claro produto cultural, e por isso mesmo se nota, nos diversos povos, diferentes índices de adesão à maior ou menor utilização da Justiça Estatal para a resolução dos conflitos emergentes na vida em sociedade. Por exemplo, para os japoneses, a melhor manifestação de cidadania, consiste, justamente em não precisar do serviço judiciário oficial ou a ele só recorrer em casos extremos; já os norte-americanos procuram expressivamente a Justiça (é recorrente, nos atritos interpessoais, a frase “*I sue you*”), mas, sem embargo, são bastante prestigiados os *alternative dispute resolutions* (ADR’s), em larga medida incentivados pelo expressivo custo do processo judicial.<sup>29</sup>

Há também novo enfoque doutrinário no âmbito da inafastabilidade da jurisdição, qual seja: a inafastabilidade não se limita apenas ao Judiciário, mas também à solução de conflitos no âmbito privado. Mantém-se a via de acesso ao Poder Judiciário sempre aberta, mas esta não necessariamente será a primeira opção.<sup>30</sup>

No ano de 1983 já alertava a Juíza Sandra Day O’Connor, da Suprema Corte dos EUA de que “os tribunais não deveriam ser os locais onde a resolução das disputas começa, mas sim os lugares onde as disputas terminam – depois que métodos alternativos de resolução de litígios foram considerados e tentados”.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2ª edição, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2017, p. 59.

<sup>29</sup> Idem, p. 62. Após, assim complementa (...) “em verdade o citado inc. XXXV do art. 5º da CF/1988 vigente se coloca na esteira de outros anteriores textos de análogo teor, sendo que, numa visão serena e justa, por aí não se pretende generalizar, prodigalizar ou banalizar o acesso à Justiça, e sim fazer com que aquele dispositivo opera como uma válvula de segurança do sistema, ou um elemento de contenção em face do Legislativo, ao proibir que certos conflitos sejam a priori, subtraídos à cognição judicial; de outro lado, as disposições daquele gênero têm a ver com o fato de nossa Justiça ser unitária, nesse sentido de que aqui não ter sido implementado o Contencioso Administrativo, posto acenado no art. 111 da EC 01/1969”. P. 231

<sup>30</sup> CF. “A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015”. Revista de Processo; vol. 254/2016, p. 17-44.

<sup>31</sup> In “O sistema de múltiplas portas e o acesso à Justiça no Brasil: perspectivas a partir do Novo Código de Processo Civil”. Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil. Vol I. 2018.



Feitas essas considerações preliminares, apenas a título de melhor esclarecimento, faz-se o destaque da diferenciação entre o direito de petição e o acesso à justiça. Como já apresentado, o direito de petição permite a qualquer cidadão invocar a atenção dos Poderes Públicos sobre uma situação, questão ou direito, podendo tal invocação ser individual ou coletiva. Trata-se de uma garantia política, um instrumental que garante direitos fundamentais declarados na Constituição de cada País.<sup>32</sup> No Brasil, referido direito está assegurado, como dito alhures, no art. 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal, *in verbis*:

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

(...)

XXXIV

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Já o direito de acesso à justiça encontra-se resguardado no inciso XXXV do mesmo dispositivo legal, quando prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ou seja, trata-se de uma espécie do gênero, salvo engano melhor juízo acadêmico. Mas como conceituar a expressão “acesso à Justiça”? Duas premissas básicas devem estar inseridas nesta conceituação, quais sejam: sistema acessível a todos de forma igualitária e resultados socialmente e individualmente justos.

Tais premissas estariam sendo observadas no âmbito brasileiro? Na prática, a resposta tende a ser negativa. Ao longo dos últimos anos, pode-se afirmar um aumento excessivo na propositura de ações – o que poderia ser considerado uma semelhança mínima ao sistema norte-americano. O vezo de se submeter à Justiça estatal todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito – antes de experimentados e esgotados outros meios auto ou heterocompositivos – é assim visto por Flávio Galdino, *in verbis*: “(...) no plano político- institucional, tem-se verificado nos estudos estritamente processuais uma irrefreável tendência a se considerar autorizado o controle jurisdicional quase ilimitado dos atos administrativos e legislativos, modificando entendimentos que

---

<sup>32</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional, volume 2. 20ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

demarcaram o direito público brasileiro durante muitos anos. É o que já se chamou de hipertrofia da justiciabilidade”.

Quando dos Estados liberais burgueses, entendia-se pelo acesso à justiça apenas no âmbito formal, ou seja, caso o indivíduo não tivesse condições de custear um processo, por exemplo, este era fadado apenas à má sorte e nada mais. “O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”.<sup>33</sup> Atualmente, o acesso à justiça deve ser encarado como requisito básico e fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.<sup>34</sup>

Sem querer alongar neste tema riquíssimo e de grande debate, algumas ponderações podem ser inseridas em nosso estudo do *Sham Litigation* quando comparamos os sistemas norte-americano e brasileiro. No tocante às custas judiciais há um alto custo para se demandar ao Judiciário, incluindo-se aí os honorários advocatícios (nos EUA, o custo por hora varia entre 25 e 300 dólares). Ou seja, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer – o que é raro, dadas as claras incertezas de qualquer processo, as custas são um forte entrave no amplo direito de petição.

Mas não é só. Soluções diversas foram propostas ao longo dos últimos cem anos para sanar os problemas de acesso à justiça americano, que, por muitas vezes, foi copiado pelo sistema jurídico brasileiro. Seriam os contextos sócio-políticos norte-americano e brasileiro semelhantes? A resposta, mais uma vez, tende a ser negativa. O mercado americano oitocentista confiava que a regulação existia pela simples pluralidade de agentes, funcionando como uma estrutura solta e fluida. Assim, acreditava-se que se houvesse a manutenção alta dos agentes no mercado – funcionando como uma ‘massa homogênea’, não haveria falar em diferenças das ações dos agentes entre si. Isso levou a concentração alta de capital e poder, provocando distorções que implicaram, basicamente, na regulamentação da concorrência americana.<sup>35</sup>

No caso brasileiro, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário ao funcionarem por lógicas distintas, operam de forma assíncrona as funções institucionais

---

<sup>33</sup> CAPPELLETTI Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 9.

<sup>34</sup> Idem, p. 12.

<sup>35</sup> Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional. In Arquivos do Ministério da Justiça. V. 45, n.º 180, Brasília, jul/dez. 1992, pgs. 172 a 178.

dos Poderes, ganhando assim visibilidade como o conflito entre princípios, aumentando a possibilidade da proliferação de “ações” passíveis de controle pelo instituto de *sham litigation*.<sup>36</sup>

Fato é que a função do Estado passou de ‘ordenadora’ para ‘reguladora’, com a intervenção no campo da economia. A partir dos anos 80 há intensificação do processo de internacionalização das economias. Ou seja, no mundo contemporâneo da globalização, a intervenção do mercado tem de ser combinada com a intervenção do Estado atuante e catalizador, que possa facilitar, encorajar e regular os mais diversos negócios.<sup>37</sup>

Outro ponto deve ser destacado quando se fala em globalização, qual seja, a mudança na dimensão temporal dos acontecimentos. Os limites geográficos não são mais barreira às relações econômicas. A informação, o transporte e o fluxo do capital se dão em escala global de forma cotidiana, tudo acontece de forma imediata.<sup>38</sup> As redes de negócio se tornaram cada vez mais globalizadas, ampliou-se a concorrência e em muitas sociedades reforçou o caráter oligopolista em determinados mercados.

A ‘cultura’<sup>39</sup> recém inserida no âmbito brasileiro (se considerarmos os últimos cinquenta anos) não deve confundir o leitor de se entender acesso à justiça como facilidade de se litigar. Mas o que seria uma cultura jurídica? Poder-se-ia considerar como as atitudes que fazem do sistema um todo, uma unidade, e que determinam o lugar dos aparelhos e das normas na sociedade globalmente considerada, englobando hábitos e treinamento dos profissionais quanto de qualquer cidadão comum.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> CASAGRANDE Renato, FREITAS Roberto. “O problema do tempo decisório nas políticas públicas”. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 47, n.º 187, edição especial, julho/setembro 2010, p. 25.

<sup>36</sup> Idem, p. 32

<sup>37</sup> Idem, p.25.

<sup>38</sup> Bis Idem, p. 26.

<sup>39</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p.59. O direito de ação, à força de ser invocado de envolta com proposições (ufanistas e irrealistas) de uma judiciabilidade plena, geral e difusa, foi sendo gradualmente tomado como um dogma ou mesmo uma cláusula pétrea, ora visto como um apanágio do Estado democrático, ora como forma de participação na gestão da coisa pública por intermédio da justiça, ora, enfim, como manifestação de cidadania. Tais colocações, a par de contribuírem para uma percepção adversarial do processo (a ação como ‘o direito em pé de guerra’), desestimulando a busca por outros meios, auto ou heterocompositivos, foram exacerbando a contenciosidade social, do que veio a resultar a cultura demandista disseminada pelo país, projetada na crise numérica de processos que assombra o Judiciário.

<sup>40</sup> Cf. ” Roberto Freitas Filho e Renato Casagrande. O problema do tempo decisório nas políticas públicas, p. 21. <https://drive.google.com/drive/u/0/folders/OBwUJa4zZuiKBSmNoN0dOd1BnMGM> (06.02.2019)

A propositura de uma ação tem profundas implicações de ordem pessoal e econômica, devendo constituir uma opção feita a partir de um processo de reflexão, em que sejam considerados, de modo racional, os prós e contras que podem advir da instauração do processo judicial.<sup>41</sup> Nesta ótica, vale destacar a crise instaurada – especialmente no Poder Judiciário, nos últimos anos.<sup>42</sup>

Uma mudança de cultura dos cidadãos começaria necessariamente por uma mudança culturais de dois atores processuais: o defensor público e o advogado.<sup>43</sup> Há sim necessidade de maior conscientização e responsabilização dos profissionais acima citados. Como muito bem pontuado por Watanabe, *in verbis*:

“(…) Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente”.<sup>44</sup>

## **2. EXCEÇÕES À APLICAÇÃO DA PRIMEIRA EMENDA DA CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA.**

Como dito alhures, o olhar americano sobre o mercado mudou/evoluiu muito ao longo dos anos. A ideia de que a pluralidade de agentes poderia funcionar autonomamente e que o próprio mercado se adaptaria as diversas mudanças possíveis frustraram-se. Tal ideia inicial levou à concentração do poder na mão de poucos – o que

---

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3ª edição. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2013, p. 178.

<sup>42</sup> “A existência da crise é perceptível porquanto os princípios básicos que organizam o sistema do direito privado são colocados em xeque como a ideia de que os conflitos jurídicos são inter-individuais, a liberdade e a igualdade nas relações de trocas, bem como a ideia de que o direito de propriedade não tem restrições” Roberto Freitas Filho e Renato Casagrande. O problema do tempo decisório nas políticas públicas, p. 25. <https://drive.google.com/drive/u/0/folders/OBwUaJ4zZuiKBSmNoN0dOd1BnMGM> (06.02.2019)

<sup>43</sup> *In* “O sistema de múltiplas portas e o acesso à Justiça no Brasil: perspectivas a partir do Novo Código de Processo Civil”. Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil. Vol I. 2018, p. 9.

<sup>44</sup> CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos da solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”. Revista de Processo. Vol. 74/94, p. 82-97.

implicou na regulamentação do mercado, cujo foco inicial foi a manutenção do mercado livre e reajuste/correção do sistema.

Diante desse cenário promulgou-se o *Sherman Act* no ano de 1890, cujo artigo primeiro pode ser considerado um divisor de águas na matéria ora sob estudo, senão vejamos: “*todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração em desarrazoada restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilícito pela presente Lei.*”

O termo ‘desarrazoada’ envolve dois aspectos. O primeiro é qualitativo, ou seja, necessário se faz que a restrição seja efetiva, restringindo de fato a competição e não apenas estabelecimento de regras. O segundo é quantitativo, qual seja, a restrição tem que ser substancial (analisadas as condições estruturais de cada mercado, promova uma substancial redução da competição). Destaca-se que o *Sherman Act* tentou corrigir distorções que o próprio sistema havia criado, em razão dos efeitos autodestrutivos gerados ao longo dos anos.<sup>45</sup>

Não se pode ignorar que com a promulgação de tal ato houve sim um foco maior aos interesses da sociedade do que das empresas, tanto que outras leis surgiram, tais como o *Clayton Act*, e o *Federal Trade Commission Act*. Mas não é só. Importante ressaltar que as práticas anticoncorrenciais mencionadas, justamente pela interpretação dada pela Suprema Corte, já eram combatidas mesmo antes da criação da *Federal Trade Commission*. Por esta razão, a jurisprudência sobre o assunto, muito antes de a legislação antitruste ganhar força, tornou-se clara no sentido de proibir atos capazes de discriminar entre empresas de diferentes Estados e, assim, falsear o funcionamento do mercado.

Sucintamente, pode-se destacar duas disposições da *Sherman Act* como essenciais ao Direito da Concorrência americano, *in verbis*:

*“Section 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal;*

*Section 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or comine or conspire with any other person ou persons, to monopolize any parto f the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor”.*

---

<sup>45</sup> FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste, Revista dos Tribunais, 2010, p. 192.

Referidos dispositivos não fazem diferença quanto aos benefícios à sociedade (ao consumidor), figurando, em tese, a chamada ilegalidade *per se*, ou também conhecida como ‘por objeto’. No presente trabalho não farei longos apontamentos sobre o tema, mas importante destacar que a regra intitulada ‘per se’ e a regra da razão são objeto de extenso debate acadêmico e doutrinário, não apenas nos EUA. Apenas a título ilustrativo, o primeiro julgado que se aplicou a regra da razão nos Estados Unidos foi o caso envolvendo *Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States*. Em tal julgamento restou decidido que o *Sherman Act* veda somente práticas não razoáveis de restrição à concorrência.<sup>46</sup>

Feitas essas considerações iniciais, passo a descrever sucintamente os casos no âmbito norte-americano que envolveram o tema ora sob estudo.

## 2.1 Noerr-Pennington

A doutrina Noerr-Pennington surgiu na Suprema Corte norte-americana no ano de 1960, com base e análise do direito de petição firmado na Primeira Emenda da Constituição americana. No âmbito dessa doutrina, justamente em razão do direito constitucional à liberdade de expressão e o direito de petição, estarão isentos de responsabilidade por ilícito antitruste as manifestações direcionadas ao Estado quando causarem eventuais lesões à concorrência como um todo (por meio de petições à Administração, meios judiciais ou até mesmo o *lobby*).

Percebe-se que o fundamento para tal imunidade é justamente o direito de cada cidadão requerer ao Estado manifestação, regulação e/ou decisão – mesmo que tal ato tenha caráter anticompetitivo. Em tese, toda pessoa americana (física ou jurídica)

---

<sup>46</sup> Alguns historiadores econômicos observaram que a Standard Oil estava perdendo seu poder de monopólio na época de seu desmembramento em 1911. Embora a Standard tivesse 90% da capacidade americana de refino em 1880, em 1911 ela havia encolhido para entre 60% e 65%, para a expansão de capacidade por concorrentes. Outros, também, alegam que a concentração em Trusts se dava em razão de uma estrutura eficiente. A este respeito, em 1890, o deputado William Mason, argumentando a favor do Sherman Antitrust Act, terido dito que: "os trusts tornaram os produtos mais baratos, reduziram os preços; mas se o preço do petróleo, por exemplo, fosse reduzido a um centavo por barril, tal fato não tornaria justo o mal feito às pessoas deste país pelos trusts que destruíram a concorrência legítima e retiraram homens honestos de negócios legítimos". [ Daniel Yergin (1991). *The Prize: The Epic Quest for Oil, Money, and Power*. New York: Simon & Schuster. p. 910. ISBN 0-671-50248-4. Congressional Record, 51st Congress, 1st session, House, June 20, 1890, p. 4100.] Outros historiadores econômicos já sinalizam para benefícios da quebra da Standard Oil no longo prazo (vide David I. Rosenbaum, *Market Dominance: How Firms Gain, Hold, or Lose it and the Impact on Economic Performance*, New York: Praeger Publishers, 1998, (pp.31–33).

possui o direito de petição ao Estado – seja no âmbito federal, estadual, municipal, em qualquer dos Três Poderes (mesmo que o pleito reflita ilícito anticoncorrencial, tais como fixação de preços, retirada de um concorrente do mercado ou monopólio legal).<sup>47</sup>

Em suma, a doutrina Noerr-Pennington surgiu a partir de dois casos analisados e julgados pela Suprema Corte norte americana, a saber, *Eastern R Presidents Conferece vs. Noerr Motor Freight Inc.* (1961) e *United Mine Workers of America vs. Pennington* (1993).

O primeiro caso, ***Eastern R Presidents Conferece vs. Noerr Motor Freight Inc.***<sup>48</sup>, tratou-se de uma ação perante a Corte da Pensilvânia, datado de 1961. Referida ação foi proposta por 41 empresas de transporte rodoviário em desfavor de um grupo de empresas de transporte ferroviário e um escritório de relações públicas. O pano de fundo da ação dizia respeito à suposta conspiração com claro intuito de restringir o comércio e monopolizar o mercado denominado de longa distância, violando assim os parágrafos primeiro e segundo do *Sherman Act*.

Tal conspiração teria tido início com a contratação de um escritório de relações públicas pelos ferroviários cujo objeto seria uma campanha de publicidade contra os caminhoneiros, com a intenção de fomentar a criação e manutenção de leis contrárias aos tais caminhoneiros, criando também, assim, uma mensagem negativa à população e, conseqüentemente, fragilidade na relação entre a classe dos caminhoneiros e clientes.

A campanha publicitária então contratada seria, sob a ótica dos caminhoneiros, uma campanha fraudulenta, mentirosa e corrupta, visto que o único objetivo seria, além de ‘manchar’ a imagem, eliminá-los do mercado de transporte de longa distância.

Necessário expor breve histórico da época vivenciada. As ferrovias, até então, sempre dependeram do lucro obtido no transporte de carga pesada de longa distância e, a partir da década de 1920 surgiu o transporte por meio de caminhões. Tal meio de transporte, após alguns anos, observou que o lucro maior só poderia ser obtido caso

---

<sup>47</sup> *Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, pgs. 694/696.

<sup>48</sup> 365 U.S. 127, julgado em 20-2-1961, disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/127/case.html>. [13.3.2019].

obtivessem mercado na seara de transportes de cargas pesadas em longas distâncias. E assim foi feito e elástico após a Segunda Guerra Mundial.

Pois bem. Voltando ao caso, a campanha publicitária contratada ganhou fôlego e persuadiu o Governador da Pensilvânia a vetar uma lei que havia permitido aos caminhoneiros o transporte de cargas pesadas na rodovia do Estado e assim, tal categoria propôs ação indenizatória c/c obrigação de não fazer contra não só o escritório de publicidade, mas também contra os ferroviários.

Em sede de defesa, o grupo de empresas ferroviárias não só admitiram o pagamento da campanha publicitária, bem como a defenderam veemente, sob o fundamento de que tratava-se de uma informação necessária e verdadeira a toda sociedade, visto tratar-se de alto custo a manutenção das estradas e o claro uso ilegal (excesso) de pesos pelos caminhoneiros ao longo das estradas do Estado.

Tais argumentos, inicialmente não prosperaram e os pedidos da ação foram julgados procedentes. Segundo o entendimento dos julgadores, a campanha foi maliciosa e fraudulenta, pois o único objetivo claro realmente foi o de prejudicar os caminhoneiros e não houve nenhuma menção em tal propaganda às empresas de transporte ferroviário. Destaca-se, porém, que a Corte Distrital não considerou tais ações como violação antitruste nos moldes do Sherman Act. O mesmo entendimento restou mantido pela Court of Appeals da Terceira Circunscrição

Já a Suprema Corte possuiu entendimento diverso e reverteu a sentença. Como pilar para a decisão considerou que os EUA vivem sob uma democracia representativa, na qual os Representantes agem no interesse da população, sendo que uma das características próprias da representatividade é justamente os cidadãos verem seus pleitos conhecidos. Ou seja, não seria razoável aplicar o *Sherman Act* em situações nas quais o cidadão está apenas informando ao governo um pleito e, assim, tal limitação seria desarrazoada. Em suma, para a Suprema Corte, a tentativa de influenciar a aprovação, cumprimento ou veto de uma lei não levaria, por si só, à violação do *Sherman Act*, bem como tal instituto não veda a união de pessoas com o intuito de persuasão ao Executivo ou Legislativo (no caso ora sob análise com o intuito de monopolização ou restrição de mercado).

Assim, a Suprema Corte neste caso ‘corroeu’ o entendimento de que uma pessoa (física ou jurídica), mesmo com atos enganosos, detém imunidade antitruste - seja



por eventual prejuízo que a reposta Estatal vir a dar, seja por eventual consequência decorrente de o público deixar de manter relações negociais com os concorrentes após o conhecimento de informações falsas.

Importante deixar destacado que neste caso a Suprema Corte pontuou que, nas hipóteses em que o direito de petição tenha sido exercido por *mere sham* (mero fingimento) seria sim justificável a aplicação da legislação antitruste. Ou seja, mesmo neste julgado – o qual estabeleceu imunidade antitruste sobre o direito de petição já apontou o caminho para a construção de uma exceção futura.

Deixou a doutrina, de forma clara, da existência de uma exceção ao raciocínio quanto aos procedimentos fraudulentos. Estes se darão quando a atuação perante o poder público encobrir a única e real intenção de interferir diretamente nos negócios de um concorrente. O essencial é a inexistência de qualquer interesse próprio na obtenção do provimento estatal. Ou seja, é de aplicação bastante restrita e incerta ante a utilização de um critério de difícil comprovação.<sup>49</sup>

O segundo caso, ***United Mine Workers of America vs. Pennington*** (1993)<sup>50</sup>, diz respeito a uma ação proposta pelo Sindicato *United Mine Workers of America Welfare and Retirement Fund* (UMW), em que se pleiteou a condenação de uma mina de carvão – *Phillips Brother Coal Company* – ao pagamento de uma indenização oriunda de salários acordados na década de 1950. Já a mina de carvão, em sede de reconvenção, sustentou conspiração do Sindicato com grandes operadores de carvão com o único intuito de restringir o comércio a ponto de monopolizá-lo e, assim, teriam sido violados os parágrafos primeiro e segundo do *Sherman Act*.

Em sede de defesa, a mina de carvão alegou que o Sindicato e grandes empresas do mercado de carvão teriam atuado conjuntamente com o objetivo claro de eliminação das pequenas empresas do mesmo mercado quando impuseram os termos do dito acordo de 1950 (salários acordados) independentemente das condições financeiras das referidas pequenas minas de carvão. Não é só. Defenderam também que o Requerente (Sindicato *UMW*) tomou outras ações totalmente desarrazoadas e com único intuito anticoncorrencial, quais sejam: aumento dos pagamentos oriundos dos fundos de pensão

---

<sup>49</sup> JORDÃO, Eduardo Ferreira. Restrições regulatórias à concorrência. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pg. 87 e seguintes.

<sup>50</sup> 381 U.S. 657, julgado em 7-6-1965, disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/657/case.html> (13.3.2019)

dos trabalhadores; exclusão do mercado de produção e venda de carvão dos produtores não sindicalizados; recusa de arrendamento de minas de carvão a operadores não sindicalizados; obtenção junto à Secretaria do Trabalho de um salário mínimo bem mais alto que outros ramos da indústria e, por último, fomentou campanha de redução de preços de carvão – o que retiraria assim os chamados pequenos operadores do mercado.

Entendo que aqui necessário também se faz pontuar o contexto histórico à época vivenciado. O Sindicato *UMW* focou todos esforços à não oposição da mecanização das minas de carvão, sendo que o aumento – em tese – da produtividade poderia financiar o aumento não só dos salários dos mineradores, mas também do pagamento dos fundos de pensão. Passou então a auxiliar as grandes operadoras de minas de carvão, excluindo o foco e apoio às pequenas empresas e àquelas não sindicalizadas.

Quando do julgamento, o júri considerou o Sindicato *UMW* e os grandes operadores culpados e assim responsáveis pelos prejuízos sofridos pela empresa *Phillips*. Mais uma vez, o Tribunal manteve o posicionamento de condenação ao considerar que os Sindicatos não poderiam estar isentos de responsabilidade sob o *Sherman Act*, reforçando o entendimento do primeiro caso (*Pennington*).

A Suprema Corte Americana manteve grande parte da decisão recorrida favorável à *Phillips*, destacando também que os Sindicatos não necessariamente encontram-se imunes à responsabilidade antitruste sob o ‘mantra’ do *Sherman Act*, notadamente quando o foco é a negociação com outras empresas (cuja posição no mercado é relevante) e se tenta impor condições até então não apresentadas/negociadas com outros empregadores.

O ponto de discordância da Suprema Corte com as demais instâncias julgadoras disse respeito às ações com a Secretaria do Trabalho – o que levou a um novo júri. Esforços em conjunto (como no caso de empregadores com o Sindicato) com o intuito de influenciar e convencer a classe trabalhadora não violariam as leis antitruste, mesmo que tais esforços tivessem como objetivo a eliminação da concorrência, por exemplo. Ou seja, o primeiro júri deveria ter sido orientado de que o *Sherman Act* impede a indenização por danos/prejuízos causados por ações da Secretaria do Trabalho (desde que reste afastado qualquer manipulação ou conspiração). Tal conclusão teve como embasamento, como dito alhures, do primeiro caso ora mencionado (*Eastern R Presidents Conferece vs. Noerr Motor Freight Inc.*).

Apesar de a Suprema Corte ter imunizado a atividade de *lobby* exercida pelas empresas ferroviárias e pela associação dos presidentes de ferrovias, ao indicar que os formuladores das leis antitruste não buscavam limitar o direito constitucional de petição, considerou também que condenar a ação das ferrovias levaria a Lei Sherman a um propósito de regular não a atividade econômica, mas a atividade política das empresas.

Alguns doutrinadores criticam a decisão tomada pela Suprema Corte no julgamento do caso *United Mine Workers of America vs. Pennington*. Hovenkamp, por exemplo, afirma que o julgamento não considerou o fato de que o Estado não agia isolado na regulação do mercado, mas também era o comprador do carvão. Ou seja, o maior problema de tal precedente, segundo referido autor é de que não houve ressalva quanto à essa ausência de alegação, o que impulsionou a propositura de diversas ações de particulares contra o Estado na tentativa de excepcionar casos da imunidade antitruste.<sup>51</sup>

Seguindo a mesma linha Areeda afirma que *sham litigation* é uma interpelação ao governo na qual não se pretende obter o provimento pleiteado, mas sim a exclusão de um concorrente, aumentando seus custos ou provocando dano concorrencial.<sup>52</sup>

Pois bem. Como dito alhures, esses dois casos originaram a Doutrina Noerr-Pennington. Resumidamente, a imunidade antitruste, nos termos da referida doutrina, pode ser aplicada quando há pleitos de particulares realizados ao Estado em que se requer a aplicação ou não de determinada lei (mesmo que anticompetitiva), ou seja, não há competência antitruste neste ponto; ou quando requer-se prestação jurisdicional tanto na esfera judicial quanto na administrativa. O que nos permite concluir é que a lógica da Doutrina Noerr<sup>53</sup>-Pennington reside que o direito antitruste não deve se preocupar com o processo de decisões do Estado (desde que válido), digo, não pode ser uma ferramenta de fiscalização legislativa, mas sim deve focar sua atuação no exercício do poder de mercado no âmbito privado. E essas previsões, destaca-se, ainda são a regra geral americana.

---

<sup>51</sup> Cf. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p.695/698

<sup>52</sup> AREEDA, Philip; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2006, p. 240.

<sup>53</sup> THOMAS D. MORGAN, destaca que a incerteza quanto à definição do que seria a “*mere sham exception*” começou a ser resolvida em *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited (Cases and materials on Modern Antitrust Law and its origins*, St. Paul, West Publishing, 1994, p. 220 e 221).

Mas onde se encaixaria a doutrina *Sham* que aqui se pretende trabalhar? Encontra respaldo justamente na exceção à doutrina Noerr-Pennington, ou seja, quando o Estado foca-se também no dever de punir o abuso utilizado quando da aplicação da Primeira Emenda, ou seja, quando há o dito abuso do direito de petição.

## 2.2 Elaboração da exceção: *Sham* x Noerr-Pennington

Ao longo de décadas e a passos lentos a jurisprudência de *sham* foi inserida e consolidada nos EUA. O primeiro caso é datado de 1972. Trata-se do emblemático **Walker Process Equipment Inc v. Food Machinery & Chemical Corp**<sup>54</sup>. O objeto da ação teve como referência uma suposta violação de patente industrial. Segundo a empresa *Walker Process Equipment Inc* (Requerida até então na ação originária), o pleito teve como fundamento uma patente já expirada, ou seja, inválida.

Ultrapassada a fase de “*discovery*” e após o pedido de desistência da ação por parte da *Food Machinery & Chemical Corp*, a empresa *Walker Process Equipment Inc.* sustentou judicialmente que tratava-se de monopólio ilegal, visto tratar-se de uma patente aplicada fraudulentamente e de má-fé, pois a empresa patentária – ao realizar o registro, afirmou ausência de conhecimento de que a patente já estava em uso no solo americano antes mesmo da devida concessão legal patentária (por quase um ano). Assim, as alegações da *Walker Process Equipment* é de que prejuízos existiram em decorrência da não utilização da inovação que sequer havia patente que a protegesse.

A ação de tão emblemática à época, envolveu o próprio governo americano como *amicus curiae* da causa, o qual argumentou violação da Seção 2ª do Sherman Act (visto a obtenção de patente por meio fraudulento e a utilização de ameaças com proposituras de ações em desfavor da outra parte.

A Suprema Corte concluiu então que justamente pelo uso fraudulento deveria a empresa *Food Machinery* não ser beneficiada da exceção limitada às proibições estipuladas na Seção 2ª do *Sherman Act*, e determinou a indenização aos prejudicados pelas ações oriundas da fraude patentária.

---

<sup>54</sup> 382 U.S. 172, julga do em 6-12-1965, disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/382/172/case.html>. Acesso: 14.3.2019.

Neste julgamento não houve menção a aplicabilidade ou não da doutrina *Noerr-Pennington*, embora restou implícito o entendimento de que determinadas ações não podem se beneficiar da imunidade antitruste.

Por fim, no tocante a este caso, é importante mencionar a criação da doutrina *Walker*, a qual permitiu e ainda permite análise e constatação de violação à Seção 2ª do *Sherman Act* quando empresas obtêm o direito industrial (notadamente patentes) através de fraude ou qualquer outro meio ilegal com o claro intuito de excluir concorrentes do mercado.

Feitas essas considerações, passo a descrever o caso norte-americano em que se considerou – no mesmo julgamento, a imunidade antitruste estipulada na Doutrina *Noerr-Pennington* e a utilização de petições no Judiciário como mecanismo anticoncorrencial (*sham*). É o caso **California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited**.<sup>55</sup>

Nesta ação, as empresas litigantes eram concorrentes no mercado de transporte rodoviário. *Trucking* propôs ação contra a *California Motor* sob a alegação de que esta última teria conspirado ao propor mecanismos estatais e federais com o único intuito de monopolizar o transporte de mercadorias na Califórnia e outros Estados americanos, através do enfraquecimento e eliminação dos concorrentes (ao impedir os pedidos de registro, aquisição ou transferência dos direitos de operação nas autoestradas do país).

O intuito então alegado em desfavor da *California Motor* era praticado através do financiamento e divulgação de um programa ininterrupto e sistemático de oposição perante todos os tribunais e esferas administrativas quanto às licenças (em todo o seu trâmite) aos concorrentes. Inclusive, havia ampla divulgação de todo o material pela empresa Requerida na ação e estas ações em conjunto teriam provocado o ‘fechamento’ da máquina estatal e a orientação da própria regulação, ocasionando total enfraquecimento dos demais concorrentes.

A Corte Distrital, originariamente, não conheceu do mérito da ação e a extinguiu. O Tribunal de Recursos deu provimento ao apelo e determinou a devolução dos autos à referida Corte para a devida análise e julgamento. Isto levou a empresa a

---

<sup>55</sup> 404 U.S. 508, julgado em 13-1-1972, disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html>. Acesso: 14.3.2019.

recorrer à Suprema Corte, argumentando para tanto imunidade e aplicação direta da Doutrina *Noerr-Pennington*.

Pela primeira vez, então, a Suprema Corte decidiu que por mais que haja o direito de petição amplamente garantido na Primeira Emenda, empresas transportadoras não poderiam estar imunes a limitações quando claramente utilizado de parte integral de condutas tidas como ilícitos antitruste. Para tanto, citou-se objetivamente o caso *United Mine Workers x Pennington* para justamente afastar a aplicação da doutrina solicitada pela empresa *California*. Isso porque no caso paradigmático alegava-se a tentativa de influência junto a servidores públicos; já no caso em análise a empresa impedia diretamente os concorrentes de acesso às autoridades – seja por meios legais ou ilegais, usurpando estes atuarem no processo decisório das autoridades, independentemente do mérito das ações; logo, inaplicável a Doutrina *Noerr-Pennington*.<sup>56</sup>

Assim, concluiu a Suprema Corte que os direitos de petição emanados na Primeira Emenda à Constituição norte-americana não podem servir de pretexto para almejar e alcançar ‘substantive evils’; logo deveriam os autos retornarem à Corte Distrital para que a empresa supostamente afetada (*Trucking*) comprovasse as violações antitruste.

Fato é que este caso gerou dúvidas e interpretações equivocadas nos tribunais norte-americanos quando houve - no julgamento, exemplificações de condutas (ações sem fundamento, falsas alegações, estímulos ilícitos a funcionários públicos) que configurariam práticas de rompimento do processo legal, seja no âmbito judicial ou administrativo. Tal situação levou alguns tribunais a confundirem o instituto *sham litigation* com práticas e tentativas de influenciar a ação governamental por uso de meios inadequados, o que provocou longas discussões acadêmicas e decisórias por diversos anos.

Outro caso importante a ser aqui descrito é o ***Otter Tail Powe Co. v. United States***.<sup>57</sup>O pano de fundo era o mercado de distribuição e transmissão de energia elétrica. A empresa *Otter Tail* possuía o mercado de 465 cidades dos Estados de Dakota do Sul,

---

<sup>56</sup> “The same philosophy governs the approach of citizens or groups of them to administrative agencies (which are both creatures of the legislature, and arms of the executive) and to courts, the third branch of Government” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 404 U.S. 508, *California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited*, 13-1-1972. Pgs. 501/512. Último acesso em 16.3.2019 (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.htm>)).

<sup>57</sup> 410 U.S. 366, julgado em 22-2-1973, disponível [on-line] em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/366/case.html>. Último acesso: 17/3/2019.

Dakota do Norte e Minnesota, operando com contratos de prazos entre dez e vinte anos. O mercado possuía uma característica própria: em cada cidade a empresa *Otter Tail* só podia acomodar um sistema de distribuição, tornando assim praticamente monopólio natural nesta área. A concorrência se dava apenas com eventual sistema municipal (muitas vezes, inexistente); mas não é só. Quando os municípios possuíam o sistema, dependiam do acesso às linhas de transmissão e as únicas disponíveis eram justamente da empresa *Otter Tail*.

Basicamente quatro cidades tiveram discussões em sede de ação antitruste: Aurora (Dakota do Sul), Colman (Dakota do Sul), Elbow Lake (Minnesota) e Hankinson (Dakota do Norte). Quando os mencionados contratos expiraram, os cidadãos pleitearam e votaram pelo estabelecimento do sistema municipal de distribuição de eletricidade. Para surpresa de todos, a empresa *Otter Tail* recusou-se arbitrariamente a vender energia no atacado para os sistemas recém aprovados, além de negar a transmissão de energia para outros fornecedores.

As cidades de Aurora e Colman possuíam acesso a outras transmissoras de eletricidade e para estas a *Otter Tail* propôs ações judiciais como forma de coerção. Já com relação às cidades de Hankinson e Elbow Lake simplesmente a empresa recusou-se a negociar.

Qual foi a solução? O município de *Elbow Lake* criou sua própria usina geradora de eletricidade. *Hankinson e Elbow Lake* obtiveram diversas ofertas de outras geradoras de energia, porém a *Otter Tail* permaneceu na negativa de transmissão (alegando disposições contratuais). Enquanto o município de Hankinson tentava reverter essa situação administrativa, a empresa *Otter Tail* obteve apoio do “Conselho Municipal” e obteve a renovação do contrato.

No julgamento, a Corte Distrital considerou *Otter Tail* responsável diretamente por tentar impedir os municípios de instalarem os próprios sistemas de energia elétrica após a expiração dos respectivos contratos, aplicando-se assim a violação à Seção 2ª do *Sherman Act*. Os atos considerados ilícitos foram a recusa de venda de energia ou da própria transmissão, bem como a propositura de medidas administrativas e judiciais com o intuito de alguma forma impedir que o sistema elétrico fosse gerido, fornecido pelo município.

Houve, conseqüentemente, atraso na instalação do referido sistema e grande impacto orçamentário que reduziram drasticamente o sistema público tentado. Assim, a Suprema Corte norte-americana remeteu os autos à Corte Distrital para que esta decidisse se as ações acima apresentadas poderiam ser encaixadas na conduta de *sham* e, se positiva, afastar a proteção constitucional.

A conclusão foi de que a doutrina *Noerr-Pennington* se aplicaria também quando o intuito da parte fosse justamente a supressão da concorrência, verificado com a propositura de ações judiciais ou até mesmo de medidas administrativas repetitivas com pleitos sem fundamento, permitindo a aplicação da *sham exception*.

A inovação neste caso pode ser resumida no entendimento da desnecessidade de comprovação da ‘coação’ das partes, bastando a prova de que as ações administrativas e/ou judiciais foram propostas com o intuito de impedir ou retardar a concorrência.

Já no ano de 1988, a Suprema Corte americana pôde mais uma vez se debruçar sobre o tema ao julgar o caso **Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.**<sup>58</sup> A empresa Indian Head elaborou um chamado condute de plástico para a instalação elétrica, submetendo tal invenção à Associação Nacional de Proteção contra Incêndios americano (NFPA). Referida Associação era comporá por cidadãos da sociedade civil e governo cujo objeto era análise e aprovação de padrões a serem inseridos em regulamentos quanto à proteção em incêndios ou acidentes similares. Na época citada, a NFPA permitia apenas os condutes de aço e não de plástico.

Pois bem. Os condutes de aço eram rotineiros e aceitos como Lei tanto nos governos locais e estaduais no âmbito dos EUA e isto replicava diretamente no comércio e na necessidade de certificação das empresas quanto ao condute de aço ser o mais seguro contra incêndios.

Com o intuito de inserção do condute de plástico desenvolvida pela Indian Head foi aceita por um grupo de profissionais da Associação NFPA e, assim, uma aprovação por maioria presentes na reunião anual permitiria a inserção de tal tecnologia no Código Elétrico Nacional.

Ao tomar conhecimento da manobra estratégica, a maior produtora de condute de aço dos Estados Unidos, qual seja, Allied Tube, bem como representantes das

---

<sup>58</sup> U.S. 492, Julgamento ocorrido em 13.6.1998. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/492/case.html>. Último acesso em 20.3.2019



indústrias envolvidas (especialmente as siderúrgicas) em reuniões realizadas aprovaram a retirada de tal inclusão (condute de plástico) do Código Elétrico Nacional de 1981 e obtiveram êxito ao comparecerem em presença massiva (mais de 230 pessoas) na reunião anual. A presença massiva teve como custo valor superior a US\$ 100.000,00 nas inscrições dos membros à reunião anual.

Diante da manobra acima delineada, o pleito da Indian Head restou indeferido por 394 votos contrários a 390 votos a favor, ou seja, uma diferença de apenas 4 votos. Houve então recurso ao Conselho de Diretores da NFPA, o qual de plano negou o recurso por ausência de violação às normas legais previstas.

Sem alternativa, a Indian Head propôs ação perante a Corte Distrital Federal contra a empresa Allied Tube e outros, sustentando a ocorrência de uma restrição ilegal no mercado de condutes elétricos, justamente em violação a Seção Primeira do *Sherman Act*.

Resumidamente, a Corte Distrital considerou que a imunidade existente na doutrina Noerr-Pennington aplicar-se-ia ao caso, visto ter a Associação verdadeira atuação legislativa. Já o Tribunal de Recursos entendeu contrariamente, revertendo assim o julgamento. Por fim, a Suprema Corte possuiu o mesmo entendimento do Tribunal de Recursos.

Como destacado alhures, este caso foi muito importante para exame e aprofundamento da Doutrina *Noerr-Pennington*. A Suprema Corte concluiu que o alcance da doutrina depende do contexto inserido, natureza da restrição envolvida (anticompetitiva), para que se conclua ser o efeito anticompetitivo justamente resultado de uma ação válida – governamental- estariam as requerentes imunes absolutamente de qualquer responsabilização antitruste.

Logo, neste caso sob análise, entendeu a Suprema Corte por excluir a aplicação da Doutrina *Noerr-Pennington* em razão da natureza jurídica da NFPA, qual seja, associação privada sem autoridade oficial, logo, com claros incentivos econômicos envolvidos com o intuito de restrição à concorrência. Destacou-se também que houve clara influência com o intuito de regulamentação da NFPA para afastar a possibilidade de inserção no mercado dos condutes de plástico

Menção fez a Suprema Corte quanto ao caso *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc* ser diferente do então analisado. Isso porque a

campanha publicitária do precedente teve como objetivo influenciar a produção legislativa; já no caso *Allied Tube* a atuação foi dentro dos limites de um processo privado de padronização.

Mas não foi só. A Suprema Corte destacou que a doutrina *Noerr-Pennington* só poderia ser aplicada, ou seja, passível uma empresa de imunidade antitruste, quando analisados em conjunto o impacto da atividade, sua natureza e contexto.

Tentou-se assim diferenciar as diversas práticas direcionadas a influenciar as atividades governamentais, instituindo assim os fundamentos iniciais para reconhecimento da *sham litigation*. Assim, entendeu a Suprema Corte que uma atuação enganosa perante a um tribunal não necessariamente deveria receber o mesmo tratamento em uma atuação enganosa na esfera política. Isso porque, em tese, as chances de um Tribunal ser ludibriado por mecanismos enganosos são maiores que as informações enganosas diante de uma audiência legislativa possui em gerar em um determinado ato legislativo.

O julgador White discordou do entendimento da maioria, criticando arduamente a subjetividade e vagueza das terminologias ‘natureza e contexto’ necessários para a análise de determinada prática com o intuito de influenciar uma autoridade pública com o objetivo de invocar e receber imunidade antitruste. Para ele, associações como a NFPA poderia ser comparada a um órgão legislativo e, justamente por isso, não poderia a conduta de *Allied Tube* restar imune. Ao atestar a imunidade, teria a Suprema Corte prestado um desserviço às associações que produzem regulamentos e códigos devidamente acolhidos pelo Poder Legislativo. Por fim, concluiu que a aplicação da doutrina *Noerr-Pennington* não deveria ser absoluta, visto não se aplicar quando houver esforços com o único intuito de influenciar a legislação por meros artifícios, ou seja, por *sham*; logo, segundo este Julgador, abusos flagrantes no exercício constitucional de petição deveriam ser punidos.

Como indica Kovacic<sup>59</sup>, a Corte então decide que o *Sherman Act* pode alcançar informações errôneas, falsas ou outra conduta antiética que mine a lealdade do processo judicial, como a propositura de ações sem fundamento para atrapalhar concorrentes, sem desconsiderar que os Tribunais, os processos judiciais são

---

<sup>59</sup> KOVACIC, William; GAVIL, Andrew; BAKER, Jonathan. *Antitrust Law in Perspective: cases, concepts and problems in competition policy*. 2 ed. West Thomson, 2008, p. 1086 e seguintes.

mais vulneráveis a manobras em sirvam de instrumentos para propósitos anticompetitivos do que os processos legislativos e administrativos, indicando um conflito entre a Primeira e a Quinta Emenda.

Pois bem. A partir das considerações dos julgamentos dos casos *Noerr, California e Allied Tube*, instâncias inferiores focaram a análise sob o prisma das declarações falsas. Logo, declarações enganosas com o intuito de influenciar o Poder Legislativo, em sua grande maioria, seriam passíveis da imunidade antitruste; já no âmbito de caráter contencioso, ao contrário daquelas destinadas ao caráter contencioso, requerendo alguns Tribunais a comprovação da falsidade para a aplicação da exceção *sham*.

No ano de 1990, a Suprema Corte norte-americana afastou a aplicação da referida doutrina e, conseqüentemente, a possibilidade de estender a imunidade antitruste a um boicote de advogados dativos organizado por associação profissional. Trata-se do caso em que advogados se uniram com a finalidade de obter melhores honorários; o argumento central para a aplicação do instituto *sham litigation* foi de que o esforço conjunto dos advogados para influenciar o Estado constituía em si mesmo um restrição, ou seja, o dano decorreu do boicote praticado pelos advogados e não pela ação governamental.<sup>60</sup>

No ano seguinte, 1991, em outro julgamento, a Suprema Corte considerou que restrições municipais à construção de *outdoors* mereciam imunidade antitruste enquanto atos de governo<sup>61</sup>. A exceção (*sham*) do artifício fraudulento não poderia ser aplicado à atividade de lobby no âmbito do zoneamento municipal, mas apenas quando tal atividade seja considerada ilegal ou imprópria da própria atividade do lobby pela ação governamental.

### **2.3 Origem do Teste PRE. Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures, Inc.**

No ano de 1993 a Suprema Corte americana estipulou critérios objetivos para a caracterização do instituto *sham litigation* para o devido afastamento da Doutrina Noerr-Pennington.

---

<sup>60</sup> Federal Trade Commission. Superior Court Trial Lawyers Association (SCTL.4), 493 U.S. 411(1990).

<sup>61</sup> Cf. City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc., 499 U.S. 365.

O caso que permitiu a criação de critérios objetivos foi o *Professional Real Estate Investors Inc(PRE), v. Columbia Pictures, Inc.*<sup>62</sup> A primeira empresa atuava no mercado hoteleiro, alugando videodiscos para os hóspedes nos quartos em que houvesse a tecnologia necessária qual seja, *players* de videodiscos e passou a tentar vender tais *players* para outros hotéis. A Columbia Pictures Inc. e outros estúdios de cinema – os quais eram os detentores dos direitos autorais de filmes e os licenciavam para os quartos de diversos hotéis pela tecnologia de um sistema de transmissão de dados via a cabo e, com a ação da empresa PRE, a processou tendo como principal argumento a ofensa a direitos autorais. Em sede reconvenção, PRE sustentou que a ação proposta pela Columbia era apenas um mecanismo ardiloso (*sham*) para maquiagem os atos típicos de monopólio para a restrição do comércio, violando assim as Seções 1ª e 2ª do Sherman Act. Os pedidos da Columbia e PRE foram julgados improcedentes.

O Tribunal de Recursos caracterizou a conduta da Columbia de *sham litigation*, sob a argumentação de que se tratava de um dos dois tipos de abuso do processo judicial, seja através de deturpações no feito ou aplicação de um padrão de processos repetitivos sem fundamentos da causa provável – independente do mérito.

Já a Suprema Corte considerou que as ações judiciais não poderiam ser privadas da imunidade antitruste como *sham*, exceto se objetivamente não tenham nenhum fundamento. No âmbito americano, a presença de indícios não requer nada mais do que uma crença razoável, por parte do requerente, de que o pleito possa ser considerado válido quando ocorrer o julgamento. Logo, no ato que a ação fosse considerada sem fundamento objetivamente e se houvesse uma razão, intenção anticoncorrencial é que se deveria analisar se a ação sob objeto seria uma camuflagem para interferir diretamente um concorrente.

E assim surgiu o “Teste PRE”: deve a parte primeiramente demonstrar a inviabilidade legal da ação questionada para, somente após o Tribunal analisar as provas relacionadas à viabilidade econômica da ação.

Neste mesmo julgamento a Suprema Corte argumentou que o Tribunal de Recursos definiu de forma inconsistente e contraditória o instituto *sham litigation*, pois

---

<sup>62</sup> 508 U.S. 49 Julgado em 3.5.1993. Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/49/case.html>. Último acesso 21/3/2019.

sem critérios objetivos poderiam os Tribunais rotularem quaisquer ações não isentos à Doutrina *Noerr-Pennington*.

Retornando ao caso sob análise, restou consignado que a empresa PRE não obteve êxito para demonstrar que a ação proposta pela *Columbia* era objetivamente sem mérito, sem plausibilidade (especialmente por serem detentores dos direitos autorais de exibição dos filmes e à época não possuir uma regulamentação clara dos direitos autorais sobre os videodiscos).

O julgador Stevens discordou do entendimento da maioria. Para ele, o requisito ‘objetivamente sem fundamento’ seria um termo um tanto quanto excessivo e a Suprema Corte poderia se arrepender de tal definição quando houver casos mais complexos. Sustentou para tanto que algumas ações poderiam ser objetivamente com fundamento, mas objetivamente desarrazoadas; ou seja, propor uma ação por que poderia se esperar algum sucesso no mérito, mesmo que remota, poderia não ser objetivamente razoável. O Requerente, para Stevens, deveria propor diversas ações e ser indiferente ao resultado da ação, pois o único intuito seria o dano ao concorrente – o qual teria que arcar com custos e transtornos decorrentes. Outra situação esposada pelo Juiz seria a propositura de uma ação na qual se almeje êxito no mérito, mas em razão do alto custo da propositura, não a moveria se não fosse justamente o benefício oriundo do prejuízo causado ao concorrente justamente pela ação.

Aqui vale pontuar que a experiência norte-americana demonstrou que os critérios fixados neste caso foram excessivamente amplos, pois dependeriam claramente de especificidades dos caso concreto e, conseqüentemente, exigiria a análise perfunctória do mérito de cada demanda ajuizada, ocasionando substancial incerteza quanto ao escopo da exceção à doutrina *Noerr-Pennington*.<sup>63</sup>

Em parecer lavrado por Alessandro Octaviani nos autos do até então Inquérito Administrativo n. 08700.000015/2018-20 (Warie Industrial Ltda. EPP), este faz interessantes pontuações sobre o Teste PRE. Para ele, *in verbis*:

“o ponto fraco do PRE-Test (notadamente uma interpretação que reduz o alcance da política da concorrência) é que ela pretende conjugar ‘um idiota com um perspicaz’: deve-se provar que a

---

<sup>63</sup> LIMA E SILVA, Valéria Guimarães. Sham litigation in the pharmaceutical sector. *European competition journal*. V. 7, n. 3, pp. 455-503, dez. 2011, p. 468/469.

argumentação jurídica é muito ruim, mas que, simultaneamente, o produtor da idiotice jurídica seja capaz de compreender caminhos sofisticados pelos quais, por meio da litigância, possa prejudicar seu concorrente. O ônus argumentativo exigido pelo critério da jurisprudência PRE-Teste é altíssimo, inclusive por ser tão rara no mundo essa combinação – simultaneamente explícita, perceptível e comprovada – de idiotice com perspicácia”.<sup>64</sup>

#### **2.4 Origem do Teste POSCO. USS-POSCO Industries v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council<sup>65</sup>**

Neste caso, o proprietário de uma siderúrgica contratou uma determinada empresa de construção para revitalização e modernização de suas instalações, porém, a construtora contratada não fazia parte de nenhum sindicato de construtoras. Logo, vários sindicatos interessados em tal contratação propuseram diversas ações judiciais (ao todo 29), além de procedimentos administrativos em desfavor da construtora ora contratada. A argumentação foi apenas uma: a contratação deveria ocorrer entre uma das empresas devidamente sindicalizadas.

Ato contínuo, a construtora contratada processou os sindicatos sob a argumentação de que o conjunto de processos violava normas concorrenciais, visto que as demandas eram completamente desprovidas de fundamentos, sem nenhuma preocupação com o mérito, ao contrário, o único intuito era o de prejudicar o concorrente.

A Suprema Corte americana, ao julgar referido caso, considerou ser possível a ocorrência de sham no ajuizamento “com ou sem causa provável, independentemente do mérito das ações”. Entendeu assim que independentemente da existência de multiplicidade de ações e/ou procedimentos administrativos, pouco importaria se alguma das iniciativas tenha bases razoáveis (considerando que uma ou mais poderiam tê-la e inclusive lograr êxito em instâncias decisórias). Isto porque o objeto de análise deveria ser a existência de uma estratégia geral destinada a prejudicar um concorrente.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> OCTAVIANI, Alessandro. Regime jurídico aplicável. Comprovação da sham litigation, p.22.

<sup>65</sup> Estados Unidos. Tribunal de Apelação do Nono Circuito. *USS-POSCO Industries v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council*. 31 F.3d 800, 1994.

<sup>66</sup> SALGADO, Lucia Helena; ZUCULOTO, Graziela Ferrero. Study on the anti-competitive enforcement of intellectual property rights: sham litigation. Brasília: IPEA, 2011.

Assim, o teste POSCO substituiu o aspecto objetivo do teste PRE (o qual previa a necessidade de verificação da legitimidade do padrão de conduta da parte no ajuizamento das demandas).

Ou seja, ao lidar com uma série de ações judiciais, a racionalidade anticompetitiva do comportamento não tem como foco o fato de uma das ações ter ou não o mérito, mas sim sob o fato de que as inúmeras ações foram propostas claramente com o propósito de nocautear o concorrente com litígios e, conseqüentemente, causar algum custo ao rival. Assim, deve-se analisar qual a intenção do agente: interesse genuíno ou assédio a um rival.

## **2.5 Configuração da *sham litigation* nos Estados Unidos da América: Suprema Corte x *Federal Trade Commission (FTC)***

Rememorando o acima exposto, o Teste PRE desenvolvido pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos para a configuração da *sham litigation* prevê dois requisitos: (a) o pleito não detém objetivamente os fundamentos de maneira que nenhum litigante ‘razoável’ poderia esperar o sucesso no mérito, demonstrando a ausência de fundamentos; (b) a motivação subjetiva de quem pleiteia deve permitir a checagem se há camuflagem de uma tentativa de se intervir diretamente nas relações de um concorrente.

Hovenkamp, ao discorrer sobre *sham litigation*, destaca que o posicionamento da Suprema Corte considerava que uma ação movida em bases falsas não poderia configurar *sham litigation*, uma vez que tal caracterização só seria possível se tal informação falsa fosse utilizada somente para aumentar os custos do rival ao se defender na demanda e que a informação falsa constituiu o núcleo da decisão governamental.<sup>67</sup>

Em tese, os requisitos do Teste PRE são de formulação simples, mas não isento de questionamentos e dificuldades. A maior dificuldade, para a grande maioria dos estudiosos é de os acusados da prática de *sham litigation* justificam os atos e se ‘protegem’ com o argumento de exercício legal do direito de petição previsto na Primeira Emenda da Constituição norte-americana. Há, assim, uma presunção de boa-fé quando do ajuizamento de ações (tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial).

---

<sup>67</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice*, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005, p. 704

Justamente para contornar essas dificuldades, a Federal Trade Commission (FTC) no ano de 2006 publicou relatório sobre quais seriam as perspectivas para a aplicação da doutrina Noerr-Pennington. Segundo FTC, há necessidade de evitar interpretações elasticizadas de tal doutrina, visto a existência da possibilidade de se proteger abusos do direito de petição, impondo custos altíssimos aos consumidores.

Assim, para o FTC deveria se adotar a interpretação de que não serão protegidos pela imunidade antitruste as comunicações ou pleitos que almejam uma resposta não discricionária do governo, a entrega de informações errôneas a um órgão/ente governamental ou no caso de petições repetitivas, sem preocupação de mérito e com o intuito de prejudicar os concorrentes.

Logo, FTC e a Suprema Corte americana possuem entendimento diverso. Esta última apresenta entendimento de maior objetividade dos requisitos para a aplicação do instituto *sham litigation*, quando fraciona a análise em duas etapas: primeiro analisa-se a inviabilidade legal da demanda para se, ultrapassado este ponto, verificar a intenção anticoncorrencial. Já para o FTC há necessidade de uma análise mais caso a caso, ampliando a viabilidade.

Mais uma vez, Hovenkamp pondera que não se deveria aplicar *sham litigation* quando uma ação tem possível chance de sucesso, mesmo que o intuito final seja prejudicar algum concorrente e isto seria ‘o preço a ser pago pela democracia’<sup>68</sup>

Mas não seria praticamente impossível aplicar *sham litigation* quando condicionado à comprovação do ‘requisito objetivo’ da demonstração da inviabilidade legal da demanda? Isso não seria um caminho aberto a interpretações subjetivas? Para muitos, a suposta falta de êxito de uma tese não é um bom indicador para atingir o primeiro requisito para aplicação da tese. Por exemplo, a reiteração de ações com o intuito de modificação de alguma tese na jurisprudência não deixa de ser algo ‘comum’ e isto não deveria ser pontuado como algo ilegal, especialmente quando o assunto for tratado no Brasil.

E ainda, duras críticas sofrem os precedentes acima mencionados quanto à dificuldade de se comprovar a ausência de embasamento objetivo e a intenção (por óbvio, há um certo quê de subjetivismo). Quais seriam as evidências e/ou provas necessárias

---

<sup>68</sup> Idem, pgs. 705 e ss.



para se comprovar o sham litigation? No Brasil, o quesito subjetivo é afastado legalmente, quando há penalização independentemente da culpa.

Os doutrinadores que defendem o contrário, sustentam que ninguém deveria ser protegido pelo ‘direito de petição’ eternamente quando a tese já se encontra derrotada (isso ficaria praticamente impossível de ser aplicado no Brasil, visto a mudança de jurisprudência não rara em nossa Corte maior).<sup>69</sup>

Obviamente que os critérios subjetivos também possuem as suas dificuldades e implicaria, inclusive, em um processo mais dispendioso – seja em termos de tempo e recurso, para avaliar criteriosamente a intenção do requerente do pleito, mas segundo Bork, este seria o melhor rumo a ser seguido<sup>70</sup>. E, para tanto, desenvolve algumas fases a serem seguidas que facilitariam a caracterização *sham litigation*, quais sejam:

- (i) Intenção das partes;
- (ii) Meios empregados;
- (iii) Características do processo/procedimento governamental objeto de análise;
- (iv) Perfil da decisão governamental a ser tomada;
- (v) Grau em que o processo sob análise possui de influência nas regras gerais, responsabilidades e/ou direitos dos cidadãos/empresas;

Importante ressaltar que Bork faz a ressalva de que nem todo abuso pode ser considerado *sham litigation*, a qual é considerada o elemento ‘conduta’ da infração anticoncorrencial, havendo a necessidade de comprovação (monopolização ou não) para que reste configurada a violação.

## **2.6 Entendimento europeu sobre *sham litigation***

Apenas para fazer um contraponto com o entendimento americano sobre *sham litigation*, vale descrever sucintamente o entendimento da matéria na União Europeia.

---

<sup>69</sup> BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox - a policy at war with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 364/365.

<sup>70</sup> Só deveria haver responsabilização pela *sham litigation* quando a parte que utiliza a máquina do Estado para fins próprios possui intenção subjetiva que tornaria seu comportamento ilegal.

Para tanto, necessário ter em mente a ideia de integração europeia, cujo marco inicial foi o Tratado de Paris (Comunidade Europeia do Carvão e Aço)<sup>71</sup>, datado de 1951 no qual Luxemburgo, Holanda, Itália, França, Alemanha e Bélgica criaram referida comunidade no qual se proibia barreiras comerciais e também práticas restritivas e discriminatórias capazes de distorcer a concorrência entre os Estados-membros. Assim, o direito da concorrência era instrumento para eliminar discriminação no âmbito comercial.

A Comunidade Europeia foi instituída por um Tratado no ano de 1992 e estabeleceu em seu artigo 85 e seguintes alguns princípios e orientações do direito concorrencial, senão vejamos:

“Artigo 85º. 1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum

(...)

Artigo 86º. É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.”

Ao longo dos anos apenas mudou-se a numeração dos artigos, mas manteve-se na íntegra os dispositivos acima mencionados. Atualmente são os artigos 101 e 102. No âmbito do estudo da presente tese, assim como no Brasil, não há tipificação exata do instituto de *sham litigation*. Passo a apresentar abaixo os dois casos europeus que permitiram a Comissão Europeia tratar sobre o tema.

**O primeiro caso, Belgacom<sup>72</sup>, foi analisado e julgado pelo Tribunal de Primeira Instância (nome dado à época) em 1998**, quando do pleito de anulação de

---

<sup>71</sup> UNIÃO EUROPEIA, Tratado que criou a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11951K:PT:PDF>. Último acesso em 22.3.2019. Referida fonte foi retirada da obra: VINHAS, Tiago Canção. SHAM LITIGATION: DO ABUSO DO DIREITO DE PETIÇÃO COM EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS. Dissertação de Mestrado em Direito: USP, 2013.

<sup>72</sup> UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T-111/96, ITT *Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA*, julgado em 17.7.1998. Disponível em: [http://eurex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111](http://eurex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111). Último acesso em 23.3.2019. . Referida fonte foi retirada da obra: VINHAS, Tiago Canção.

decisão da Comissão Europeia proposto pela ITT Promedia NV, na qual referida Comissão rejeitou denúncia de que a Belgacom teria proposto ações no âmbito judicial em desfavor da Promedia com intuito vexatório, além de requerer que a empresa abandonasse segredos industriais em razão de compromissos contratuais vinculantes, constituindo assim violação ao art. 86 do Tratado da Comissão Europeia.

O mercado objeto sob análise do processo dizia respeito à edição de listas telefônicas. A Belgacom era uma S.A. de direito público sendo o Estado da Bélgica o acionista majoritário. Por meio de contratos sucessivos desde o ano de 1969, a *Belgacom* concedia direito exclusivo para publicação de listas telefônicas na Bélgica. Quando esta empresa se tornou S.A. no ano de 1994, aboliu-se a exclusividade da edição de listas e, ao mesmo tempo, não se renovou o contrato de exclusividade com a *Promedia*. Irresignada com a abolição de exclusividade, a *Promedia* anunciou que manteria a publicação das listas telefônicas e, em ato reativo, a empresa *Belgacom* comunicou à imprensa que “qualquer atividade de angariação ou venda por parte da recorrente, relativamente à edição de 1995 das suas listas telefônicas, era efetuada sem autorização da *Belgacom* e fora de qualquer relação contratual”.<sup>73</sup>

Logo, em julho de 1994, a Promedia propôs ação em desfavor da Belgacom para que esta cessasse o comportamento da propagação de informações enganosas, falsas e ‘indelicadas’ que a mencionasse, requerendo que o Tribunal de Comércio de Bruxelas declarasse que a Belgacom teria violado o art. 86 do Tratado da Comissão Europeia e as leis belgas de concorrência. Em sede de reconvenção a Belgacom pleiteou declaração por parte da Promedia de que esta não estava autorizada para anunciar venda de espaços publicitários nas listas telefônicas.

O Tribunal de Comércio de Bruxelas julgou os pedidos procedentes da Promedia e improcedentes os pedidos de reconvenção da Belgacom. Pois bem. Nova ação foi proposta pela Promedia (vencedora da demanda originária) em desfavor da Belgacom quando esta recusou-se a fornecer os dados dos assinantes das listas telefônicas, e isto

---

SHAM LITIGATION: DO ABUSO DO DIREITO DE PETIÇÃO COM EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS. Dissertação de Mestrado em Direito: USP, 2013.

<sup>73</sup> UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T-111/96, ITT *Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA*, julgado em 17.7.1998 Disponível em [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111) Página 2945. Último acesso em 23.3.2019.

consistiria prática de comércio desleal, contrária às leis belgas referentes às práticas comerciais e à concorrência, além do art. 86 do Tratado. Pleitearam também que os dados fossem entregues em condições não discriminatórias, razoáveis e equitativas.

Mais uma reconvenção foi apresentada pela Belgacom objetivando que o pleito da Promedia fosse declarado prática contrária ao art. 86 do Tratado e à legislação belga. Neste caso houve perícia e fixou-se preço não discriminatório, razoável e preço equitativo para os assinantes; assim o Presidente do Tribunal de Comércio de Bruxelas julgou procedente o pleito da Promedia e determinou a aplicação dos preços auferidos pelo perito judicial. Na mesma assentada, julgou-se improcedente a nova reconvenção apresentada pela Belgacom e o pedido de indenização feito pela Promedia (o pleito teve como argumentação que o pedido da reconvenção era vexatório e temerário, além de ser um abuso do direito de propositura de ações).

A solução encontrada pela Belgacom foi a constituição de uma nova empresa, a qual não atuaria mais de forma exclusiva no mercado objeto das ações anteriores (edição de listas telefônicas da Bélgica), notificando em seguida a Promedia para que esta cumprisse o disposto no contrato datado de 1984 no qual havia uma cláusula que determina a transferência, ultrapassados dez anos, de forma não onerosa a relação de arquivos de todos os assinantes, bem como as informações necessárias para publicação e distribuição da lista telefônica, know-how, patentes e licenças necessários para a continuidade do negócio.

Referida notificação foi objeto da terceira ação judicial entre as partes. Promedia requereu os dados necessários para distribuição e publicação das listas telefônicas. O Tribunal de Comércio de Bruxelas extinguiu a ação por ausência de requisitos formais. Após, a Belgacom propôs ação requerendo condenação da Promedia por danos pelo descumprimento contratual de 1984. Em sede de reconvenção a Promedia alegou que os pleitos apresentados pela parte contrária seriam vexatórios e temerários.

Os pedidos da ação principal e reconvenção foram julgados improcedentes pelo Tribunal de Comércio de Bruxelas, sob o argumento de que a cláusula prevista de exclusividade violava o art. 85, n.º 1 do Tratado da Comunidade Europeia, tornando assim o contrato nulo (nos termos do n.º 2 do referido artigo). Além disso, entendeu pela não existência de má-fé ao não ser analisado corretamente o contrato.

Mas este não foi o fim. A Promedia então denunciou a Belgacom à Comissão Europeia por diversas práticas que violariam o art. 86 do Tratado CE, quais sejam:

- (i) Comunicação falsa, difamatória e enganosa a clientes – atuais ou potenciais.
- (ii) Recusa de fornecimento dos dados dos assinantes necessários à elaboração de listas telefônicas (em condições não discriminatórias, razoáveis e equitativas);
- (iii) Imposição de preços discriminatórios e/ou excessivos para a venda de dados dos assinantes;
- (iv) Propositura de ações com objetivos vexatórios;
- (v) Entrega do Know-how comercial e industrial que vinculasse ambas as partes.

O ponto referente à imposição de preços excessivos para a venda de dados foi intermediado pela Comissão Europeia, obtendo um acordo entre as partes. Os pleitos referentes à recusa de fornecimento de dados dos assinantes e da comunicação de informações falsas foram rejeitados em definitivo pela Comissão Europeia no final de 1995.<sup>74</sup> Os pleitos de transferência de know-how e processos com intuito vexatório também restaram indeferidos, *in verbis*:

“O facto de se intentar uma acção judicial, expressão do direito fundamental de acesso à justiça, não pode ser qualificado de abuso, salvo se uma empresa em posição dominante intenta acções judiciais que i) não podem ser razoavelmente consideradas como destinadas a invocar os seus direitos, e possam apenas servir para perseguir a parte contrária, e ii) são concebidas no âmbito de um plano que tem por objectivo eliminar a concorrência”.<sup>75</sup>

Outra consideração importante a ser destacada neste julgamento foi de que a Comissão Europeia – no tocante à propositura de ações com intuito vexatório – entendeu descabida tal argumentação, visto que a Belgacom já poderia ter proposto ações antes mesmo das reconvenções. Analisando as ações e reconvenções apresentadas, a Comissão concluiu que razoavelmente as três ações propostas almejavam apenas ‘fazer valer os seus direitos’, não podendo, assim, constituir abuso de direito. Como já era de esperar, a

---

<sup>74</sup> Cf., VINHAS, Tiago Canção. SHAM LITIGATION: DO ABUSO DO DIREITO DE PETIÇÃO COM EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS. Dissertação de Mestrado em Direito: USP, 2013, pgs. 56 e 57

<sup>75</sup> Idem.

Promedia recorreu da decisão da Comissão Europeia ao Tribunal de Primeira Instância, requerendo a anulação da decisão e a condenação da referida Comissão nas despesas ocorridas.

O Tribunal de Primeira instância, ao analisar os pleitos acima apresentados, destacou que o ponto focal da análise deveria se dar se o fato de uma empresa ocupante de posição dominante em um mesmo mercado e esta utilizar-se de uma ação judicial poderia configurar o abuso estipulado no art. 86 do Tratado da Comunidade Europeia. Isso porque o acesso à justiça é um direito fundamental e também um principio geral e, apenas em circunstâncias excepcionalíssimas poderia se aplicar o art. 86 do Tratado, desde que os critérios objetivamente definidos deveriam estar presentes de forma cumulativa.<sup>76</sup>

Assim, ao fazer a devida análise do caso, o Tribunal de Primeira Instância decidiu que a empresa *Belgacom* não cometeu infração à concorrência passível de punição; e apesar da absolvição, trata-se de um *leading case* sobre o tema, momento em que pela primeira vez a Comunidade Europeia se debruçou sobre sham litigation.

Por fim, como observam Salgado e Zucoloto (2011), as abordagens norte americana e europeia consignadas na doutrina Noerr-Pennington e no caso ITT Promedia são convergentes. Ao citar Rickardsson, *in verbis*:

“Sob Noerr-Pennington e ITT Promedia, os testes propostos são muito semelhantes. No âmbito de Noerr-Pennington, a primeira questão a ser respondida é a de saber se, objetivamente falando, a empresa que deu início à ação judicial poderia razoavelmente acreditar que tinha direitos a serem protegidos, o que é mais ou menos o mesmo que o teste proposto pela Comissão ITT Promedia. Aqui, apenas fatores objetivos são levados em consideração, e é o que a firma que iniciou o processo razoavelmente poderia acreditar no momento em que o processo foi iniciado, o que é relevante, eventos posteriores não tendo nenhuma influência sobre esse achado. Segundo, ambos os testes propõem que, se alguém achar que não há mérito no caso, o tribunal terá que decidir se o processo foi concebido em um plano cujo objetivo era eliminar a concorrência, sendo a última investigação uma investigação da intenção subjetiva da empresa dominante.”<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Cf., VINHAS, Tiago Canção. SHAM LITIGATION: DO ABUSO DO DIREITO DE PETIÇÃO COM EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS. Dissertação de Mestrado em Direito: USP, 2013, pgs. 56 e 57

<sup>77</sup> RENZETTI, Bruno Polonio. “Tratamento do sham litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à luz da Jurisprudência do CADE. Disponível em: [revista.cade.gov.br > revistadedefesadaconcorrencia > article > download](http://revista.cade.gov.br/revistadedefesadaconcorrencia/article/download)

Último acesso em 4.11.2019

O segundo caso analisado pela Comunidade Europeia sobre o assunto (e o mais representativo) é o **AstraZeneca**,<sup>78</sup> o qual passo a descrever. O processo teve início em maio de 1999 quando duas empresas – Scandinavian Pharmaceuticals Generics AB e Generics (UK) Limited fizeram uma denúncia contra a empresa farmacêutica sueca Astra AB, na qual se alegou abuso de posição dominante no mercado de remédios com o ativo principal omeprazol, conhecido popularmente e comercializado no mercado europeu de Losec. O argumento central das empresas que fizeram a denúncia é de que a empresa AZ impedia a comercialização de versões equivalentes terapêuticamente falando do omeprazol para os seguintes países: Holanda, Noruega, Suécia, Reino Unido, Alemanha e Bélgica, afrontando assim o art. 82 do Tratado CE, bem como o art. 54 do Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu<sup>79</sup>, o qual assim prevê, *in verbis*:

“Artigo 54º. É incompatível com o funcionamento do presente Acordo e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre as Partes Contratantes, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no território abrangido pelo presente Acordo ou numa parte substancial do mesmo.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”

A estratégia caracterizadora do sustentado abuso de posição dominante dizia respeito à prática da empresa AZ em prolongar a patente da substância omeprazol no remédio Losec, justificando tal prática também na mudança de apresentação do remédio, qual seja, a substituição da cápsula por tablete.

---

<sup>78</sup> UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia, Processo COMP/A. 37.507/F3, *AstraZeneca*, julgado em 15.6.2005. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX32006D0857:EN:NOT> . Último acesso em 29.3.2019.

<sup>79</sup> COMUNIDADE EUROPEIA, Acordo sobre o Espaço Económico Europeu. Acesso em 29.3.2019, disponível em [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21994A0103\(01\):PT:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21994A0103(01):PT:HTML)

Com referidas práticas, segundo as denunciadas, criava-se barreiras à entrada, não só impedindo o acesso, mas também adiando possíveis concorrentes a atuarem em referido setor. Aqui vale destacar o sistema de patentes no âmbito europeu. Há a concessão tanto pelo escritório de patente nacional quanto pelo escritório de patente europeu sediado em Munique (surgido em 1976 por meio de um Tratado firmado entre todos os países integrantes do Espaço Econômico Europeu). Pois bem. No sistema de patentes mencionado as patentes tem que ser concedidas por ambos os escritórios, desde que preenchidas algumas condições, tais como atividade inventiva, aplicabilidade industrial e novidade.

E concedida a patente europeia, esta resulta em uma totalidade de patentes nacionais, destinadas para cada um dos países devidamente indicados pela empresa interessada. Se ocorrerem violações, estas serão solucionadas pelos Tribunais de cada país, nos termos das legislações aplicáveis.

Já no âmbito dos produtos farmacêuticos, há procedimento diferenciado, no qual verifica-se a qualidade, segurança e eficácia dos produtos (Comissão Europeia e autoridades médicas nacionais); os pareceres que atestam tais condições mencionadas são elaborados pela *European Medicines Evaluation Agency*.

A AZ detinha a patente do princípio ativo omeprazol em nove países até abril de 1999, quais sejam: Alemanha, Bélgica, França, Itália, Holanda, Luxemburgo, Reino Unido, Suécia e Suíça. No mesmo período a AZ obteve a patente nos escritórios nacionais da Áustria, Dinamarca, Finlândia, Irlanda e Noruega; a AZ conseguiu também patente para formulação do Losec (com prazo até abril de 2007) em cápsulas quando referido remédio era ofertado para administração oral.

A partir da década de 1990, a AZ propôs ações contra produtores de substâncias similares (rabeprazol, pantoprazol e lansoprazol), obtendo acordos em diversos países. Ao final de 1999, a empresa AZ requereu autorização de comercialização da segunda geração do medicamento, denominado Nexium (princípio ativo do esomeprazol), nos Estados Unidos da América e Europa.

Onde estaria então a prática de abuso da posição dominante? A racionalidade deve-se ao fato de que os produtos genéricos são mais baratos, em média, de 20 a 50%, sendo usual a aceitação do uso e ministração pela classe médica europeia. A outra prática imputada à AZ era impedir o acesso, em certos países, de importações paralelas de



medicamentos, os quais eram mais baratos que originais. Destaca-se que a importação paralela representada uma fonte importante de fornecimento justamente antes de uma patente de um determinado remédio expirar, visto permitir a entrada de produtores de genéricos baratos, forçando a redução dos preços dos remédios originais.

Segundo as denunciantes, visando evitar justamente a entrada paralela de genéricos mais baratos, nos anos de 1993 e 1994 a AZ submeteu pleitos de certificados de proteção suplementar perante diversos escritórios de patentes nacionais, cujo objeto é o elastecimento do período de proteção da patente (cuja duração é idêntica ao período entre o registro do pedido de patente e a primeira autorização para a comercialização, não podendo ultrapassar cinco anos).

Entendeu a Comissão Europeia que a empresa AZ apresentou informações com bases enganosas para obtenção do prazo suplementar. Isso porque a concessão do prazo suplementar atrasa efetivamente a entrada de genéricos (pois o fabricante de genéricos – antes de a patente expirar, precisa de autorização do fabricante detentor da patente).

A conduta da AZ, como dito alhures, consistiu no requerimento de cancelamento do registro de autorização para a comercialização do Losec em cápsulas junto com o lançamento do Losec em tabletes, impedindo ou atrasando a comercialização paralela de cápsulas de Losec ou impedir a entrada dos genéricos do princípio ativo omeprazol. Por consequência, concorrentes efetivos ou potenciais não puderam ingressar nos mercados da Alemanha, Noruega e Finlândia, países em que a estratégia da AZ foi de apresentar informações falsas para a obtenção do elastecimento de prazo. No tocante à substituição das cápsulas de omeprazol por tabletes, a Comissão Europeia considerou que tal estratégia obteve êxito ao eliminar a comercialização em paralelo na Dinamarca, mas também em outros países.

Tais práticas, segundo a Comissão Europeia, violaram o art. 82 do Tratado CE, o qual proíbe a utilização de posição dominante em um determinado mercado para prejudicar concorrentes, independentemente de culpa. Considerou também que o uso de procedimentos regulatórios e públicos (incluindo processos judiciais e/ou administrativos) podem constituir abuso.

Resumidamente, a empresa AZ abusou de sua posição dominante por meio de duas práticas: (i) representações enganosas perante os escritórios nacionais com o

intuito de obter elasticidade dos prazos para o omeprazol; (ii) prejudicar o mercado paralelo por meio da mudança da venda do remédio Losex de cápsulas para tabletes, impedindo assim o acesso de novos entrantes. Restou a empresa AZ condenada ao pagamento de uma multa no valor histórico de sessenta milhões de euros.

Como se pode observar ao longo da descrição do caso, não houve nenhuma menção ao termo *sham litigation* ou menção aos precedentes norte-americanos, mas mesmo assim percebe-se clara caracterização e aplicação do instituto sob estudo.

Na verdade, esse julgado complementa o entendimento americano, quando destaca que o ilícito antitruste não se restringe somente à atuação de uma empresa no mercado, mas também sua atuação em procedimentos públicos.

## 2.7 Conclusões parciais

Apenas para facilitar a leitura do leitor, permito-me aqui fazer uma breve síntese de conclusões alcançadas através da análise pormenorizada dos casos norte-americanos e europeus sobre o instituto de *sham litigation*.

Trata-se de posições bem diversas entre si para a configuração e aplicação da *sham litigation*, especialmente no âmbito americano. Há sim em alguns julgados critérios mais objetivos e adequados para o estudo, mas apenas quando na consideração da análise estiver presentes os pressupostos do Teste PRE, quais sejam: (a) ausência objetiva de fundamentos na ação judicial proposta, de modo que o homem-médio (litigante razoável) possa almejar sucesso no mérito e; (b) alcançado esse pressuposto, passa-se à análise subjetiva do feito, com o intuito de se concluir ou não pela tentativa de camuflar uma interferência que cause prejuízo aos demais concorrentes.

Talvez uma das maiores dificuldades quanto a esses requisitos seja tornar objetiva uma análise que perpassa o viés subjetivo, que a ideia de “litigante razoável” seja substituído por fatos objetivos e leis. E se não houver o ‘bad guy’? Isso, por si só, em tese, fragilizaria completamente a aplicação da *sham litigation*?

Apenas a título de conhecimento, importante mencionar que somente o Peru possui uma legislação clara em que conta expressamente o abuso do direito de petição como exemplo de infração à ordem econômica. É o que consta do art. 10.2, alínea f, do Decreto Legislativo n. 1034/2008.

Em suma, para a jurisprudência americana, eis os quesitos para a configuração da sham litigation:

- (i) conexão causal entre a violação antitruste e a lesão do Requerente;
- (ii) natureza da lesão do Requerente;
- (iii) relação com a conduta anticompetitiva;
- (iv) natureza especulativa do pleito indenizatório.

As conclusões da Comissão Europeia – mesmo com uma quantidade menor de casos, essencialmente não divergiram do Teste PRE; isto porque no caso Belgacom determinou-se que, para figurar um abuso da posição dominante deve a ação judicial: (a) ser desarrazoada na invocação dos direitos pleiteados, prestando apenas para perseguir algum ou alguns concorrentes e; (b) ser concebida em um ambiente que provoque ou tente a eliminação da concorrência.

Quando se analisa o objeto da ação judicial, o termo `desarrazoada na invocação dos direitos pleiteados ou não poder ser razoavelmente considerada com fundamentos` parece nos permitir concluir em tratarmos tal como um requisito mais aberto do que a formulação da Suprema Corte norte-americana, a qual exige “ausência objetiva de fundamentos”.

Pode-se então concluir que a caracterização, reconhecimento e punição por *sham litigation* parece ser mais simples na União Europeia do que no âmbito americano, mesmo que gere maiores incertezas conceituais.

Esses pontos serão importantes para traçarmos paralelo com o desenvolvimento da sham litigation no Brasil, a importação do conceito e as devidas – ou não – medidas a serem adaptadas ou melhoradas no ambiente concorrencial brasileiro; afinal, “*antitrust laws protects competition not competitors*”.

### **3. SHAM LITIGATION NO AMBIENTE ANTITRUSTE BRASILEIRO.**

A legislação antitruste brasileira possui uma linha tênue entre o exercício legal do direito de petição e o seu correspondente abuso, notadamente no tocante à livre concorrência. Referida linha tênue foi e continua em análise ao longos dos julgamentos de casos de *sham litigation* no Cade. Desde já destaca-se que a relatividade dos direitos subjetivos é a premissa básica para a conceituação do abuso de direito.

### 3.1 Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77 (cartel de postos de Brasília/DF)<sup>80</sup>

O primeiro caso analisado envolveu o SINPETRO (Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal), o qual propôs diversas ações com o intuito de impedir a instalação de postos de serviço e revenda de combustível em supermercados da bandeira francesa Carrefour. À época, os Representados eram detentores de 56% do mercado relevante de revenda de produtos derivados de petróleo do Distrito Federal. O SINPETRO possuía à época 163 postos sindicalizados de um total de 172 postos de intento no Distrito Federal, perfazendo assim um grau de sindicalização de 94,76%.

As condutas analisadas referiram-se à edição de lei que proibisse a instauração de postos de gasolina em estacionamentos de supermercados e hipermercados de Brasília, através de ações coordenadas junto aos Poderes Legislativo e Executivo, ações estas que restaram exitosas. Segundo consta da fl. 1900, entendeu-se que:

*“Suficientes são as provas que corroboram a formação de cartel com o intuito de impedir a entrada daquela rede de hipermercados no segmento em que atuam, sendo que a ação concertada, que culminou com a edição da Lei nº 2.526/00, ocasionou danos não somente ao Carrefour, mas a outros potenciais concorrentes que ficaram impedidos de entrar no mercado.”*

Os temas das reuniões sindicais eram conhecidos com antecedência, e as decisões tomadas em Assembleia deviam ser seguidas por todos os associados, que tinham ciência das decisões via *fax* ou correio. Consta dos autos que os Representados firmaram acordo para impedir a entrada do Carrefour, conforme se segue:

*“O Senhor Carlos disse que temos de continuar trabalhando para impedir o deferimento do pedido do Carrefour” (fl.88; grifo nosso) “O Senhor Presidente comentou sobre a aprovação da construção do Posto da Rede ‘Carrefour’ tendo sido discutido consequências e soluções para o seu impedimento” - Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF (fl. 130), de 22/08/94. (Presente o representante da Rede Igrejinha; grifo nosso) “Em seguida, foi enfatizado sobre o caso Carrefour, tendo sido lido o ofício enviado a Sra. (...) da Secretaria de Viação e obras, ficando acertado entrar em contato com aquela Secretária” Ata de reunião da AGE do SINPETRO/DF (fl. 143), de*

<sup>80</sup> Processo Administrativo 08000.024581/1994-77. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM\\_qkxb3zgSQbO5UtamsvHk1UfpLF5mE9d1QqXzV4qy2IW6Xbl-K1w\\_pi3PJG2eeFY18h9GYQ\\_ku6Rx6igSmWlKn](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_qkxb3zgSQbO5UtamsvHk1UfpLF5mE9d1QqXzV4qy2IW6Xbl-K1w_pi3PJG2eeFY18h9GYQ_ku6Rx6igSmWlKn). Último acesso: 12.4.2019.

*10/10/94. Presente o representante da Rede Gasol. (grifo nosso) “O Senhor Presidente informou sobre a audiência prevista para às 16:30 horas do dia 08 de março de 1994, com o Secretário de Viação e Obras do DF, (...), na qual será enfocada a pretensão da Rede de Supermercados Carrefour, no sentido de obter transformação do uso de parte de seus pátios de estacionamento para construção de Postos de Gasolina.” Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF, de 07/03/94 (fl. 75). Presentes os representantes das Redes Igrejinha e Gasol. “ CARREFOUR - O Senhor Marcos falou com o Governador (...) que o Sindicato estava formando uma comissão e iria marcar uma Assembléia em seu Gabinete. O Governador esclareceu que não seria necessário e que iria tomar providências contra a pretensão daquela Rede de Supermercados” Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF, de 21/02/94 (fl. 68; grifo nosso). Presente o representante da Rede Gasol. “O Senhor Presidente (...) informou da possibilidade da presença do Deputado (...), à presente reunião, tendo sido adiada para o próximo dia 25 de julho vindouro.” Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF, de 20/07/94 (fl.119; grifo nosso). Presentes os representantes das Redes Igrejinha e Gasol.*

Destaca-se que os órgãos envolvidos com a questão do Distrito Federal já haviam prolatado pareceres favoráveis à instalação dos postos de gasolina em estacionamentos da empresa envolvida Carrefour – comprovando assim nenhuma irregularidade no pleito do varejista.

Em janeiro do ano de 2000 restou promulgada a Lei Distrital nº 2.526/2000, a qual proibiu a edificação de postos de combustíveis nos estacionamentos de supermercados, hipermercados, *shopping centers*, teatros, cinemas, bem como em proximidades de hospitais e escolas. Mas não foi só. Cinco meses após restou editada a Lei Complementar 294/2000, revogando a lei anterior, mas mantendo a proibição acima descrita.

O Conselheiro Relator Roberto Pfeiffer pontuou que os Representados apenas se preocupavam com a entrada de concorrente diferenciado no mercado em relação ao padrão existente, e não com a higidez do ordenamento jurídico distrital. Portanto, a pressão exercida perante os Poderes, que culminou na promulgação da Lei nº 2.526/00, que impedia a entrada de hipermercados neste mercado, foi considerada um ilícito concorrencial.

Entendeu assim o Conselheiro Relator que o Sindicato e as empresas envolvidas ao visarem a imposição de barreira à entrada no mercado através de condutas concertadas proporcionaram ato discriminatório que prejudicou a concorrência e afrontou a livre concorrência prevista na Constituição Federal, senão vejamos:

“A fim de alcançar esse objetivo (restringir a concorrência), atuaram junto a membros do Executivo e do Legislativo para que não fosse autorizado a entrada de concorrente (...) O que se pune aqui é a ação concertada dos representantes no sentido de impedir a entrada de novo concorrente, agindo de forma concertada e exercendo grande e contínua pressão para que não fosse autorizada a entrada do concorrente do ramo do setor supermercadista”.

Assim, o Plenário do CADE, por unanimidade, seguiu o voto do Conselheiro Relator, condenando a Rede Gasol, Igrejinha e o SINPETRO/DF ao pagamento de multa no valor equivalente a 5% de suas receitas brutas, excluídos os impostos, pela prática de limitação da concorrência ao impedir a entrada de novo competidor no mercado de revenda de combustíveis no Distrito Federal. Houve também a condenação de publicação da decisão do CADE em jornal de grande circulação.

Frisa-se que não houve menção ao termo *sham litigation*, mas restou claro em tal julgado o início de análise sobre o tema, fazendo menção à jurisprudência comparada (no caso, citou-se entendimento romeno ao tratar um caso semelhante).

Há críticos desse julgado.<sup>81</sup> Alguns consideram que o Cade negligenciou o direito constitucional dos administrados de se pleitear a medida que julgarem mais necessária e conveniente às autoridades por mais anticompetitiva que seja. Fato é: o direito de petição não foi levado em consideração para o Tribunal do Cade ao julgar o processo administrativo ora em referência.

Outra observação interessante a ser feita é que no presente caso poderia ter sido aplicado também o chamado Teste POSCO, visto a multiplicidade de condutas em série (“pattern litigation”). Isso porque verificou-se que a atuação com perfil padronizado foi iniciada com o intuito de prejudicar a concorrência, impondo barreiras a competidores existentes e possíveis, ao invés de ser uma estratégia de defesa de interesses próprios e legítimos.

O Caso SINPETRO, assim, pode ser considerado um dos primeiros casos em que se discutiu o abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais, por mais que não se tenha mencionado “*sham litigation*” ou outras expressões que remetessem à *sham litigation lato sensu*.

---

<sup>81</sup> Para maiores detalhes, vide: VINHAS, Tiago Canção. SHAM LITIGATION: DO ABUSO DO DIREITO DE PETIÇÃO COM EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS. Dissertação de Mestrado em Direito: USP, 2013.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
1994	3.3.2004	Não houve menção ao instituto <i>sham litigation</i>	Restrição a entrada de novos concorrentes (arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94)

O Caso SINPETRO fez análise do poder de mercado das empresas envolvidas no ilícito concorrencial assim, pode ser considerado um dos primeiros casos em que se discutiu o abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais, por mais que não se tenha mencionado “*sham litigation*” ou outras expressões que remetessem à *sham litigation lato sensu*.

Implicações das penalidades impostas: em acesso às informações públicas do processo administrativo, consta que não houve ainda o cumprimento das penalidades impostas. A decisão do CADE foi judicializada por todas as empresas envolvidas. Já em relação à matéria de fundo, qual seja, possibilidade ou não da instalação de postos de gasolina em supermercados, há Lei Complementar (n. 911) sancionada em 2016 que permite tal atividade, porém até o ano de 2019 não houve instalação de um posto sequer em supermercados e/ou shoppings no Distrito Federal.

### 3.2- *Processo Administrativo n. 08012.005610/2000-81 (Viação Oliveira Torres)*<sup>82</sup>

O próximo caso a ser analisado é o do Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça quando da relatoria do Processo Administrativo n. 08012.005610/2000-81 no qual tiveram como interessados a Viação Oliveira Torres de um lado e prefeituras

<sup>82</sup> Íntegra do voto disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYi\\_cbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPVi3b8OcvXSWvLa6fiVmbXfz20-hwJ5qNleneHQEhUtNruH7Xa2ChrZrjFnpNMY14jYh2MnWtkVLCqdPgFKBYZ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYi_cbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPVi3b8OcvXSWvLa6fiVmbXfz20-hwJ5qNleneHQEhUtNruH7Xa2ChrZrjFnpNMY14jYh2MnWtkVLCqdPgFKBYZ). Último acesso em 2/5/2019.

municipais do interior de Minas Gerais de outro. A alegação da Representante (Viação Oliveira Torres) era de que a Representada, única concessionária do transporte urbano de passageiros no município de Governador Valadares—MG, utilizava de sua força política e poderio econômico junto aos municípios como forma de impedir o crescimento das empresas de transporte que atuam na região.

O principal motivo da disputa entre as empresas era a discordância quanto ao direito legal para exploração de um trecho de 12 (doze) km dentro do Município de Governador Valadares que se sobreporia ao trecho explorado pela Representante que, à época, detinha a concessão de exploração do trecho entre os municípios mineiros de Governador Valadares e Alpercata.

Destaca-se que a instauração do processo administrativo foi resultado da solicitação do Conselho do Cade quando do julgamento da Averiguação Preliminar-AP nº 08012.005610/2000-81. No voto do então Relator Conselheiro Luiz Fernando Schuartz destacou-se que, *in verbis*:

“(...) De fato há indícios nos autos de que a representada teria exercido influência pelo menos junto a órgãos do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais e da Prefeitura Municipal de Governador Valadares, no sentido de restringir a concorrência na prestação de serviços de transporte coletivo por meio de ônibus entre as o cidades de Alpercata e Governador Valadares. [..]

Em seu voto-vista, o Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo concluiu pela existência de indícios de infração à ordem econômica por parte da Valadarense, seja por abusar do direito de petição, seja pela possível ingerência indevida junto ao poder público, tudo com o suposto objetivo de criar obstáculos à concorrência. Na mesma sessão de julgamento, o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva apresentou manifestação contrária ao entender pela impossibilidade de punição do agente econômico que se utilizou de mecanismos legais, constitucionais e democráticos junto aos órgãos constituídos.<sup>83</sup>

Assim, restou instaurado o Processo Administrativo em 7.11.2007, o qual teve como Relator o Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça que assim decidiu, *in verbis*:

---

<sup>83</sup> “Não é possível ao CADE interferir em matérias que dizem respeito ao exercício regular de um direito por parte do agente econômico. É preciso não confundir o pleito do administrado perante determinado órgão ou repartição com a eventual demora que tais órgãos têm em responder a estas demandas”(fls. 468 dos autos).



“Do exposto, concluo, a representação em questão, resultou de conflito interesses entre dois concessionários de serviço público de transporte, que buscaram a maximização de seus lucros e a manutenção do equilíbrio econômico financeiro na relação contratual de concessão de serviço público. Tal conflito refere-se a divergências no traçado das linhas de transporte de passageiros tanto da Representante quanto da Representada. Trata-se, portanto, de conflito regulatório que deve ser solucionado perante os órgãos públicos competentes. Neste sentido, concordo com entendimento manifestado pela SDE de que, na representação sob análise, não se vislumbra qualquer prática que possa ser investigada no âmbito das competências do Sistema Brasileiro de Defesas da Concorrência - SBDC.

(...) Da análise acima exposta, deduzo que as ações da Representada não tinham por objetivo provocar os efeitos anticompetitivos descritos no art. 20 da Lei 8884/94, mesmo porque, foram praticados no exercício regular do direito constitucional de petição e de ação, tendo sido, inclusive, acolhidos pelo poder público. Concluo, assim, que tais atos, não têm como objetivo restringir a livre iniciativa ou a livre concorrência” (fls.1090 dos autos)

Para o Conselheiro Relator aplicar-se-ia ao caso a *State Action Doctrine*, uma vez que houve a substituição da competição por uma regulação nos serviços em análise, além de uma supervisão ativa das obrigações pela agência competente.

Em sede conclusiva, o Tribunal do Cade entendeu que restou claro que os órgãos reguladores dos serviços envolvidos na operação tomaram todas as providências legais no sentido de estabelecer itinerários que permitissem maior qualidade na prestação do transporte público municipal e intermunicipal de forma a satisfazer as necessidades dos usuários do serviço, e possibilitar a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão. Afastou-se, assim, qualquer imputação de ilegalidade dos atos perpetrados pelas empresas denunciadas.

Há fortes críticas sobre essa decisão. A nota técnica da SDE opinou pelo arquivamento do processo, porém destacou a utilização do Teste PRE – o qual foi conclusivo no sentido de ausência de requisitos para a condenação, demonstrando assim forte importação do instituto americano. Já no âmbito do Tribunal, o foco dos Conselheiros à época foi no sentido dos efeitos na prática e não a análise da existência de

fundamentação das ações perpetradas pelas empresas envolvidas. Não seguiu o Cade em tal decisão o posicionamento doutrinário e internacional que envolviam o tema.<sup>84</sup>

Destaca-se a utilização dos termos lealdade e boa-fé inseridos no julgamento. Referidos termos foram retirados do art. 17, III, do CPC e art. 4 da Lei 9784/99; mas há também o dever das partes em proceder com lealdade e boa-fé<sup>85</sup>, expor a verdade, não criar embaraços ao andamento do processo, entre outros. Referido texto diz respeito ao art. 14 do Novo Código de Processo Civil – não vigente à época da prolação do resultado do julgamento.<sup>86</sup>

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
7.11.2007	27.7.2011	SDE utilizou o teste PRE. Tribunal não fez alusão a nenhum teste.	- Abuso do direito de petição - Instituto análogo: - art. 17, III, do CPC; Art. 4. da Lei 9784/99 (lealdade, urbanidade, boa-fé e não agir de forma temerária)

<sup>84</sup> TEREPINS, Sandra. Sham Litigation- uma exceção à doutrina Noerr-Pennington e a experiência recente vivida pelo CADE. Revista do IBRAC, São Paulo: IBRAC, v. 15, n.º 1, p200, p. 91.

<sup>85</sup> O Novo Código de Processo Civil estabelece em seu art. 5º cláusula geral, o qual positiva o princípio da boa-fé objetiva e impõe necessário comportamento aos participantes do processo, senão vejamos: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

<sup>86</sup> “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”

### 3.3. *Averiguação Preliminar nº 08012.001397/2008- 95 (mercado de gás natural)*<sup>87</sup>

Trata-se de uma representação apresentada pelo Grupo Gemini em relação a supostas condutas anticompetitivas perpetradas pela Companhia Paulista de Gás S/A. Esta última Companhia teria criado obstáculos à criação, constituição, desenvolvimento e funcionamento do Grupo Gemini.

Os atos praticados diziam respeito à limitação de acesso ao mercado através de campanha de desinformação junto ao Setor de Distribuição de Gás natural, imprensa, CADE, autoridades regulatórias, ambientais e Poder Judiciário. Para tanto, estaria a COMGAS utilizando de forma ilegal a máquina estatal por meio da propositura de lides temerárias, além de provocar tumulto processual com a entrega de informações falsas ou manipuladas às citadas autoridades.

Em nota, a SDE entendeu pela possibilidade da aplicação do instituto sham litigation no âmbito brasileiro, especialmente por existir no ordenamento jurídico interno alguns institutos semelhantes, tais como o inciso III do art. 17 do antigo Código de Processo Civil, qual seja, ‘usar do processo para conseguir objetivo ilegal’. Houve citação do art. 4 da Lei n. 9784/99 o qual estabelece princípios e deveres dos administrados quanto à lealdade, urbanidade e boa-fé, além de não agir de forma temerosa.

Em sede conclusiva, a SDE pontuou que para a caracterização da sham litigation haveria necessidade de se comprovar: (a) ausência de fundamentos na ação proposta e (b) utilização da ação como artifício para atacar a concorrência. Recorre-se assim ao Teste PRE originado do direito norte-americano. Após análise detalhadas dos fatos e provas acostados aos autos, concluiu a SDE pelo arquivamento da averiguação preliminar sob o fundamento da COMGAS de que sempre foi a proteção da coletividade e defesa do meio ambiente e que mesmo se houvesse algum interesse particular, não teria restado configurado o *sham litigation*.

O Tribunal, à unanimidade, sob a relatoria da Conselheira Ana Frazão concluiu que para a configuração de sham litigation deve-se comprovar não só que o agente não almejava um fim processual legítimo em sua atuação perante os órgãos públicos envolvidos, mas que também visava prejuízo concorrencial. No caso concreto

---

<sup>87</sup> Averiguação Preliminar n. 08012.001397/2008-95, Relatora Ana Frazão. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br) Último acesso em 14/10/2019

entendeu-se que não houve comprovação de um ‘fim jurídico espúrio’ ou evidências relativas ao ambiente concorrencial.

E mais. Segundo a Relatora, a conduta fundamentou-se basicamente na prejudicialidade da decisão sobre o conflito de competências entre o Estado de São Paulo e a União em relação à autorização do funcionamento do Consórcio Gemini, que repercutia diretamente sobre os direitos da COMGAS; também o STF reconheceu a verossimilhança da tese da então Representada em liminar concedida pela Ministra Carmen Lúcia (Reclamação n. 4120)

Neste julgado o CADE em momento algum mencionou a necessidade de ser a demanda completamente sem fundamento para a caracterização da prática, mesmo nos julgados anteriores já mencionados ter insistido nos critérios estabelecidos pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
2009	26.9.2012	Teste PRE	Art. 17 III do CPC; Art. 4. da Lei 9784/99 (lealdade, urbanidade, boa-fé e não agir de forma temerária)

### 3.4 Averiguação Preliminar nº 08012.013624/2007-44 (Pro-Genéricos x Sanofi-Aventis)<sup>88</sup>

Trata-se de Averiguação Preliminar instaurada após representação protocolada pela Pró-Genéricos na qual denunciava a Sanofi-Aventis Farmacêutica Ltda de exercer abusivamente o direito de petição com intuito de garantir exclusividade na

<sup>88</sup> Averiguação Preliminar nº 08012.013624/2007-44, Pro-Genéricos x Sanofi-Aventis, Relator Alessandro Octaviani. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br) Último acesso em 14.10.2019

comercialização de clopidogrel hidrogenossulfato. O abuso dar-se-ia em razão de suposta patente indeferida pelo INPI.

A SDE, em sua nota técnica, apresentou detalhadamente todos os precedentes sobre sham litigation da Suprema Corte norte-americana, além de casos julgados pelo Cade. Entendeu no caso que “a defesa de uma tese jurídica divergente genuína, por parte da representada, não representa um litígio simulado (sham litigation), ainda que possa representar algum efeito monopolístico, desde que a mesma não tenha mentido, principalmente no que diz respeito a questões fáticas, e não tenha se utilizado de artifícios outros capazes de confundir o Poder Judiciário.”.

Ao final, concluiu a SDE pela ausência de evidências prejudiciais ao mercado, sobretudo pela perda de *market share* para outros medicamentos. Esse também foi o entendimento do Conselheiro Relator Alessandro Octaviani, seguido pela unanimidade dos demais Conselheiros.

Algumas ponderações são necessárias no tocante ao instituto da má-fé<sup>89</sup> suscitado pela primeira vez em um julgamento relacionado ao sham litigation. A multa aplicada por litigância de má-fé – a princípio, tem natureza judicial enquanto que a multa aplicada pela autoridade concorrencial quando da prática de infração à ordem econômica possui natureza administrativa. O dano processual (má-fé) restringe-se eventuais danos causados em um processo. Já quando da análise pelo CADE, o dano atestado é causado à concorrência.

E mais. Não há necessidade de condenação anterior por litigância de má-fé para a configuração de sham litigation. Isso porque nem todo abuso do direito implica na prática de uma litigância de má-fé.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
2009	6.11.2012	Citação de todos os testes e evolução	Abuso do direito de petição;

<sup>89</sup> “As sanções podem ter natureza civil, penal e administrativa, e essas são independentes entre si, desde que possam ser conjugadas nas hipóteses de ofensa previstas em lei de diferentes espécies” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei no 9.784, de 29/1/1999)*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008, p. 85 e seguintes).

		jurisprudencial norte-americana	Má-fé
--	--	------------------------------------	-------

### 3.5 - *Averiguação Preliminar nº 08012.005335/2002-67 (Ediouro)*<sup>90</sup>

O Processo Administrativo teve origem na Representação protocolada em 5.8.2002 pela empresa Nova Atenas. Segundo a Representante, a Ediouro, então Representada, valendo-se de abuso do direito de petição, teria dificultado a constituição, o funcionamento e/ou desenvolvimento das empresas concorrentes na produção e comercialização de publicações no mercado de revistas de passatempos, no qual possuía posição dominante, além de se valer de práticas intimidatórias com o único intuito de dificultar o acesso da Representante aos meios de distribuição.

Notadamente, teria a Ediouro pressionado a Distribuidora Nacional de Publicações S.A. (“DINAP”) a romper contrato recém-firmado à época, com a Nova Atenas, para a distribuição de suas revistas de passatempo. Por fim, noticiou que a Representada teria firmado acordos com fins exclusionários com demais concorrentes do mercado.

De forma resumida, a Representada foi acusada de enviar notificações extrajudiciais aos concorrentes informando sobre possíveis violações de seus direitos marcários. Tais notificações continham informações um tanto quanto questionáveis, já que afirmavam o direito de comercialização exclusiva pela Representada Ediouro de palavras e expressões meramente descritivas e de uso comum.

Mas não é só. A Representada foi acusada de propor ações judiciais contra seus concorrentes em instituições públicas diversas e foros diferentes, visando a obtenção de direito exclusivo de comercialização de produtos com determinadas características.

<sup>90</sup> Íntegra do caso disponível no seguinte link: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?5LK2OPcLJR\\_ipmIldOEcWJwPucpbCJDecPgMLICe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajQdE-u7BpPG790NG0iiDnQ9B1cMBt5NFQzFcolwKLBN](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIldOEcWJwPucpbCJDecPgMLICe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajQdE-u7BpPG790NG0iiDnQ9B1cMBt5NFQzFcolwKLBN). Último acesso em 2.5.2019.

Os pareceres da Superintendência Geral e Procuradoria do Cade foram no sentido da condenação da Ediouro. Em abril do ano de 2016 a Representada protocolou requerimento de TCC (termo de cessação de conduta)<sup>91</sup>. Tratou-se do primeiro caso de TCC sobre o tema *sham litigation*.

O Conselheiro Relator Paulo Burnier, ao fazer uma análise do histórico do tema no Brasil, destacou que esta seria feita sob o prisma do abuso do direito de petição<sup>92</sup>, que por sua vez é definida como litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos.

Frisou ser o abuso de petição uma noção mais larga que o corolário Americano, mas que a expressão era usada como sinônimo. Assim prosseguiu, *in verbis*:

“Segundo a jurisprudência da casa, a caracterização do abuso do direito de petição deve levar em conta a plausibilidade das ações, a veracidade das informações prestadas (inexistência e omissões que possam levar o judiciário a erro) e a proporcionalidade dos meios utilizados. Além disso, o abuso do direito resta caracterizado pelo uso irregular dos direitos conferidos pelo ordenamento, com finalidade diversa daquela para a qual foi reconhecido em desrespeito ao seu fim econômico e social, à boa-fé e aos bons costumes, conforme art. 187 do Código Civil. Finalmente, convém ressaltar que a caracterização da conduta independe do resultado obtido junto ao Poder Judiciário.”<sup>93</sup>

Sucintamente, o TCC previu as seguintes cláusulas, *in verbis*:

“(…)  
Cláusula Terceira – Das Obrigações da Compromissária [SEF]  
3.1. Contribuição Pecuniária - A Compromissária se obriga a recolher ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos contribuição pecuniária no valor de R\$ 1.696.469,94 (um milhão, seiscentos e noventa e seis mil, quatrocentos e sessenta e nove reais e noventa e quatro centavos), em 8 (oito) prestações trimestrais, sendo a primeira a ser cumprida em 3 (três) meses a contar da data de assinatura do presente Termo de Compromisso, e as demais em 7 parcelas trimestrais, conforme cronograma de pagamento estabelecido no Anexo II.  
[SEF](…)

<sup>91</sup> Para maiores detalhes veja a íntegra dos autos do Requerimento de TCC n. 08700.003082/2016-34. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br). Último acesso em 14.10.2019

<sup>92</sup> “(...) Como a linha que separa o abuso do direito de petição de seu exercício legítimo é tênue, tanto a jurisprudência quanto a doutrina, nacional e estrangeira, se esforçaram para estabelecer critérios para aferir a caracterização da conduta”.

<sup>93</sup> Íntegra do voto disponível no seguinte link: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?5LK2OPcLJR\\_ipmIldOEcWJwPucpbCJDecPgMLICe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajQdE-u7BpPG790NG0iiDnQ9B1cMBt5NFQzFcolwKLBN](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIldOEcWJwPucpbCJDecPgMLICe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajQdE-u7BpPG790NG0iiDnQ9B1cMBt5NFQzFcolwKLBN). Último acesso em 2.5.2019.

3.2. Conduta Futura – A Compromissária, de forma irrevogável e irrevogável, se obriga a cessar a prática das condutas investigadas, nos termos das cláusulas seguintes.

3.2.1. Acordos de não-concorrência (i) Abster-se de celebrar, com quaisquer de seus concorrentes, acordos judiciais ou extrajudiciais para encerrar possíveis litígios sobre violação de direitos de propriedade intelectual da EDIOURO (industrial ou autoral) em que constem cláusulas de não-concorrência vedando de forma genérica a publicação de revistas de passatempo por parte de seus concorrentes, com ou sem pagamento de qualquer tipo de indenização, remuneração ou benefício, direto ou indireto.

3.2.2. Suposto abuso de direito de petição (i) Abster-se de buscar obstar ou questionar, mediante notificações extrajudiciais, processos administrativos, ações judiciais ou instrumentos similares, o pedido de registro, registro ou utilização, por concorrentes, das palavras e expressões previstas no Anexo I deste TCC.

3.2.3. Suposto fechamento de mercado de distribuição (i) Abster-se de interferir, sob qualquer forma, de fato ou direito, junto aos distribuidores e/ou revendedores das revistas publicadas por quaisquer de seus concorrentes, visando obstar a sua distribuição e comercialização, salvo quando em infração dos direitos de propriedade intelectual (industrial ou autoral) da EDIOURO não abrangidos pelo compromisso assumido na Cláusula 3.2.2. e Anexo I.

Neste caso já há a percepção de que a conceituação de *sham litigation* pelo CADE é bastante ampla, incluindo os Três Poderes (no caso sob análise, como dito, tratou-se de notificações extrajudiciais que, mesmo não vinculando os destinatários, pode sim ter impacto persuasivo com intuito de exclusão de concorrentes.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
25.11.2002	27.7.2016	Citação de toda a evolução jurisprudencial americana	Abuso do direito de petição; Art. 187 do Código Civil

Implicações das obrigações assumidas: em acesso às informações públicas do processo administrativo, houve cumprimento integral de todas as obrigações assumidas em sede do TCC. Com relação à cláusula 3.2 o entendimento do Cade foi no sentido de



que por se tratar de padrões comportamentais futuros, comissivos e omissivos, por não existir notícia de descumprimento, dar-se-ia por adimplida tal cláusula.

### *3.6- Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72 (Grupo Moura e ABINEE)* <sup>94</sup>

Em outro precedente, o Cade avaliou diretamente a questão do abuso de ação. Trata-se da Averiguação Preliminar 08012.006076/2003-72, no qual figuraram como partes o Grupo Moura e a Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica (ABINEE).

Tratou-se de denúncia conjunta oferecida junto à Agência Nacional de Telecomunicações ("ANATEL") calcada no questionamento sobre a certificação das baterias estacionárias ventiladas comercializadas pelo Grupo Moura (detentor de 6% do *market share* analisado), as quais, estando supostamente em desacordo com as normas técnicas da ANATEL, permitiam sua venda a preços manifestamente mais baixos do que aqueles praticados por outras empresas.

Opunha-se, por um lado, o direito a formação de litisconsórcio voluntário por empresas concorrentes a fim de promover a apuração pelo órgão regulatório de possível prática ilegal exercida por terceiros e, por outro, do risco de essa ação coordenada ser movida com intuito de restringir a atuação de concorrente.

A SDE, Procuradoria do CADE e MPF emitiram pareceres sugerindo o arquivamento da averiguação, ante a ausência de indícios de infração à ordem econômica.

Pois bem. Para o Conselheiro Relator Luiz Carlos Delome Prado, seria necessário que indícios de atuação das empresas ultrapassassem os limites legais de uso da legítima liberdade de associação para atentar contra a ordem econômica, o que não teria ocorrido no caso analisado.

Depreendeu-se do ofício da ANATEL que a preocupação era legítima na medida em que trazia sérias preocupações sobre uma possível irregularidade na certificação dos acumuladores de energia, além de restar amparada pelo direito de petição, assegurado pelo art. 5. XXXIV, "a" da CF/88.

---

<sup>94</sup> Averiguação Preliminar n. 08012.006076/2003-72 [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYi\\_cbuRZEFhBtN3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMITpKnlwet\\_YKHY8ih1HbR1Qg9KWw8LekyWYykVZGBwBCC2GuOr8TyLEaLv7C9KI1z8rpPY-U8qZpCSvH-JJDA](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYi_cbuRZEFhBtN3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMITpKnlwet_YKHY8ih1HbR1Qg9KWw8LekyWYykVZGBwBCC2GuOr8TyLEaLv7C9KI1z8rpPY-U8qZpCSvH-JJDA). Último acesso em 12.4.2019

O então Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva pediu vista dos autos. Quando da prolação do voto, restou mencionada e analisada a Doutrina Noerr-Pennington em conflito ou não com o direito de petição da Associação no âmbito da Anatel, senão vejamos:

“Embora seja impossível, e mesmo indesejável, a transposição da doutrina *Noerr-Pennington* aos casos analisados por este Conselho, não se pode negar valor analítico à jurisprudência do tribunal constitucional estadunidense e às recomendações práticas da *Federal Trade Commission*. De fato, mais importantes que as respostas às situações concretas, nem sempre à primeira vista coerentes, são as perguntas formuladas. Há limites para o direito de petição? Em que circunstâncias pode a atividade de peticionar aos diferentes entes do Estado constituir infração à ordem econômica? Tais questões são relevantes não apenas para a análise da hipótese dos autos mas também para o exame do processo administrativo mandado instaurar por este Conselho, em vista de suposto "abuso de direito de petição”.<sup>95</sup>

Neste voto iniciou-se a necessidade de delimitações para a aplicação da doutrina norte-americana em contraponto com as peculiaridades do nosso País. Isso porque, para o Conselheiro, o caso não se tratava sobre discutir o direito de petição sob o ponto de vista de uma hermenêutica constitucional, o que fugiria totalmente à competência do CADE.

Em continuidade, pontuou o então Conselheiro que o direito de petição – assim como qualquer outro, não se exerce em abstrato, merecendo destaque procurar respostas para a seguinte pergunta: em quais circunstâncias o exercício abusivo do direito de petição pode ser considerado uma infração à ordem econômica? E aqui surge a ideia de que a *sham litigation* não depende somente de uma análise jurídica, mas também de uma análise da devida contextualização econômica, sendo a capacidade de a autoridade antitruste constatar um abuso de direito de petição é realmente limitada.

Desenhou-se, assim, objetivamente, os critérios a serem seguidos pelo Cade ao analisar eventual abuso do direito de petição, quais sejam: (i) plausibilidade do direito invocado; (ii) a veracidade das informações e, (iii) a adequação e razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso da postulação. Ponto também a ser ressaltado diz respeito à ligação da doutrina Noerr-Pennington com o direito de petição protegido pela

---

<sup>95</sup>[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMITpKnIwet\\_YKHY8ih1HbR1Qg9KWw8LekyWYykVZGBwBCC2Gu0r8TyLEaLv7C9KI1z8rpPY-U8qZpCSvH-JJDA](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMITpKnIwet_YKHY8ih1HbR1Qg9KWw8LekyWYykVZGBwBCC2Gu0r8TyLEaLv7C9KI1z8rpPY-U8qZpCSvH-JJDA) , pgs.321/322

Constituição Federal de 1988 com o intuito de traçar em quais circunstâncias seria possível autorizar a conclusão ao exercício abusivo do direito de petição.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
18.3.2004	10.9.2007		(i) plausibilidade do direito invocado; (ii) a veracidade das informações e, (iii) a adequação e razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso da postulação

### 3.7 – *Averiguação Preliminar nº 08012.001952/2008-89 (Dry Color x Colormatrix)*<sup>96</sup>

Trata-se de averiguação preliminar promovida pela (SDE), à vista de representação feita pela Dry Color Especialidades Químicas Ltda. contra a Colormatrix América do Sul Ltda. Em sua representação, a empresa Dry Color sustentou que teria desenvolvido tecnologia que permite a coloração das embalagens feitas de PET, com um excelente poder tintorial e ótima dispersão de cor (aprovada pelo Instituto de Tecnologia do Paraná). Destacou também ter desenvolvido sistema peristáltico de dosagem de pigmento líquido para termoplásticos (sendo depositado o pedido de patente no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI)).

O desenvolvimento de tais tecnologias tornou a *Dry Color* mais competitiva e com incremento em seu *market share*. Irresignada com tal destaque, a Colormatrix notificou extrajudicialmente a Dry Color para interromper a utilização de tais tecnologias,

<sup>96</sup> Íntegra da decisão disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN08xNuUsW0F6npXvS-nbPeQ5UtypEkRp8GO-y6XkanZiDRX3ciYTVzSTXLv\\_5dn47iJEkzVA\\_IFdBMLDZE\\_2tm](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN08xNuUsW0F6npXvS-nbPeQ5UtypEkRp8GO-y6XkanZiDRX3ciYTVzSTXLv_5dn47iJEkzVA_IFdBMLDZE_2tm). Último acesso em 2/5/2019.

sob a alegação de que elas teriam sido desenvolvidas pela Colormatrix e que teriam sido obtidas pela Dry Color em virtude de violação de segredo industrial.

Teria a Colormatrix, logo em seguida à notificação extrajudicial, divulgado aos clientes efetivos ou potenciais da Dry Color, que a tecnologia usada por esta empresa fora obtida por meio da violação de segredo industrial daquela sociedade empresária. Em decorrência, alguns dos clientes da Dry Color optaram por cancelar as encomendas prévias de pigmentos líquidos fabricados, além de suspender os testes que vinham fazendo nos pigmentos, em conjunto com o novo sistema peristáltico de dosagem.

Houve também a propositura de ações com o pedido preliminar de busca e apreensão com o objetivo de viabilizar a realização de exame que instruiria a petição inicial de ação penal privada (por meio da qual acusaria a prática de crime de concorrência desleal). O pleito restou indeferido. Impetrou-se então mandado de segurança, no qual o extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo liminarmente ordenou a busca e apreensão de amostra do pigmento fabricado pela Dry Color. No mérito, restou denegada a segurança e conseqüentemente cassada a liminar.

Propôs assim a Dry Color ação contra a Colormatrix, pleiteando indenização e abstenção da divulgação de informações falsas a respeito da Dry Color. Proposta reconvenção requerendo indenização ante a violação de segredo judicial. Os pedidos da Dry Color foram julgados procedentes e em sede da sentença de reconvenção entendeu o juízo a quo pela condenação em litigância de má-fé da reconvinte.

Mas não é só. Ainda na representação, Dry Color noticiou que a Colormatrix — aproveitando-se de sua posição dominante — cobrou preços elevados para os pigmentos líquidos para embalagens feitas de PET que foram homologados pelos clientes, a fim de subsidiar os preços reduzidos dos pigmentos líquidos que não foram homologados. Ou seja, os clientes que adquiriam pigmentos líquidos homologados pagavam preços muito maiores do que os clientes que adquiriam pigmentos líquidos não homologados.

Para a Dry Color, a Colormatrix praticou condutas que constituiriam infrações à ordem econômica, na medida em que tinham, como potenciais efeitos, aqueles previstos pelos incisos I a IV do artigo 20 da Lei no 8.884/1994.

SDE, Procuradoria do CADE e MPF apresentaram manifestações pelo arquivamento da averiguação preliminar.

Em sede de julgamento, entendeu o Conselheiro Relator Olavo Zago Chinaglia, seguido à unanimidade por seus pares, que as condutas investigadas não tinham nenhum indício de produção de efeitos deletérios à concorrência, *in verbis*:

“ (...) parece-me que as iniciativas da representada contra a representante, em âmbito Judicial, embora julgadas improcedentes, não podem ser entendidas como abusivas. De acordo com informações prestadas pela representada, em 2001, o gerente geral da Colormatrix, Sr. Larry Lough, foi descoberto tentando se apropriar indevidamente dos segredos industriais da Colormatrix. no sentido de visarem, unicamente, à exclusão da Dry Color do mercado, ou à criação de dificuldades ao seu funcionamento. Ademais, não há indícios de que tal prática pudesse provocar, ainda que potencialmente, efeitos anticompetitivos, visto que mesmo após o início da litigância entre as duas empresas (2001), não apenas a DryColor manteve o seu nível de atividade e conseguiu clientes importantes, a exemplo da Ambev, como também houve a entrada de pelo menos um novo concorrente, a Cromex. Tampouco houve notícia de exclusão de qualquer outra empresa do mercado, em decorrência das ações da Colormatrix. Em suma, não vislumbro na conduta acima descrita nenhum indício de produção de efeitos deletérios à concorrência. O mesmo pode ser dito com relação à eventual divulgação de informações falsas sobre a Dry Color, pela Colormatrix. Não há nenhuma evidência de que tal conduta tenha acarretado dano estrutural ao mercado relevante, seja qual for a sua definição. Há, nos autos, apenas a notícia de que, em decorrência de tal acusação, a empresa Plastipak Packaging do Brasil Ltda. cancelou a aquisição de pigmentos fornecidos pela representante, por um período de seis (06) meses. A própria representante, contudo, informa que as negociações com tal empresa foram retomadas após esse íterim (fl. 314). Logo, como bem pontuado pela ProCADE, embora seja possível que a Colormatrix tenha cometido um ato de concorrência desleal contra a representante, o que poderia ter lhe ocasionado algum prejuízo, esta conduta não tem o condão de prejudicar a concorrência no mercado relevante e, dessa forma, não pode ser considerada como infração à ordem econômica.”

Percebe-se neste caso a preocupação do Conselho ao distinguir *sham litigation* de pedidos julgados improcedentes pelo Judiciário o que, por si só, não pode ser considerado como algo abusivo e com intuito de prejudicar a concorrência. A princípio, pode-se argumentar que a decisão prolatada restringe o escopo de *sham litigation* na jurisprudência da autoridade concorrencial brasileira, mas as conclusões são claras ao tratar de uma essencial peculiaridade do caso, qual seja: além da alegação de que a Dry Color estaria produzindo produto idêntico, as investidas da Colormatrix tinham como fundamento a suspeita de furto de segredos industriais por parte de um ex-gerente;

ocorre que nos EUA houve a proibição da divulgação da tecnologia da fabricação de pigmentos que fora justamente o objeto da lide.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
14.3.2008	20.1.2010	PRE (ações sem fundamentos e com intuito anticompetitivo)	Abuso do direito de petição; Abuso do poder econômico.

### 3.8 – *Averiguação Preliminar nº 08012.005727/2006-50 (MPF x Alcoa)*<sup>97</sup>

Trata-se de averiguação preliminar instaurada a partir de ofício recebido pelo MPF/MG no qual encaminhou denúncia de que a empresa Alcoa, supostamente, estaria restringindo a concorrência na oferta de perfis de alumínio destinados a portas e janelas, por meio de pedidos fraudulentos de registros de desenho industrial e patentes de modelo de utilidade, junto ao INPI, seguidos de ações judiciais propostas contra os supostos violadores desses registros e patentes, além de distribuir um comunicado ao mercado, induzindo os consumidores e concorrentes a erro, ao sugerir que detinham a propriedade intelectual de perfis que não seriam realmente registrados. Além disso, afirmou-se que a Representada estaria se negando a vender seus produtos para os pequenos e médios revendedores de alumínio.

Entendeu o Conselheiro Relator César Costa Alves de Mattos como legítima a pretensão da Representada no tocante aos comunicados, pois estes guardariam relação com o desejo de resguardar direito marcário e garantia de procedência dos produtos que levam a marca da Alcoa.

<sup>97</sup> Íntegra da decisão disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYi\\_cbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yORZY4ELoTPLJOUUNsTEcwypz0QxbyUGJow5-ZcFzT\\_jkpUBzN\\_vQwDjADDbqtcD9DLpDsj7zVWTRBU4nSPSxmB](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYi_cbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yORZY4ELoTPLJOUUNsTEcwypz0QxbyUGJow5-ZcFzT_jkpUBzN_vQwDjADDbqtcD9DLpDsj7zVWTRBU4nSPSxmB). Último acesso em 2/5/2019

O Relator fez também uma análise dos produtos da Alcoa em que havia registro de desenho industrial, contemplando apenas 5,4% dos produtos. E assim decidiu, *in verbis*:

“(…) Ainda, sim, seria plausível que os direitos de propriedade industrial da Alcoa estivessem localizados justamente nos perfis de janelas e portas considerados como os "blockbusters" das vendas. Ou seja, os perfis protegidos seriam justamente os de maior participação. Se realmente não houvesse novidade nos perfis protegidos blockbusters da Alcoa, conforme argüido pela ASA, poderia ser o caso de enquadramento em sham litigation: a empresa estaria se aproveitando do fast track do INPI em casos de registro industrial para fugir ao exame de novidade e fechar o mercado aos produtos mais demandados. Como já visto, todos os perfis têm o pedido de análise de mérito avaliado, inclusive por novidade. Como a grande maioria é aprovada, caberia concluir que, se realmente os direitos se concentram nos blockbusters, constituiria pleno mérito da Alcoa a criação dos produtos mais bem sucedidos no mercado. Questionar a proteção desses produtos seria questionar a legítima busca da empresa por uma maior qualidade percebida pelos consumidores, o que constitui a essência do / próprio processo concorrencial. \ Se a Alcoa introduzisse um conjunto qualquer de perfis novos, com proteção de propriedade industrial, que acabam por se tornar os preferidos dos consumidores, gerando participações de mercado elevadas, temos o caso da conquista de posição dominante fundada na maior eficiência do agente econômico, o que é expressamente protegido no § 1º do art. 20 da Lei 8.884/94. Por todo o exposto, afasto a acusação de sham litigation, eis que os pedidos de registro de desenho industrial tiveram seu mérito submetido à instância administrativa competente, não caracterizando conduta oportunista em face de eventual brecha anticompetitiva nos procedimentos de concessão. ”

Seguido à unanimidade pelos demais Conselheiros, concluiu o Tribunal do Cade que houve análise de mérito dos registros impugnados e não caberia a autoridade antitruste se substituir ao órgão administrativo competente para a concessão de patentes de modelo de utilidade.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
14.12.2005	28.04.2010		Abuso de direito (art. 187 CC) c/c art.

			20, caput, II e art. 21 da Lei 8.884/94 Fim social e econômico. Enganosidade
--	--	--	--

### 3.9- Processo Administrativo n.º 08012.004484/2005-51 (Siemens e Seva)<sup>98</sup>

Trata-se de Processo Administrativo que envolveu as empresas Siemens e Seva na qual existiu a discussão sobre até que ponto poderia se condenar uma prática de abuso de direito de petição através da legislação antitruste.

Pode-se afirmar que foi o caso mais intenso de debates, embora ao final a empresa envolvida não tenha sido condenada pela prática de *sham litigation*, mas apenas por influência de conduta uniforme em razão de convite à cartelização. O processo administrativo foi aberto em maio de 2005 por meio de Representação proposta por Seva Engenharia Eletrônica S.A. Referida empresa acusou a Siemens VDO Automotive LTDA. de criar barreiras à entrada e manutenção de empresas concorrentes no mercado de tacógrafos.

A Siemens detinha aproximadamente 85% do mercado relevante brasileiro de tacógrafos eletrônicos e mecânicos. Com o intuito de abertura do mercado, a empresa Seva desenvolveu um novo tipo de tacógrafo e necessitava de certificação das autoridades competentes.

Assim, teria a Siemens criado obstáculos à homologação e consequente comercialização do novo tacógrafo com as seguintes medidas: (a) utilização de influência política com o intuito de obter a revogação das portarias do Denatran; (b) ações judiciais com pleitos liminares para a suspensão das Portarias do Denatran sob a fundamentação de conflito de competência entre InMetro e Contran; (c) indução aos concorrentes para a retirada do mercado dos produtos da Seva.

Ao analisar o tema de *sham litigation*, a SDE considerou passível sua aplicação e que poderia implicar em um reconhecimento de que, diante das diversas

<sup>98</sup> Íntegra dos votos disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYi\\_cbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOIAvJExNte9ilsQXyhixLkVvW12KYCfvUTmQJD\\_D3iajltwR63U4ng\\_ZL9AZRrCUrjqGMssrGwVlbbx\\_kUas5eP](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYi_cbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOIAvJExNte9ilsQXyhixLkVvW12KYCfvUTmQJD_D3iajltwR63U4ng_ZL9AZRrCUrjqGMssrGwVlbbx_kUas5eP). Último acesso em 3.5.2019.



motivações que um agente possui para abusar do seu direito de petição, seja perante o Judiciário ou Administração Pública, poderia sim causar prejuízo aos concorrentes. Para tanto, SDE utilizou o Teste PRE ao analisar se o fundamento da Siemens seria ou não desprovido de fundamento, emitindo nota no sentido de condenação da referida empresa pela prática de *sham litigation*.

A relatoria foi do Conselheiro Furlan, o qual não fez nenhuma menção ao termo *sham litigation* - provavelmente mantendo a linha por ele defendida da grande preocupação da importação de institutos<sup>99</sup> sem as devidas adaptações à realidade do País.

Entendeu o Relator que o Cade não poderia agir contrariamente às partes no ‘cotidiano e legítimo’ exercício do direito de ação. Deveria existir uma demonstração clara e robusta dos efeitos anticoncorrenciais através da análise do interesse promovida, as medidas empregadas para obtenção e o impacto sobre a concorrência. Ou seja, a ilicitude da prática deveria cumular um interesse questionável, efeitos negativos sobre o mercado com a utilização de medidas inapropriadas.

Destacou em seu voto que, *in verbis*:

*"O recurso ao Judiciário pode ser empregado como instrumento para a realização de infração contra a ordem econômica. Surge daí a necessidade de ação estatal voltada a evitar que o direito de acesso ao Judiciário seja empregado para a consecução de fim ilícito, capaz de prejudicar o mercado como um todo. Também surge daí a competência do CADE para a matéria*

*(...) Não se sustenta a tese da representada de que o Poder Judiciário seria a instância responsável por apontar e punir ações judiciais que visassem a restringir ilicitamente a concorrência. Este argumento se sustenta em bases que disfarçam a real natureza do ilícito e a adequada análise da sua ocorrência. O ponto fulcral para a caracterização da conduta ilícita em questão pode ser entendido como a promoção de fim anticompetitivo espúrio com base em ação desnecessária para a proteção de direito legítimo da parte. ". Ou seja, é sim possível que a utilização abusiva do Poder Judiciário se configure em uma infração antitruste."*

---

<sup>99</sup> Como disse Roberto Taufick em recente artigo para o portal de notícias jurídicas J, “*nossa lei, como demonstra a mais simples leitura do Sherman Act e do art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU), nada mais é que a incorporação, com alguns percalços, do que está previsto, literalmente, naqueles documentos legais.*”

Em linha com o propósito da presente dissertação, seguindo a linha de raciocínio do ex-Conselheiro César Mattos<sup>100</sup>, tal prática impetrada no âmbito judicial jamais seria considerada infração se a análise fosse realizada apenas pela ótica do Teste PRE. Isso porque ao perquirir se a ação é objetivamente sem fundamentos torna-se despidendo. Aplicar-se os institutos da litigância de má-fé e os deveres de conduta

Em voto-vista o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia discordou do posicionamento do Conselheiro Relator, pois não conseguiu vislumbrar relação entre as condutas de sham litigation e a incitação à cartelização. Discorreu também sobre o abuso do direito de petição no ordenamento brasileiro, concluindo pela possibilidade da prática ser considerada um ilícito anticoncorrencial.

Pontuou que não há falar em eventual óbice no ordenamento jurídico brasileiro ao reconhecimento de que o abuso do direito posso figurar um ilícito concorrencial. Isso porque o direito da concorrência preocupa-se com o controle e prevenção de condutas prejudiciais ao bom e regular funcionamento do mercado, combatendo sim as práticas com intuito exclusionário de concorrentes.

Ao destacar em seu art. 20 da Lei 8884/94 a expressão ‘os atos sob qualquer forma manifestados’ o legislador brasileiro previu propositalmente todo e qualquer tipo de conduta que tenha por objeto ou possa vir a produzir efeitos anticoncorrenciais. E assim concluiu: *“dado seu claro potencial anticompetitivo, o abuso de procedimentos judiciais não pode escapar à aplicação das normas da concorrência. Com efeito, o uso fraudulento do direito de ação por uma empresa dominante constitui instrumento capaz de afetar de diferentes formas a operação de um agente no mercado, podendo impactar, por conseqüência, a ordem concorrencial no setor”*.

Já o Conselheiro Cesar Mattos enquadrou as condutas objeto do processo administrativo em análise como o tipo específico de *sham litigation*. Isso porque, para ele, o abuso de direito não seria uma condição suficiente para a caracterização do sham litigation, mas destacou ser possível que empresas se utilizem de manobras indevidas no Poder Judiciário para elevar os custos dos rivais, configurando assim a infração prevista não apenas nos artigos 20 e 21, incisos IV e V da Lei 8.884/94, mas também o art. 187 do Código Civil.

---

<sup>100</sup> “ação ancorada em base enganosa, onde o litigante efetivamente busca o resultado do processo, porém induzindo o Estado a erro “

Permito-me aqui transcrever o raciocínio do Conselheiro Cesar Mattos sobre a relação do abuso de direito e o instituto *sham litigation*, senão vejamos:

“Na confrontação, de um lado, os direitos fundamentais de acesso ao Judiciário e de peticionar administrativamente e, de outro lado, a prática de ação geradora de efeitos anticoncorrenciais, deve-se ter em conta os limites necessários à preservação dos primeiros, sem olvidar-se da repressão a esta última. Esses limites que distinguem o exercício regular do direito fundamental de petição, da infração à ordem econômica se resolvem pelo conceito e delimitação do que vem a ser o abuso do direito de peticionar, que está no seio da definição de *sham litigation*. O conceito de exercício regular de um direito traz em si o pressuposto do que vem a ser o seu abuso. De fato, a teoria do abuso de direito se estrutura, no âmbito do direito subjetivo, como uma violação a elementos do direito, qual seja, a sua finalidade econômica ou social. Em outras palavras, o abuso de direito é o uso irregular desse direito, com finalidade diversa daquela para a qual o respectivo direito foi reconhecido como tal. O abuso do direito atenta contra a própria origem da norma, que é a expressão formal do Direito. Assim, o Direito, nascido como resultado da atividade humana de valoração, orientada para realizar a ordem, a segurança e a paz social, encontra a violação de suas finalidades no exercício abusivo do direito.

(...)

E certo que o conceito de *sham litigation*, na medida em que se conecta com o conceito de abuso de direito, confere razoável margem de discricionariedade ao aplicador do direito ao avaliar a sua incidência para o caso concreto. Daí a necessidade de traçar certos parâmetros, de forma objetiva, para a análise da autoridade antitruste. A tipicidade surge para dar ao Direito esse necessário caráter objetivo, descrevendo na norma as condutas que, no caso de direito punitivo, merecem reprimenda. A tipicidade, portanto, define-se pelo delineamento das condutas nas normas jurídicas. Ela é necessária, tanto para garantir que o Direito seja cumprido, como para traçar limites ao alcance punitivo do Estado e proporcionar segurança na relação jurídica do Estado com os indivíduos e destes entre si. Propõe-se, portanto, que sejam confrontadas as mencionadas normas que disciplinam os direitos fundamentais de petição, com as normas que disciplinam o tipo "abuso de direito" e a prática de *sham litigation*, bem como as normas infra-constitucionais que regulamentam o exercício desses direitos de petição no caso concreto. Caso a configuração das referidas normas não seja respeitada no caso específico, pode a prática inserir-se no tipo abuso de direito e deixar de acobertar-se pelo guarda-chuva da isenção antitruste.

Ou seja, o abuso do direito seria um critério um tanto quanto razoável e objetivo para a aplicação do instituto *sham litigation* no âmbito brasileiro.<sup>101</sup> Assim, após

---

<sup>101</sup> Segue a conclusão do Conselheiro Cesar Mattos, *in verbis*: “Podemos afirmar, pelo que foi exposto até aqui, que o abuso de direito - no caso, direito de petição - é condição necessária para a caracterização da prática de *sham litigation*. No entanto, abuso de direito não é condição suficiente para a caracterização de *sham litigation*. Para que a infração se consuma, deve-se recorrer ao que estabelece a Lei 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”.

análise de toda a questão fática e jurídica que envolveu as partes do processo administrativo, concluiu o Conselheiro Cesar Mattos pela ausência da incidência do abuso de direito de petição, uma vez que (i) o processo de homologação dos tacógrafos da Representante foi obstado por norma pertinente ao setor e suscitado pela própria instituição responsável pela homologação, qual seja o DENATRAN; (ii) as supostas desconformidades dos tacógrafos da Representante foram atestadas por órgãos técnicos competentes e credenciados para tanto, cujos laudos foram exigências do próprio DENATRAN; (iii) os atos impugnados judicialmente pela Representada contrariaram os pareceres técnicos dos mencionados órgãos credenciados e das próprias coordenações internas do DENATRAN; (iv) ato de demandar judicialmente apresenta-se legítimo e, no caso concreto, as bases fáticas foram narradas conforme as evidências encontradas nos autos.

Em suma, de acordo com o ex-Conselheiro César Mattos, “*sham litigation* é a conduta consubstanciada no exercício abusivo do direito de petição, com a finalidade de impor prejuízos ao ambiente concorrencial”

Já o Conselheiro Ricardo Machado Ruiz reconheceu o conflito regulatório, porém pontuou que tal conflito foi utilizado como instrumento para constranger a atuação da Seva, prolongando o ciclo de vida do produto da Siemens. Ou seja, a estratégia objetivou a retirada do mercado de um fabricante com produto diferenciado mantendo conceito de produto que poupou recursos e manteve a rentabilidade, além de impedir novos concorrentes no mercado. Embora tenha acompanhado o Conselheiro Relator quanto à estratégia utilizada pela Siemens, afastou a incidência de *sham litigation*.

O Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho destacou não terem sido espúrios os métodos utilizados pela Siemens, muito menos houve intento ardiloso de promover a exclusão de concorrentes. Isso porque as ações da Siemens visaram o cumprimento da Resolução do Contran. O Conselheiro Ragazzo acompanhou esse entendimento.

O Presidente do Cade à época do julgamento, Arthur Sanchez Badin proferiu voto fazendo a mesma relação entre o abuso do direito e a exceção sham da doutrina Noerr-Pennington. Destacou que a demanda para ser abusiva sob o aspecto concorrencial deveria ter como análise (i) o poder de mercado do agente envolvido; (ii) expectativa razoável êxito em contraponto à ação objetivamente sem fundamento; (iii) interesse

anticoncorrencial oculto; (iv) custo mais elevado e dano às empresas com menor capacidade financeira; (v) pleito com objetivo de prejudicar a imagem de competidores; (vi) criação de barreiras artificiais à entrada ou exclusão de agentes; (vii) prejuízo a atividades de concorrentes; (viii) influência em ações governamentais com foco em prejudicar concorrentes.

Em conclusão, o Presidente reconheceu a legalidade e legitimidade das ações promovidas pela Siemens e afastou o suposto abuso no exercício do direito de petição. Após, os Conselheiros Furlan e Ricardo Ruiz retificaram os votos iniciais para seguir o voto do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho no ponto da *sham litigation*, condenando a Siemens somente quanto a indução à cartelização.

O caso foi muito bem debatido por todos os Conselheiros e Presidente do Cade à época.<sup>102</sup> A leitura de todos os votos é extremamente válida e rica, não só no tema de *sham litigation*, mas também em outras condutas passíveis de condenação pela autoridade antitruste.

Identificou-se, sucintamente, duas linhas de raciocínio para a configuração da prática de *sham litigation*, quais sejam: (i) a ação deverá ser desprovida de fundamentos e ter o potencial de causar efeitos anticoncorrenciais e; (ii) a análise deve incluir uma série de possíveis variáveis, que podem incluir a configuração do abuso de direito instituído no Código Civil, além da análise de má-fé com artifício de prejudicar concorrentes. Trata-se de uma análise mais ampla, mas extremamente plausível e lógica dentro do nosso ordenamento jurídico.

Importante pontuar por fim que este caso evidenciou sobremaneira que a jurisprudência pátria não se encontra totalmente refém dos parâmetros surgidos nos precedentes norte-americanos, pois há clara inclusão da teoria do abuso de direito na análise. Talvez um questionamento a ser feito seria: se já tínhamos o instituto do abuso do direito de petição, qual a razão da importação do instituto *sham litigation*?

---

<sup>102</sup> “O Plenário, por maioria, condenou a Representada ao pagamento de multa no valor de um por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos e devidamente corrigido, nos termos do voto do Conselheiro Relator, retificado para aderir ao voto do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho. Vencidos o Presidente, Arthur Sanchez Badin e os Conselheiros Olavo Zago Chinaglia e César Costa Alves de Mattos que votaram pelo arquivamento do Processo Administrativo. O Conselheiro Ricardo Machado Ruiz retificou o seu voto para esclarecer sua aderência ao do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho.”

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
Maio de 2005	20.8.2010	Teste PRE (SDE)	Legítimo exercício do direito de ação; Abuso do direito de petição Métodos espúrios; Má-fé Intenção ardilosa.

### 3.10 - Processo Administrativo nº 08012.010648/2009-11 (ABIÓPTICA) <sup>103</sup>

Outro caso analisado pelo Cade diz respeito ao Processo Administrativo nº 08012.010648/2009-11, da Associação Brasileira da Indústria Óptica (“ABIÓPTICA”), de relatoria do Conselheiro Eduardo Pontual. A denúncia teve como objeto suposto ilícito concorrencial no mercado varejista de óculos de sol – óculos escuros sem grau. Assim entendeu a SDE (Secretaria de Direito Econômico), *in verbis*:

“... a ABIÓPTICA tentou discriminar por meio de um selo de qualidade e da participação na Feira ABIÓPTICA; o Sindióptica/SP buscou a edição de normas que, no mais das vezes, simplesmente vedam a comercialização de óculos por seus concorrentes; e o Sindióptica/RS também busca a edição de normas, mas de formato diferente, além de aumentar a assimetria de informações por meio de campanhas que se pretendem apenas educativas”.

No tocante ao selo de qualidade em relação a origem do produto, não foi entendida sua aplicação como infração concorrencial, mas sim como fator de distinção do produto, tendo em vista a sua aplicação para limitação à entrada em evento privado, ou seja, não havia fechamento de mercado. Houve ainda acusação de *sham litigation*,

<sup>103</sup> Íntegra do voto disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYi\\_cbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMeCp6yjZlgEySceyvaES7\\_BjTCURep1dM3Qw8gBijvjK328b74jyY\\_M1CHD9rGKTCzNjHUezorAkHTEKkBFY7V](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYi_cbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMeCp6yjZlgEySceyvaES7_BjTCURep1dM3Qw8gBijvjK328b74jyY_M1CHD9rGKTCzNjHUezorAkHTEKkBFY7V). Último acesso em 16.4.2019.

mas, após a verificação de parâmetros jurisprudenciais baseados na exceção à doutrina Noerr-Pennington, determinou-se o arquivamento.

Nesse sentido, segundo o Conselheiro Eduardo Pontual (fls. 896-907), deveriam ser seguidos os parâmetros elencados pela doutrina e jurisprudência internacional em relação ao *sham litigation*<sup>104</sup>, em especial os destacados pelo precedente da Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72 supracitada. Os parâmetros para averiguar esta conduta foram (i) a plausibilidade do direito invocado, (ii) a veracidade das informações, (iii) a adequação e razoabilidade dos meios utilizados e, por fim, (iv) a probabilidade de sucesso da postulação. O Conselheiro assim entendeu, *in verbis*:

*“A preocupação concorrencial maior, que levaria a claro prejuízo injustificado a concorrência, resta na situação em que a percepção da realidade do agente público responsável pela edição do ato lesivo à concorrência é manifestada por informações inverídicas dolosamente encenadas pelas empresas privadas.”*

Em relação à legislação proposta à época pela ABIÓPTICA, esta foi reputada com claro potencial anticompetitivo. No tocante a probabilidade de sucesso da postulação, o Conselheiro Pontual entendeu que o encaminhamento da questão ao Legislativo gerou expectativa de sucesso da postulação, e por isso, não aprofundou neste quesito. Ademais, houve no processo a demonstração de que ocorreu o questionamento das leis vigentes ao tempo da conduta, sendo estas já submetidas ao controle de constitucionalidade estadual, o que comprovaria a plausibilidade do direito invocado pelas Requerentes ao Legislativo, senão vejamos:

*“As Sindiópticas foram acusadas de buscar restringir o varejo de óculos escuros apenas a ópticas. Entretanto, conforme comprovado pela requerente Sindiópticas/SP, tal restrição conta com o apoio de autoridades públicas incumbidas de zelar pela saúde ocular da população as quais também aconselham a compra de óculos de sol somente em óticas.”* (Grifo nosso)

---

<sup>104</sup> “A influência espúria junto ao Poder Público se materializa por meio de uma miríade de expedientes dispostos em largo espectro de legalidade, que vão de meios claramente ilícitos até a defesa de alterações legislativas que, de fato, resultariam em maior proteção a interesses legítimos, tais como, melhora nos níveis de segurança (evitar acidentes), conservação do patrimônio público e preservação do meio-ambiente”. Citação às fls.896 do voto.

O trecho mostra que os Requerentes possuíam, também, o posicionamento favorável do próprio Poder Público, o qual aconselhava a compra de óculos de sol somente em óticas, o que se encaixava na pretensão dos Requerentes de promulgar lei neste sentido, restando clara a plausibilidade do direito invocado. Por fim, ainda sobre este parâmetro, o Conselheiro destacou que tais não buscavam inovar o ambiente jurídico brasileiro, pois haveria restrições semelhantes em lei nacional há sete décadas, o que afastaria a imputação de má fé, *in verbis*:

“Assim, afirmo que direito invocado é plausível, visto existir recomendação idêntica vocalizada por ato administrativo de autoridade competente para cuidar do tema e, também, existirem restrições assemelhadas em lei nacional há sete décadas. Não é possível apontar má-fé das requerentes ao exigirem legislação reduzindo o varejo de óculos às óticas, pois essa exigência coincide com a recomendação de autoridade pública, precisamente com o contido no "Guia do Cidadão Vigilante", Coordenação de Vigilância em Saúde (COVISA), que tem como uma de suas atribuições zelar pela saúde ocular<sup>90</sup>. Além, disso, a norma que as Representadas buscaram criar apenas intensifica restrição que *já* existe no ordenamento brasileiro *há* quase 70 anos.”

Em relação a veracidade das informações, entendeu haver prova de tentativa de orientação do Parlamento com base em informações inverídicas, ou de que os pleitos tinham o cunho de fortalecer conluio de empresas contra concorrentes. Ademais, destacou que apesar da SDE ter criticado a racionalidade da argumentação dos Requerentes, não “foi provada falsa representação de fato, nem que lançaram mão de meios ilegais ou condenáveis, em razão do que não é possível se falar em ilicitude na promoção das pretensões”. Ao final, concluiu:

*“Quanto à adequação dos meios utilizados, que foi o de postular ao Parlamento, a via eleita para fazer valer a pretensão é, de fato, a via correta para a pretensão das requerentes, que é restringir o varejo de óculos escuros em óticas. Em uma democracia representativa não cabe outro locus para buscar criar direitos específicos, mesmo frente a contradição com legislação atual. ”*

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados



Fevereiro de 2005	30.4.2014		(i) a plausibilidade do direito invocado, (ii) a veracidade das informações, (iii) a adequação e razoabilidade dos meios utilizados e, por fim, (iv) a probabilidade de sucesso da postulação;  (i) má-fé
-------------------	-----------	--	---

Feita a análise dos quatro parâmetros e visto que não havia condutas que se enquadrasse na reprovabilidade dos critérios, o Processo Administrativo em análise restou arquivado `a unanimidade, resumindo ao final do voto com a tabela elucidativa abaixo:

Parâmetros interpretativos para análise da legalidade dos esforços para de influenciar a ação estatal (balizas de ética discursiva)	Improcedência não comprovada	Improcedência comprovada
Plausibilidade do direito invocado	X	
Veracidade das informações	X	
Adequação e razoabilidade dos meios utilizados	X	

Probabilidade de sucesso da postulação	X	
--	---	--

### *3.11 - Processo Administrativo n.º 08012.004283/2000-40 (Box 3 Vídeo e Publicidade LTDA)<sup>105</sup>*

Outro caso emblemático foi o que envolveu a empresa Box 3 Vídeo e Publicidade LTDA. Trata-se de Processo Administrativo datado de novembro de 2000, no qual se apurou a existência de conduta ilícita à ordem econômica consistentes em (i) limitar ou impedir o acesso de novas empresa no mercado; (ii) criar dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente e; (iii) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição.

Empresas apresentaram denúncias no sentido de que a Box 3 Vídeo e Publicidade e a Léo Produções e Publicidade – ambas de propriedade do Sr. Luiz Antônio Cury Galebe – estariam praticando atos restritivos à concorrência com o claro intuito de retirar concorrentes do mercado de vendas por meio de programas de televisão imbuídas de ações judiciais descabidas, tendo como pano de fundo justificativas pífiás ou direito autoral inexistente.

Ao emitirem pareceres, tanto a SDE quanto a Procade se manifestaram pelo arquivamento do processo administrativo, ante o claro direito de petição e plausibilidade das ações propostas.

Foram ao todo nove ações judiciais propostas, sendo que as decisões favoráveis mencionadas pela Box 3 apontadas em sede de defesa foram revertidas no Judiciário (quando do julgamento do mérito das ações).

Ao longo do voto, o Conselheiro Relator Vinicius Marques de Carvalho discorreu sobre a antinomia entre a proteção à concorrência, o direito de petição e o ramo do direito autoral envolvido – o qual se concluiu não existir nenhuma razoabilidade ou fumaça do direito, ressaltando que há claríssimo posicionamento quanto um gênero

<sup>105</sup>

Disponível

em

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSjHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9IHOWOeBOem82jaTrpJF0OaFC\\_gL6K2krGqn9b2jYwH16WwQxmQrde6UYUHVOG1gffJNs8a\\_qmhdA1n1OMBfTO](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSjHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9IHOWOeBOem82jaTrpJF0OaFC_gL6K2krGqn9b2jYwH16WwQxmQrde6UYUHVOG1gffJNs8a_qmhdA1n1OMBfTO). Último acesso em 6.5.2019.

televisivo não ser apropriado em razão de legislação própria, qual seja, o art. 8 da Lei 9.610/98, *in verbis*: “não podem ser objeto de proteção como direitos autorais: I) as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais e; II) os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios.”

Destacou o Conselheiro Relator que as Representadas construíram de forma muito engenhosa, inteligente e perspicaz uma argumentação que aparenta lhes dar o direito de reservar para si uma parte do mercado televisivo, porém, trata-se de uma premissa jurídica equivocada, assemelhando-se o caso à *objective baseless claim*, já que, nem mesmo sob o prisma teórico, poder-se-ia esperar que este tipo de contenda prosperasse.

O Tribunal do Cade ao julgar o processo administrativo acima mencionado, pontuou que as ações individualmente consideradas se encaixavam no Teste PRE, visto serem objetivamente infundadas, pois nenhum litigante razoável poderia esperar um sucesso no mérito da demanda. Mas não é só. O conjunto das ações se inserem em uma estratégia de padronização em série, desprovido de qualquer preocupação efetiva tanto na defesa de interesses legítimos quanto no mérito das demandas em si; ou seja, o único propósito foi prejudicar a concorrência – aplicando-se também ao caso o Teste POSCO.

Para o Conselheiro Relator, este tipo de conduta representou má-fé em vários aspectos. Inicialmente, por deduzir pretensão contra texto expresso de Lei 9.601/98, conforme art. 17 1, do CPC. Tem-se aqui o chamado abuso macroscópico do processo ou abuso relativo à tutela jurisdicional. E mais. A retirada precoce de concorrentes do mercado, com base em liminares, sem ao menos discutir o mérito da questão, fundada em um suposto registro, que em nada assegura o direito reclamado, acabou por confundir os magistrados, que confiam na boa-fé daquele que pleiteou a referida medida liminar.

Mas não foi só. Por unanimidade, o Tribunal do Cade, entendeu que no referido caso, não houve apenas risco de danos ao ambiente concorrencial, houve danos efetivos, com a eliminação de concorrentes, por diversos períodos e lapsos de tempo, por motivação esdrúxula e que várias e várias vezes, o Judiciário teve o trabalho de refutar os ardilosos argumentos utilizados pelas partes.<sup>106</sup>

Este caso representa a revisão ampla da jurisprudência do CADE sobre *sham litigation*, primado por uma fundamentação fíncada em parâmetros condenatórios que

---

<sup>106</sup> Idem, p.1874.

são realmente claros e próprios ao direito brasileiro, mesmo que tenha havido menção aos testes PRE e POSCO. A inclusão do termo `causas frívolas` ocasionou reação positiva no ambiente antitruste, visto tratar-se de norma brasileira há muito aplicável.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
22.11.2000	15.12.2010	Teste PRE Teste POSCO	Abuso do direito de petição Litigância de má-fé Causas frívolas

As Representadas foram condenadas ao pagamento de R\$ 1.774.312,66 (hum milhão setecentos e setenta e quatro mil trezentos e doze reais e sessenta e seis centavos), além da determinação de publicação de extrato descritivo da decisão condenatória.

Implicações das penalidades impostas: em acesso às informações públicas do processo administrativo, consta que não houve ainda o cumprimento das penalidades impostas. Houve a inserção no Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Federais – CADIN. O caso restou judicializado pelo CADE para a cobrança da dívida, a qual – segundo informações públicas, não restou cumprida até o presente momento.<sup>107</sup>

### 3.12 - Processo Administrativo n.º 08012.010075/2005-94 (SULPETRO) <sup>108</sup>

Importante destacar também o Processo Administrativo n.º 08012.010075/2005-94, referente ao caso SULPETRO, de relatoria do Conselheiro

<sup>107</sup> Para maiores informações sobre a execução judicial proposta: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=70581520164013400&secao=DF&nome=BOX%203%20VIDEO,%20PUBLICIDADE%20E%20PRODUCAO%20LTDA.&mostrarBaixados=N>.

Último acesso em 28.10.2019

<sup>108</sup> Íntegra do voto disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJD3T17Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM SEihysvn NKGyOC2oFiQGRnjVJXoYloTUL9ogspMR4LhyOgww sepWsxw1VGVSwWpBtRN4E41GrhCxMIJbQ2V](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3T17Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM SEihysvn NKGyOC2oFiQGRnjVJXoYloTUL9ogspMR4LhyOgww sepWsxw1VGVSwWpBtRN4E41GrhCxMIJbQ2V) Último acesso em 16.4.2019.

Gilvandro Araújo, no qual instaurou-se investigação em razão de supostos indícios de influência nos Poderes Legislativo e Executivo dos municípios do Rio Grande do Sul para aprovação de leis com o fim de impedir a instalação de postos revendedores de combustíveis em grandes centros comerciais da região. No referido processo, o entendimento foi no sentido de que o *lobby* em si não seria ilícito concorrencial, no entanto, também ficou claro que esse direito referente à liberdade de expressão política apresenta limitações, devendo atender aos princípios de boa-fé, razoabilidade e responsabilidade presentes no ordenamento brasileiro.

Em relação ao *lobby* exercido junto ao Poder Legislativo, fez-se uma análise sob o enfoque da tensão existente entre a proteção à ordem econômica e a defesa da concorrência, por um lado, e a liberdade de manifestação do pensamento e o direito de petição ao Poder Público, por outro. Em casos de abuso de direito de petição no âmbito dos Poderes Públicos pode incidir a legislação antitruste, desde que ocorra determinados pressupostos inerentes à aplicação da doutrina da *sham litigation*, tais como quando: i. restarem presentes mecanismos ilegítimos de pressão governamental, como, exemplo, a formulação de boicotes; ii. Houver prova de que agentes econômicos concorrentes trocaram informações sensíveis entre si, encobertas sob a forma de associação ou mesmo lobby político; iii. Os danos à concorrência resultarem do próprio exercício associativo ou mesmo lobby político, e não do resultado da ação governamental adotada; iv. Restar configurada a prestação de informações falsas ao Poder Público; e v. Houver a prestação de informações objetivamente destituídas de fundamento jurídico ou sabidamente improcedentes.<sup>109</sup>

Deste modo, ao direito antitruste não caberia punir agentes que buscam convencer o Legislativo ou o Executivo a criar ou alterar leis que possam restringir o comércio, mas sim punir condutas de caráter anticoncorrencial, como é o caso da *sham litigation* - abuso do direito de peticionar. Para configurar o *sham litigation*, deve-se analisar se houve ou não abuso do direito de peticionar, que é dividido pela doutrina e jurisprudência do Cade por meio da análise (i) da probabilidade de sucesso da postulação, (ii) plausibilidade do direito invocado, (iii) veracidade das informações e (iv) adequação e razoabilidade dos meios utilizados. Além disso, segundo o Relator, a caracterização como abuso de direito que gere impactos no meio concorrencial exige critérios objetivos,

---

<sup>109</sup> Idem. Último acesso em 6.5.2019

não sendo apropriado utilizar como base, elementos subjetivos de probabilidade ou plausibilidade.

Referente ao caso concreto, o argumento por parte do SULPETRO e de seus dirigentes relatando a possível ameaça de supermercados, hipermercados e *shopping centers* estava pautada na vantagem competitiva decorrente da alíquota reduzida do ICMS, tendo em vista que eles utilizavam o mesmo CNPJ para os postos e para suas atividades regulares. Assim, segundo o Relator, o exercício do direito de influenciar o Legislativo e Executivo seria lícito.

Ponto importante destacado neste julgamento foi sobre a necessidade de se objetivar os critérios passíveis de análise em casos de *sham litigation* pela autoridade concorrencial, senão vejamos:

“O grande exercício da autoridade de concorrência, assim, passa a ser o de visualizar uma eventual ação abusiva que nitidamente demonstre o prejuízo à livre concorrência. E tal abusividade se manifesta através de ações objetivamente reprovadas no exercício da atividade de lobby na interação com o poder público. E isso em quaisquer das esferas: Administrativa, Legislativa ou Judicial. Digo isto, primeiro, porque não acho apropriado relacionar a conduta ilícita na esfera concorrencial com base em elementos subjetivos de probabilidade ou plausibilidade. Isso poderia suscitar (i) questões de prejudicialidade externa e (ii) ter o juízo do CADE contraposto por outra autoridade, mormente para quem foi dirigida a petição, a manifestação. Surgiria a estranha situação, por exemplo, de o CADE considerar uma ação judicial manifestamente improcedente, condenando o seu autor por abuso de direito com impactos concorrenciais, mas o Judiciário dar provimento aos pedidos nela lançados. Como segunda consideração, existem autonomias nos arcabouços jurídicos como manifestado pelo Conselheiro Cueva em trecho acima referido "Não cal autoridade antitruste verificar se tal ou qual decisão do Executivo ou se tal ou qual lei editada pelo Legislativo são viciadas. Para isso existem leis e competências próprias". Assim, entendo que para a configuração do ilícito basta o CADE verificar o conteúdo do direito de petição. O que foi submetido ao crivo do Judiciário, do Legislativo ou da Administração. Se em alguma dessas manifestações contiver falsidade (através de manifestações comissivas ou omissivas), será factível detectar um elemento objetivo reprovável com potencial de trazer prejuízos à concorrência. Nesse ponto, vale destacar que o termo "falsidade" é entendido como aquela alteração da verdade, a perfídia e a fraude da realidade<sup>18</sup>. 109. A conduta de abuso de direito (*sham litigation*) caracterizaria um ilícito pela potencialidade lesiva da ação, em que o detentor de posição dominante falseia com o desiderato de prejudicar a livre concorrência (artigo 36, incisos 1 e IV, da Lei nº 12.529/2011)”

Outro fato observado foi que o SULPETRO atuou ativamente perante os dois Poderes com a intenção de estimular a elaboração de legislações que disciplinassem a

instalação de postos de combustíveis. As atas demonstraram que o SULPETRO debatia com seus associados projetos de lei que estabelecessem regras tributárias, de segurança e de meio-ambiente no setor, não havendo nessas indagações quaisquer elementos que demonstrassem falsidade, e, portanto, que caracterizem um ilícito.

Em razão da falta de elementos objetivos para a materialização de conduta voltada a prejudicar concorrentes ou a impedir a entrada de novos agentes econômicos no mercado em questão, o caso foi arquivado por unanimidade.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
7.4.2010	1.10.2014	Nenhum teste aplicado	Abuso do direito de petição

### 3.13- *Processo Administrativo n. 08012.004572/2007-15 (Saint Gobain Canalização)*<sup>110</sup>

O próximo caso a ser analisado diz respeito ao mercado de tubos e conexões de diâmetro médio para transporte de fluidos (água e esgoto) pressurizados. O ponto crucial dizia respeito à propagação de informações negativas junto às empresas de saneamento básico com o claro intuito de impedir a aquisição dos tubos fabricados com PRFV (poliéster reforçado com fibra de vidro). Ato contínuo, impugnam diversos editais de processos licitatórios (administrativamente e judicialmente) que previam a possibilidade da utilização de tubos de PRFV em concorrência com os de ferro fundido dúctil.

Em sede de defesa, a Saint Gobain sustentou que (i) não realizou campanha difamatória contra o material PRFV, sendo informações extremamente técnicas e baseadas em publicações especializadas; (ii) ausência de assimetria de informações; (iii)

110

Disponível

em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcapzjA49MftG6f-gPdHARSPvQsWGb0AV26-VMuQFFr6w/](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcapzjA49MftG6f-gPdHARSPvQsWGb0AV26-VMuQFFr6w/) Último acesso em 28.10.2019

exercício regular de direito ao participar dos procedimentos de normalização da ABNT por serem agentes do mercado e possuírem legitimidade para tanto; (iv) ausência de substituição perfeita dos produtos e conseqüente afastamento da tese de *sham litigation*.

Para o Relator Alessandro Octaviani Luis uma conduta de *sham litigation* se mostra existente quando os pleitos em uma ação judicial puderem prejudicar ou limitar a livre concorrência, carecendo de razões ou base jurídica.

Importante frisar que neste caso a tese de abuso de direito já estava inserida desde o início da discussão, quando da instauração da Averiguação Preliminar e, *a posteriori*, nos autos do Processo Administrativo.<sup>111</sup>

A nota técnica da SDE e os pareceres da PFE e MPF opinaram pelo arquivamento do processo administrativo ante a ausência de infrações contra a ordem econômica e este foi o entendimento do Conselheiro Relator. A Representada propôs duas ações, sendo que em uma delas houve o deferimento do pleito, ou seja, “dessa forma, a prática de *sham litigation* mostra-se descaracterizada, por possuir base jurídica e ser um pedido procedente de fato”.<sup>112</sup>

O convencimento unânime do Tribunal se formou a partir da conclusão de que não existia potencial anticompetitivo nas campanhas e materiais de divulgação por se tratarem de meras propagandas comparativas de produtos, seguindo ditames normativos previamente estabelecidos.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
16.9.2009	4.6.2014	Nenhum teste aplicado	Abuso de direito; Boa-fé; Plausibilidade do direito

<sup>111</sup> É o que se depreende do trecho do voto do Relator, *in verbis*: “Apesar de haver intensa controvérsia doutrinária sobre a definição de abuso de direito, tem-se assentado entendimento - na esteira do art. 187 do novo Código Civil - de que o abuso de direito *pode ser evidenciado pela "circunstância de se servir dele o titular, excedendo manifestamente o seu fim econômico ou social, ou atentando contra a boa-fé ou os bons costumes"*. Assim, o direito de petição é valorado ante "as circunstâncias", os "fins econômicos", os "fins sociais", a "boa-fé" (em suas diversas manifestações) e os "bons costumes"; é dizer, a própria ordem pública.”

<sup>112</sup> Parecer do MPF prolatado nos autos (fls. 8405).



--	--	--	--

### 3.14- Processo Administrativo n. 08012.007189/2008-08 (Bann Química x DyStar)<sup>113</sup>

O caso envolveu as empresas Bann Química e a *joint venture* criada pela Bayer AG e Hoescht com o objetivo de assumir o negócio global de corantes e pigmentos têxteis das duas empresas acima mencionadas; a *posteriori* foi feita a união com a Basf. A denúncia teve como base o argumento de que a DyStar estaria exportando IBR (índigo blue reduzido) da Alemanha para o Brasil utilizando-se de *dumping* e redução de preços abaixo do seu custo, caracterizando então preços predatórios. Além disso, estaria a DyStar utilizando-se de práticas de *sham litigation* no âmbito que envolvia a discussão sobre patentes.

SDE, PROCade e MPF apresentaram pareceres pelo arquivamento do caso. O Conselheiro Relator Ricardo Ruiz prolatou voto também pelo arquivamento sob o raciocínio de não demonstração de preços predatórios e *sham litigation*. Sobre o tema de análise da tese, assim entendeu o Relator, *in verbis*:

“mesmo que a Representada fosse eventualmente bem sucedida na sua estratégia de impedir a Bann Química de produzir o IBR por meio dos litígios sobre a titularidade da patente, a empresa continuaria enfrentando a concorrência dos demais competidores chineses produtores de IBR, o que tornaria a prática irracional ou sem efeitos do ponto de vista concorrencial. Além disso, os litígios envolvendo a Bann e a DyStar não parecem ter sido motivados por interesses ilegítimos ou desprovidos de fundamento. A discussão em torno do direito de patente seguiu trâmites normais, tendo resultado, inclusive, na concessão do direito de patente à DyStar. Na contestação desse direito, a Bann não mencionou o uso de artifícios fraudulentos e enganosos para a concessão da patente à DyStar, discutindo apenas a existência dos requisitos necessários para a concessão da patente”.

O Conselheiro Alessandro Octaviani Luis pediu vista dos autos. Ao analisar o caso, no tocante ao instituto *sham litigation*, mais uma vez, fez relação com o instituto legal do abuso de direito. Para tanto, realizou análise detalhada das ações perpetradas pela

113

Disponível

em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXfuBmvDICKkKYSqNRRm4Elly6apCOcOpUIpC-eVLqBl](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXfuBmvDICKkKYSqNRRm4Elly6apCOcOpUIpC-eVLqBl). Último acesso em 28/10/2019.

Representada e concluiu pela ausência dos comandos capazes para a imputação da ilegalidade, senão vejamos:

“O simples fato de a autoridade pública não reconhecer o direito não deve ser utilizado como suficiente para caracterizar conduta de sham litigation: no limite, caso assim entendesse, a cada negativa de provimento corresponderia a uma prática de sham litigation. O sham litigation é instituto voltado para reprimir não o direito de ação em si, mas o seu abuso com efeitos anticoncorrenciais. A caracterização do abuso de direito de ação, por sua vez, parece-me requerer a demonstração de fatores adicionais específicos e relevantes, que vem tornar impossível sua demonstração pelo pretense prejudicado, para trazer algum conforto ao julgador de que não está manietando o acesso constitucionalmente garantido à defesa dos direitos”.

Após a prolação do voto do Conselheiro Octaviani, pediu vista dos autos a Conselheira Ana Frazão, a qual também votou pelo arquivamento do feito. Importante mencionar um ponto de análise feito pela Conselheira no tocante à não necessidade da análise ou a própria configuração do poder de mercado da empresa envolvida para se caracterizar a possibilidade de *sham litigation*, ou seja, efeitos anticompetitivos podem surgir mesmo quando o autor não detiver, *a priori*, grande participação de mercado; há inclusive a possibilidade de que tal ação seja justamente o meio encontrado para que o agente adquira posição, excluindo rivais ou a própria impossibilidade de novas entradas.

Mas não foi só. A Conselheira destacou que o caráter abusivo da conduta deve literalmente ser inequívoco, claro, sob pena de o direito da concorrência correr o risco de punir um direito legítimo da parte de tentar obter regularmente os benefícios decorrentes da propriedade intelectual e o de acesso ao Judiciário.<sup>114</sup>

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
------------------------	--------------------	--	---

<sup>114</sup> Conforme a Conselheira Ana Frazão, *in verbis*: “Apesar de haver intensa controvérsia doutrinária sobre a definição de abuso de direito, o entendimento deste Conselho é “r/c que o abuso de direito pode ser evidenciado pela ‘circunstância de se server deleo titular, excedendo manifestamente o seu fim econômico ou social, ou atentando contra a boa-fé ou os bons costumes. Assim, o direito de petição é valorado ante ‘as circunstâncias’, os fins econômicos’, os fins sociais’, a ‘boa-fé’ (em suas diversas manifestações) e os ‘bons costumes’ de modo que o direito de petição pode ser considerado abusivo levando-se em consideração a plausibilidade do direito invocado, a veracidade das informações, a adequação e a razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso da postulação”.

7.5.2007	Início: 4/12/2013 Final: 1/10/2014	interesses ilegítimos ou desprovidos de fundamento; uso de artifícios fraudulentos e enganosos;	Abuso do direito de petição; Deslealdade processual;
----------	---------------------------------------	---	---

***3.15- Inquérito Administrativo n. 08700.005241/2013-92 (Vigor Alimentos S.A. x Kellog Brasil LTDA e Danone LTDA)*<sup>115</sup>**

A investigação teve início a partir de uma representação proposta pela empresa Vigor Alimentos em desfavor da Kellog Brasil LTDA. e Danone LTDA. O mérito das acusações dizia respeito ao abuso do direito de petição e de propriedade intelectual por parte da Danone diante da propositura de ação cominatória cumulada com indenização por perdas e danos na qual se sustentou contrafação e concorrência desleal no seguimento de iogurtes funcionais.

A argumentação da Representante foi no sentido de que a outra parte formulou pedido genérico e amplo, dissimulando o real interesse, qual seja, a exclusão da Vigor do mercado. Sustentou também a clara litigância de má-fé da Danone, ao passo que esta teria omitido decisões desfavoráveis no âmbito do Judiciário e do próprio INPI.

A Superintendência do CADE enquadrou a prática como abuso do direito de petição e propriedade intelectual, deixando de definir o mercado relevante (uma das primeiras análises sob esse prisma) por entender que tal definição não influenciaria nas conclusões do caso. Em adendo, traçou detalhadamente o instituto sham litigation, sua origem e evolução no âmbito americano, destacando as peculiaridades quando da importação do instituto no Brasil.

115

Disponível

em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcl9FcFMR5Uuj6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcQygO-2817IIHJo4BytGZEXkDUkZ4K4gfoRRWHThoJls](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcl9FcFMR5Uuj6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcQygO-2817IIHJo4BytGZEXkDUkZ4K4gfoRRWHThoJls) Último acesso em 28.10.2019

Por fim, pontuou a Superintendência Geral que a apresentação de argumentos, provas ou elementos de *misrepresentation* (falso e de cunho antiético) devem também ser considerados ilícitos sob o direito antitruste brasileiro.

Após análise do conjunto de provas, a SG elaborou nota técnica no sentido da inexistência de infração à ordem econômica, visto não estarem presentes indícios claros que permitissem a conclusão de que as Representadas não almejavam a prestação jurisdicional, muito menos eram os pedidos desprovidos de fundamentação.

Nesse caso pode-se afirmar que houve uma inovação quando da análise do mérito. Isto porque restou abordado o abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais realizando paralelo com *sham litigation* e *misrepresentations* (este último divergindo da jurisprudência norte-americana).

Da decisão que arquivou o inquérito administrativo foi interposto recurso, o qual restou improvido pelo então Superintendente-Geral Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo por entender que, *in verbis*:

“O que se deve avaliar para a conclusão que uma ação carece de bases objetivas é se um litigante razoável poderia, de fato, esperar êxito em suas alegações de mérito. O fato de uma tese levada ao Judiciário eventualmente revelar-se, ao final, perdedora, está longe de ser suficiente para caracterizar uma ação objetiva e evidentemente infundada, a ponto de ser considerada abusiva”<sup>116</sup>

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
13.6.2013	13.2.2014		Arts. 170 e 173 da Constituição Federal Abuso do direito de petição

<sup>116</sup> Idem, p. 956 dos autos.

			Art. 36, 3, IV, XIV e XIX da Lei 12.529/11 Litigância de má-fé
--	--	--	---

**3.16 -Processo Administrativo n.º 08012.011508/2007-91 (Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Eli Lilly do Brasil Ltda e Eli Lilly and Company)<sup>117</sup>**

Tratou-se de processo administrativo instaurado pela SDE na qual a Representante sustentou que a Eli Lilly estaria impondo barreiras artificiais à concorrência por meio do ajuizamento de diversas ações em face de instituições como INPI e ANVISA – em comarcas diversas do País (*forum shopping*)<sup>118</sup> visando claramente a obtenção indevida de exclusividade na comercialização de medicamento para o câncer em prejuízo aos demais concorrentes. Ponto crucial e diferenciador deste caso diz respeito ao uso fraudulento de informações para a obtenção da referida patente; teria a empresa promovido a alteração do objeto/escopo do pleito da patente, restando omissos dados importantes em determinadas demandas.

Ou seja, a Representada – mesmo sabendo que o pedido de patente versava sobre processo e não do produto em si sob análise do INPI, pleiteava judicialmente no Distrito Federal o mesmo requerimento realizado no Estado do Rio de Janeiro, o qual já havia sido indeferido. Em suma, teria a Representada obtido a proteção monopolística artificialmente do seu produto, utilizando – inclusive – da prática de *forum shopping* (escolha estratégica da jurisdição mais favorável).

SG, Procuradoria-CADE<sup>119</sup> e MPF apresentaram manifestações no sentido da condenação. Sucintamente, argumentaram que houve abuso do direito de petição, com a

<sup>117</sup>

Disponível

em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTifRn8\\_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnSTTvwj1qQmjDE7tb7qY\\_NhwaLOVf-YBkgl1bioFNDs9V](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTifRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnSTTvwj1qQmjDE7tb7qY_NhwaLOVf-YBkgl1bioFNDs9V) Último acesso em 28/10/2019.

<sup>118</sup> O instituto do “forum shopping” não representa – por si só – um ilícito; há necessidade de análise detalhada dos fatos e, no caso de uma prática anticoncorrencial, as razões e consequências de tal escolha. Para maiores detalhes sobre o tema: BLACK, Henry Campbell; et al. Black’s Law Dictionary. Definitions of terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern. 8th edition. St. Paul: West Publishing. 1990.

<sup>119</sup> “(...) o padrão de comportamento revelou-se não esperável ou desarrazoado, além do que acarretou,

utilização de ardilosa engenharia processual com o intuito de obtenção de direitos não devidos e efeitos anticompetitivos graves.

Após análise detalhada de todas as ações propostas e medidas tomadas pela Representada, a Conselheira Relatora Ana Frazão chegou às seguintes conclusões<sup>120</sup>:

- i) obtenção indevida do monopólio;
- ii) utilização de estratégia envolvendo omissão de dados importantes ao convencimento do Julgador;
- iii) ausência de base jurídica. Utilização de argumentos falsos ou omissões meticulosamente planejadas com nítido caráter anticoncorrencial;
- iv) houve dano concreto sobre o mercado;
- v) inequívoco descumprimento dos deveres de lealdade e diligência;
- vi) mesmo não possuindo elevado *market share*, a Representada causou sérios danos ao mercado.

Ao fim, condenou-se a Representada no montante de R\$ 36.679.586,16 (trinta e seis milhões seiscentos e setenta e nove mil quinhentos e oitenta e seis reais e dezesseis centavos) ante a infração aos arts. art. 20, I e IV c/c art. 21, IV, V e XVI da Lei 8.884/94.

Esse caso resume bem o padrão mínimo exigido pela autoridade concorrencial em casos que envolvam direito da concorrência, propriedade industrial e o instituto sham

---

ainda que por breve período, potencial prejuízo à ordem econômica como um todo (e, por consequência, à sociedade), considerando as peculiaridades do mercado relevante, da demanda (seu impacto social) e a quantidade de produtos hábeis à substituição do produto da representada”.

<sup>120</sup> Conclusões retiradas do trecho do voto a seguir: (...) a condenação ora proposta baseia-se precisamente no enfoque do abuso de direito sustentado pela representada, ou seja, está lastreada no desvio de finalidade do direito, identificado a partir da violação objetiva do dever de cuidado e da boa-fé objetiva. Com efeito, a forma como procedeu a representada para buscar a proteção patentária de seu produto não levou em consideração os deveres decorrentes da cláusula geral da boa-fé objetiva, sobretudo no que toca aos deveres de informação e de diligência. Verifica-se, aqui, a violação da boa-fé perante o Poder Judiciário, quando deixou de esclarecer a situação em que realmente se encontrava o objeto de sua demanda para que obtivesse prestação em seu favor, motivo pelo qual seria dispensável, para a identificação da ilicitude, o exame do elemento subjetivo da conduta (existência de má-fé ou boa-fé subjetiva). No caso sob exame, esses deveres eram particularmente acentuados, em razão do potencial de restrição à concorrência decorrente do EMR (“Exclusive Marketing Right”)100, especialmente levando em consideração a ausência de regulamentação do instituto, bem como o fato de que o monopólio se assenta em mera expectativa de direito e precede a manifestação da autoridade competente sobre o objeto da patente. Some-se a isso o fato de que as condutas constituíram uma estrutura complexa de demandas judiciais, que se entrelaçam temporariamente e confundem-se espacialmente.”

litigation: deve-se ter em foco os fatos, a realidade econômica do caso em análise e exclusão de possíveis ‘rótulos’.

Implicações das penalidades impostas: em acesso às informações públicas do processo administrativo, consta que a Representada não efetuou o pagamento da condenação. Houve assim a inclusão no Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Federais – CADIN. Por força de liminar judicial restou determinada a exclusão de tal cadastro.

O caso ainda está em discussão judicial. Até o presente momento processual a Representada conseguiu reverter a penalidade imposta pelo CADE. O entendimento do TRF/1 Região foi no sentido de que não houve provas suficientes para a caracterização da conduta imputada.<sup>121</sup>

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
2.12.2011	24.6.2015	PRE POSCO	Abuso do direito de petição; Ato ilícito e má-fé

Vale aqui citar o estudo realizado por Renata Monteiro e Almeida a qual comprovou financeiramente os prejuízos causados pelo monopólio ilegal deferido e defendido ao longo dos anos pela Representada e o quanto a concorrência é capaz de reduzir os preços dos medicamentos. Senão, vejamos:

“(…) mesmo sem patente, até 05 de junho de 2007, houve

---

<sup>121</sup> Para maiores detalhes do caso (ultimo acesso em 28/10/2019).

<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=150554920164013400&secao=DF&nome=ELI%20LILLY%20DO%20BRASIL%20LTDA&mostrarBaixados=N>

<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=86109320084013400&secao=DF&nome=ELI%20LILLY%20DO%20BRASIL%20LTDA&mostrarBaixados=N>

<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=31182320084013400&secao=TRF1&nome=ELI%20LILLY%20DO%20BRASIL%20LTDA&mostrarBaixados=N>

comercialização exclusiva pela Eli Lilly e, com a decisão judicial do Distrito Federal, essa condição perdurou de 19 de julho de 2007 a 25 de outubro de 2007 em relação a Sandoz (à exceção dos casos demonstrados no tópico 4.1). Mas, mesmo que o direito de comercialização exclusiva, em um segundo momento, só tenha se limitado ao câncer de mama, os concorrentes (além da Sandoz) só ingressaram amplamente neste mercado após a suspensão da liminar pelo STJ, em 2008.

(...)

Pelo gráfico acima nota-se que a própria Sandoz, principal concorrente da Eli Lilly quando da perda da sua condição monopolista, acaba tendo o seu “market share” reduzido a zero, assim como o medicamento de referência, diante da ampla competição com os demais fornecedores de similares e de genéricos.

(...)

Retomando a análise da série temporal, quanto maior a concorrência, maior tem sido a queda percentual do preço médio da “gencitabina” no tempo. No caso da apresentação de 1 g do medicamento, a queda foi de 96,3% desde o início da série. Na forma de apresentação 200 mg, esta queda foi de 92,4% de 2004 a 2015. O gráfico abaixo indica o preço médio ponderado ano a ano da “gencitabina”, por unidade de 200 mg e de 1 g, nos pregões realizados pelo Governo Federal”.<sup>122</sup>

### *3.17-Processo Administrativo n.º 08700.011112/2014-14 (Ministério Público do Rio Grande do Norte x SindPostos/RN e outros)<sup>123</sup>*

Tratou-se de uma denúncia realizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte em desfavor do Sindicato de Postos do Rio Grande do Norte e diversos postos/pessoas físicas. O caso não envolveu apenas a análise de *sham litigation*, mas também influência à conduta uniforme e criação de barreiras à entrada de concorrentes (tema conexo ao ora sob estudo).

Em síntese, a acusação referente de influência à conduta uniforme consistiu em atos de comunicação dos representantes do Sindicato com a mídia e com empresas, enquanto que a acusação de criação de barreiras à entrada referiu-se a ações junto ao Legislativo local para impedir a liberação de instalação de postos em hipermercados e

---

<sup>122</sup> ALMEIDA, Renata Monteiro de. *Sham Litigation na Indústria Farmacêutica: análise do INPI, CADE e Judiciário a partir do pedido de patente do “cloridrato de gencitabina”*, p. 83 e seguintes.

<sup>123</sup>

Disponível

em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6ZlwydI0lhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13\\_Jxkw\\_XNNMaU5Vs\\_H9jKX58TWQbNCwPf9aJjTvwsr2JHml](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6ZlwydI0lhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxkw_XNNMaU5Vs_H9jKX58TWQbNCwPf9aJjTvwsr2JHml). Último acesso: 4.11.2019



supermercados no município de Natal, o que era proibido pela Lei Municipal nº 4.986/98. Essas ações ocorreram sobretudo no ano de 2011.

A SG concluiu que o Sindipostos, seus três dirigentes e “as respectivas pessoas jurídicas” teriam incorrido nas condutas passíveis de enquadramento no art. 20, I e IV, e art. 21, II e IV, da Lei nº 8.884/94. A ProCADE e o MPF acompanharam o entendimento da SG, com duas exceções. Primeiro, enquanto a SG recomendou a condenação dos dirigentes dos sindicatos e de suas “respectivas pessoas jurídicas”, os outros dois pareceristas recomendaram a condenação apenas das pessoas físicas. Segundo, enquanto a SG recomendou a abertura de processo apenas contra os Srs. Keines Garcez e Eduardo Augusto, no que foi acompanhada pelo MPF, a ProCADE recomendou também a abertura do processo contra as pessoas jurídicas representadas por essas pessoas físicas.

Quando da análise do mérito referente ao instituto *sham litigation*, a Conselheira Relatora entendeu que, em que pese os evidentes prejuízos à concorrência e ao consumidor de uma lei dessa natureza, é necessário inicialmente considerar que há um conflito normativo. De um lado, há o princípio da livre concorrência, previsto no art. 170, inciso IV, da CF/88, e as normas concorrenciais, em especial, à época, a Lei nº 8.884/94, e, de outro lado, o direito fundamental de petição, previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição.

A questão pontuada é se os representados poderiam defender seus interesses econômicos por meio da tentativa de impedir a aprovação do PL 411/09 na Câmara Municipal, ainda que em claro detrimento da concorrência. Primeiramente, restou apreciadas considerações sobre o abuso de peticionar junto ao Legislativo e Executivo na jurisprudência do CADE.<sup>124</sup>

Em suma, no primeiro caso, houve condenação com base apenas nas provas de que os Representados agiram fazendo pressão sobre o Poder Público. Já nos três casos seguintes, os Conselheiros Cueva, Pontual e Gilvandro analisaram a questão sob a égide da doutrina Noerr-Pennington e destacaram parâmetros interpretativos, com alguma

---

<sup>124</sup> A jurisprudência do CADE em relação ao abuso do direito de petição perante o Legislativo vem evoluindo, sendo que o primeiro voto que se destacou em termos de precedentes por sistematizar parâmetros interpretativos é o voto-vista do Conselheiro Ricardo Cueva na Averiguação Preliminar nº 08012.006076/2003-72. Em seguida, constam considerações adicionais especialmente no voto do Conselheiro Eduardo Pontual no Processo Administrativo nº 08012.010648/2009-11, e do Conselheiro Gilvandro Araújo, no Processo Administrativo nº 08012.010075/2005-94.

variação, para determinar a condenação, fundamentada no cabimento da exceção à essa doutrina. Basicamente, os parâmetros são: (i) a plausibilidade do direito invocado; (ii) a veracidade das informações; (iii) a adequação e razoabilidade dos meios utilizados; e (iv) a probabilidade de sucesso da postulação.

No caso analisado, não há dúvidas de que houve movimento por parte do Sindipostos e de seus representantes, bem como pelo jornalista Rildeniro Medeiros, no sentido de impedir a aprovação da nova lei. Não há dúvidas de que a referida restrição é socialmente indesejável, pois implica em restrição à concorrência, sem qualquer benefício à sociedade, com exceção aos proprietários de postos. Entretanto, essas ações, apesar de talvez censuráveis de um ponto de vista ético, por objetivarem um benefício próprio em detrimento dos consumidores, são legais, por dois motivos.

O primeiro é que os Representados não almejavam a criação de uma lei que viesse a restringir a concorrência. Na verdade, o parlamento municipal já havia aprovado uma lei em 1999, que restringia a abertura de postos em supermercados, hipermercados e shopping centers no município de Natal. Essa lei, por mais deletérios que possam ter sido seus efeitos, naturalmente passou pelo crivo dos representantes do povo, e poderia ter sido questionada por diferentes órgãos de controle.

Na verdade, em 2011, o Ministério Público Estadual ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0009130-02.2011.8.20.0000, contra referida lei. Considerando que em 2013 o próprio Legislativo retirou a restrição a supermercados e hipermercados, mantendo a quanto a shopping centers, a ação perdeu parte do objeto, mas o Tribunal de Justiça do Estado reconheceu a inconstitucionalidade da lei nessa parte, tanto em relação à Constituição Estadual quanto à Federal, por ofensa aos princípios da livre concorrência, democracia econômica, da proporcionalidade, bem como da incompatibilidade com as normas que regem a política nacional das relações de consumo. Fato é, contudo, que essas restrições se mantiveram por mais de uma década e os Representados apenas buscaram sua manutenção. Assim, pode-se argumentar que seria menos grave uma ação no sentido de preservar uma lei já existente do que tentar a inserção de uma nova no ordenamento jurídico.

O segundo, diz respeito à ação junto ao Legislativo, ressaltando que não restou verificado a utilização de qualquer ato inequivocamente ilícito ou enganoso por parte dos Representados. Se o legislador local optou por manter a proibição, naturalmente

influenciado por um determinado grupo de interesse, ele o fez por uma decisão política consciente de suas consequências, e, caso houvesse qualquer questionamento de afronta da referida lei à Constituição, há meios claros para o devido controle jurídico de constitucionalidade. Esse raciocínio valeu tanto para o Sindipostos quanto para seus representantes e para o jornalista Rildeni Medeiros, no que tange à sua atuação de *lobby*, lembrando que o último também atuou junto à mídia. Pensar que tal ação constituiria um ilícito *per se* implicaria na abertura de processos administrativos nas mais diversas áreas.

Assim, inegável que o resultado pretendido por esse *lobby* é sabidamente negativo para a concorrência e para o consumidor. Entretanto, conforme já dito, segundo a doutrina Noerr-Pennington e a própria Constituição Federal, o direito de acesso ao Legislativo deve ser preservado e, sua exceção, em caso de condenação por algum ilícito concorrencial, deve ocorrer apenas nos casos em que haja prova clara e irrefutável de que houve meio fraudulento ou enganoso nas influências exercidas sobre os agentes do poder público.

A democracia tem suas imperfeições, mas o CADE e outros entes estatais devem ser ponderados para não querer transformar a democracia em tecnocracia. Se o processo legislativo ocorreu de forma regular, o limite de ação dos órgãos técnicos é limitado. Se a lei é inconstitucional, cabe ao Judiciário declará-la como tal, preferencialmente de forma célere, a fim de evitar que os danos à sociedade se prolonguem no tempo.

Diante das considerações acima apresentadas, o Tribunal do CADE, à unanimidade, determinou o arquivamento do processo administrativo.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
30.4.2014	15.12.2017		art. 170, inciso IV, da CF/88; Lei nº 8.884/94; direito fundamental de petição, previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição.

*3.18-Processo Administrativo n.º 0870.006964/2015-71(Diretório Central dos Estudantes Honestino Guimarães e Uber do Brasil Tecnologia Ltda.)<sup>125</sup>*

Tratou-se de Representação iniciada pelo Diretório Central dos Estudantes do Centro Universitário de Brasília (DCE-UniCeub) e Diretório Central dos Estudantes Honestino Guimarães (“DCE-UnB”) (em conjunto denominados de “DCEs”) apuração de suposta violação ao art. 36, § 3º, incisos III (“limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado”), IV (“criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”) e XII (“destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los”) da Lei 12.529/11, no mercado de transporte de passageiros.

Após Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo para Apuração de Infrações à Ordem Econômica, o Processo Administrativo foi instaurado. Em 18.10.2017, a Superintendência-Geral do CADE recomendou o arquivamento em virtude da inexistência de indícios suficientes de configuração de infração à ordem econômica. ProCADE e MPF seguiram o mesmo entendimento.

No tocante ao tema de interesse da presente tese, o Conselheiro Relator Mauricio Bandeira Maia analisou as três ações judiciais mencionadas pelas Representantes – as quais poderiam ser enquadradas como condutas de abuso anticompetitivo do direito de petição.

Isso porque, as ações seriam repetidas, mesmo pedido e causa de pedir, sendo que duas delas teriam as mesmas partes, tendo sido protocoladas em foro distintos, o que caracterizaria uma tentativa de burlar a distribuição por dependência com intuito de procurar o foro mais favorável e dificultar a defesa. Ainda, aduziram que os argumentos e os advogados são os mesmos, dizendo que isso demonstraria o caráter concertado da conduta.

---

125

Disponível

em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYi\\_cbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOcXG1XMZRO1jacYuDgk8XRn0wQxNuy\\_37iWNeSlz4J93vANK8FdEVIJc2\\_5cb83H9GDm0HXiRV8MBj569\\_M7Cm](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYi_cbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOcXG1XMZRO1jacYuDgk8XRn0wQxNuy_37iWNeSlz4J93vANK8FdEVIJc2_5cb83H9GDm0HXiRV8MBj569_M7Cm) Último acesso em 4.11.2019

Mencionou o Relator a análise minuciosa elaborada pela SG ao tratar o tema, incluindo os testes PRE, POSCO, fraude e má-fé. Para ele, contudo, o caso poderia ser resolvido de maneira mais simples quanto a esta questão, *in verbis*:

“ A propósito, considero primorosa e de substancial importância para nossa jurisprudência a análise realizada pela SG. Contudo, me parece que o presente caso pode ser resolvido de maneira mais simples quanto a essa questão. Nesse sentido, entendo que os argumentos apresentados pelas Representadas merecem prosperar.

Com efeito, o direito de petição não é absoluto e não está imune à avaliação do CADE quanto a possibilidade de gerar práticas anticompetitivas<sup>71</sup>. Contudo, tendo em vista a própria novidade do tema, existia à época uma dúvida jurídica plausível a respeito da legalidade das ERTs. Dúvida essa compartilhada inclusive pelo Judiciário brasileiro, ocasionando, em sintonia com as narrativas das Representadas, um momento inicial em que houve uma ambiguidade nas decisões sobre quais seriam as partes legítimas, os instrumentos judiciais devidos e a competência dos foros, em um quadro de relativa incerteza jurídica, o que acabou suscitando nas Representadas a urgência e necessidade de se impetrarem diferentes ações até que as questões pudessem ser definidas pelo próprio Judiciário.

Tendo em vista a novidade que as ERTs representaram para o mercado e a dúvida reinante sobre o tema, a demanda dos taxistas em reconhecer a proibição dos aplicativos de transporte individual de passageiros não parece estar totalmente despida de fundamento, a ponto de se considerar o seu acesso ao judiciário como abusivo, conquanto se concorde com os benefícios que os novos serviços traziam para o mercado e para a concorrência. Nesse contexto, não se afigura possível afirmar que o fato de várias entidades ingressarem com ações semelhantes constitui litigância abusiva, especialmente diante da existência de dúvida razoável sobre o mérito de suas demandas e o fato de se considerarem vítimas de lesões de direito ocasionadas pelo surgimento de um novo tipo de serviço, até então não regulado.

Ainda, no que se trata das ações trazidas aos autos pela Uber, cabe pontuar que apenas cinco delas foram propostas por Representados do presente processo. Dessas cinco ações, apenas duas são propostas pelo mesmo autor (Sr. José Renan de Freitas, conforme já abordado acima no presente Voto). Portanto, diante do contexto nacional de dúvida que havia à época, não há também que se falar em número exorbitante de ações judiciais.

Quanto ao emprego de trechos semelhantes e da contratação dos mesmos escritórios para causas específicas por diferentes demandantes, em minha visão, as alegações dos Representantes não merecem guarida. O uso de modelos é profundamente disseminado na cultura jurídica, quer seja uma prática tida como bem vista ou não, e não pode ser considerada, por si só, como coordenação entre agentes. Da mesma maneira se verifica no tocante à contratação dos mesmos escritórios, pois tal circunstância não significa necessariamente uma coordenação entre os demandantes sem que haja outros elementos de prova dessa atuação concertada. Como não há nenhum elemento nesse sentido juntado aos autos, a alegação não se sustenta.”

Diante das ponderações acima tratadas, o Tribunal do CADE, em sua unanimidade, determinou o arquivamento do processo administrativo.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
8.7.2015	9.7.2018	PRE POSCO Litigância fraudulenta	Abuso do direito de petição Má-fé

**3.19-Processo Administrativo n.º 08012.006377/2010-25 (Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos x Lundbeck)<sup>126</sup>**

Tratou-se de processo administrativo iniciado por meio de Representação da Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos (“Representante”), referente a supostas condutas anticompetitivas por parte da H Lundbeck A/S e Lundbeck Brasil Ltda.

A Pró Genéricos se apresentou como entidade de classe, constituída em 2001, representante dos principais laboratórios farmacêuticos nacionais e multinacionais que atuam na produção e comercialização de medicamentos genéricos do País. A Lundbeck, por sua vez, faz parte de grupo farmacêutico especializado em medicamentos voltados ao tratamento de distúrbios do sistema nervoso central, responsável pela comercialização do medicamento Lexapro (princípio ativo escitalopram).

A Representação foi ofertada à extinta Secretaria de Direito Econômico – SDE em 16 de junho de 2010. De acordo com a Representante, a Lundbeck teria praticado condutas potencialmente anticompetitivas que configurariam *sham litigation* e abuso de direito (propriedade industrial e sanitário), previstas no art. 21, incisos VI, V, X e XVI

126

Disponível

em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYiCbuRZEFhBtN3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP1geXQIXShQfVrFaJqTR5ovkC9k0wbLg09YORtAxcnpPwEflPSTJfn8oTZQEB\\_aBmBa5jUq\\_EDNNIWOPqde2](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYiCbuRZEFhBtN3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP1geXQIXShQfVrFaJqTR5ovkC9k0wbLg09YORtAxcnpPwEflPSTJfn8oTZQEB_aBmBa5jUq_EDNNIWOPqde2). Último acesso em 8.5.2019

c/c art. 20, incisos I, II e IV, ambos da Lei nº 8.884/1994, correspondentes ao art. 36, incisos I, II e IV, §3º, inciso III, IV, VIII e XIX da Lei nº 12.529/2011.

Em abril de 2018, a Superintendência-Geral do CADE (“SG/CADE”) emitiu seu parecer, recomendando o arquivamento do Processo Administrativo. Esse entendimento foi seguido pela Procuradoria Especializada junto ao CADE e também pelo Ministério Público Federal junto ao CADE.

O argumento central da Representante dizia respeito à necessária disponibilização do *data package* - que é confidencial e não pode ser entregue a terceiros ou publicado pela autoridade sanitária sem autorização do laboratório que o produziu. Nesse contexto, as condutas denunciadas partiram do questionamento, pela Lundbeck, quanto à proteção ao *data package*, em especial se a sua utilização (mesmo que indireta) para registro de medicamentos genéricos e similares seria indevida.

A regulação permite que os medicamentos genéricos e similares sejam registrados sem a apresentação dos testes clínicos e não clínicos, desde que se demonstre a biodisponibilidade e a bioequivalência em relação a um medicamento de referência. Tal regulação tem como objetivo o estabelecimento de um procedimento mais rápido e menos custoso de registro para medicamentos genéricos e similares, facilitando a entrada de novos concorrentes.

De outro lado, a Lundbeck questionou a adequação dessa regulação, sob o argumento de que o dossiê estaria protegido por direitos de propriedade industrial. Ou seja, a aprovação de medicamentos genéricos/similares de forma simplificada, apoiando-se em testes clínicos e não clínicos já apresentados ao regulador pelo laboratório fabricante do medicamento de referência, e sem licença prévia deste, constituiria concorrência desleal por parte dos novos entrantes. Isso porque, os testes e dados submetidos à Anvisa seriam sigilosos, protegidos por lei e teriam custo muito superior ao custo de testes de bioequivalência e biodisponibilidade sobre os quais se submetem os concorrentes genéricos para registro sanitário.

É importante registrar que a proteção que a Lundbeck buscou não é do produto ou de um processo inovador, mas do conjunto de testes e estudos essenciais ao desenvolvimento de determinado produto que esteja ou não protegido por patente, consubstanciado no *data package*.

Quando da abertura do Processo Administrativo, a SDE limitou o escopo de análise a cinco medidas judiciais e extrajudiciais – as quais foram devidamente analisadas pelo Tribunal quando do julgamento do caso.

Ponto que voltou ao destaque diz respeito à necessidade ou não da definição do mercado relevante para concluir (i) se o agente possui condições de realizar uma prática ilícita; e (ii) se o agente tem interesse, ou seja, se há racionalidade econômica na realização da prática, que resultará em ganhos individuais para o agente infrator.

Quanto ao primeiro ponto, o propósito da definição de mercado relevante ganha contornos muito específicos em casos de abuso de direito de petição. Isso porque, uma decisão judicial obtida por meio de artifícios ilícitos ou de informações enganosas pode ter executabilidade imediata, portanto, seus efeitos serão sentidos no mercado, independentemente do tamanho do agente que propõe a ação. Ou seja, é possível que ocorra danos ou mesmo a exclusão de rivais independentemente da avaliação da participação de mercado do agente infrator.

Já em relação ao interesse do agente em abusar do seu direito de petição com objetivo anticompetitivo, se sua prática não for detectada e coibida, mas, pelo contrário, seja efetivamente realizada, haverá um custo zero de implementação da conduta por parte do agente infrator. A SG/CADE destacou que essa característica não é verificada, necessariamente, em outras práticas anticompetitivas, que em geral necessitam de um dispêndio de energia e de dinheiro para garantir a sua implementação.

Pois bem. Os defensores da tese de proteção ao *data package* argumentaram que o registro de medicamentos genéricos/similares, “apoiando-se” em dados do *data package* apresentado pelo proprietário do medicamento de referência, sem que tenha havido autorização para tal utilização indireta, constituiria concorrência desleal. Essa tese se baseou em determinados dispositivos legais (incluindo LPI/TRIPS).

Noticiada para se manifestar nos autos, a ANVISA afirmou categoricamente que não haveria qualquer violação à LPI ou ao TRIPS no processo de registro de medicamentos genéricos e similares, já que os dados permanecem em sigilo e são acessados tão somente pelo regulador. Para a Agência, o escopo protetivo se refere ao acesso (cópia e vista).

Ademais, segundo essa linha de argumentação, o legislador brasileiro teria optado, conscientemente, por não conferir proteção a *data package* relacionado a



medicamentos para uso humano. A Lei nº 10.603/2002 garante proteção de informação não divulgada submetida para aprovação da comercialização a diversos produtos, mas não inclui medicamentos para saúde humana.

A exclusão dos medicamentos para saúde humana não teria sido ao acaso: a Lei nº 10.603/2002 provém da conversão da Medida Provisória 69/2002, a qual previa a proteção não apenas de fármacos de uso veterinário, como também de uso humano. O veto desta previsão representaria uma opção do legislador em não conferir, ao *data package* utilizado para medicamentos humanos, a mesma proteção conferida aos testes e dados utilizados no processo de registro de produtos veterinários, fertilizantes, agrotóxicos, seus componentes e afins.

Destacou-se também que os artigos 195, inciso XIV da Lei nº 9.279/1996 (LPI), c/c 39.3 do Decreto nº 1.355/1994 (TRIPS), protegem resultados de testes ou dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforços consideráveis e que tenham sido entregues como condição para aprovação de um medicamento.

Justamente por isso, eventuais registros de medicamentos genéricos/similares ao seu, concedidos mediante a exigência de apresentação de testes de bioequivalência e biodisponibilidade, sem a apresentação de teste de segurança e eficácia, seriam uma afronta à confidencialidade do conteúdo de seu dossiê e à Lei nº 6.360/1976 (Lei de Vigilância Sanitária), já que esta exige a comprovação de segurança e eficácia para a concessão do registro de qualquer medicamento.

Considerando a controvérsia e as medidas judiciais e extrajudiciais apresentadas pela Lundbeck, analisou-se se a propositura dessas medidas poderia configurar abuso de direito de petição ou exercício abusivo de direito de propriedade industrial. Para tanto, fez-se uso dos testes POSCO, PRE e também uma análise pela litigância fraudulenta.

Esta última (*fraud litigation*) busca avaliar se houve a apresentação de falsidade na argumentação ou nas informações fornecidas ao Poder Judiciário ou agente administrativo. A ideia por trás dessa avaliação é garantir que não houve falhas quando da aplicação do Teste PRE, tendo em vista que esse pode não identificar a litigância fraudulenta.

A Nota Técnica de instauração do Processo Administrativo sugeriu a possibilidade de litigância fraudulenta. Porém, assim como a SG/CADE, o Tribunal

entendeu que a análise realizada por meio do teste PRE, para esse caso, já considerou a possibilidade de omissões ou contradições por parte da Representada. Nos termos da SG/CADE:

- a. não se pode afirmar que a Lundbeck omitiu informações relevantes no âmbito das ações judiciais e demais medidas extrajudiciais, e tampouco que tenha apresentado posições contraditórias que pudessem induzir o Juiz a erro;
- b. não há nestes autos denúncia de fraude. Não há que se falar em informação de fatos sabidamente falsos ao Judiciário, uma vez que se trata de uma questão de direito, da discussão de uma tese acerca de possível interpretação da legislação vigente. Tampouco há indícios de que a Representada se valeu de fraude para obter provimento estatal favorável e, assim, causar danos à concorrência;
- c. os posicionamentos questionáveis da Representada com relação à segurança dos genéricos, verificou-se, do exame dos documentos acostados aos autos, que tal argumento é absolutamente lateral à questão principal levantada pela Lundbeck, qual seja: a existência ou não de concorrência desleal em decorrência de procedimento menos custoso para o registro de genéricos e similares, apoiando-se (ainda que indiretamente) em testes realizados e custeados pelo laboratório fabricante do medicamento de referência, mesmo na ausência de licença ou autorização deste último laboratório. Como visto, esses posicionamentos não foram centrais para a decisão de mérito proferida pelo Judiciário.

Com base nas descrições acima, o Tribunal concluiu que não foram verificados elementos suficientes para a caracterização da conduta anticompetitiva de *sham litigation*, nos parâmetros considerados pela jurisprudência do CADE.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
16.6.2010	4.10.2018	POSCO PRÉ	Abuso do direito de petição; Fraude; LPI.

### 3.20- Processo Administrativo n.º 08700.009588/2013-04 (SETCESP x ECT)<sup>127</sup>

O Processo Administrativo originou-se de Representação do Setcesp (Sindicato das Empresas de Transportes de Carga de São Paulo), apresentada em 30 de outubro de 2013, com pedido de adoção de medida preventiva em desfavor da ECT. Em síntese, o Setcesp alegou que a ECT estaria praticando as seguintes condutas:

- (i) Tentativa de expandir a incidência do monopólio legal para serviços que não estariam nele incluídos (motofrete, entrega de cartões magnéticos e talões de cheque e medição de consumo de água ou luz com emissão simultânea de fatura), por meio de notificações extrajudiciais a empresas concorrentes e de ações judiciais, que aumentam os custos dos rivais; e
- (ii) Discriminação de rivais, praticando preços e condições de contratação mais benéficos aos clientes finais não concorrentes, em detrimento dos clientes finais concorrentes.

A SG/CADE iniciou a instrução do procedimento, instaurando Inquérito Administrativo e em maio de 2016 instaurou-se o Processo Administrativo em virtude de alegadas práticas anticoncorrenciais de abuso de posição dominante, enquadradas nos incisos III (limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado), IV (criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços), V (impedir o acesso de concorrentes às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologias, bem como aos canais de distribuição), X (discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços) e XI (recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais) do §3º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, combinados com os incisos I, II e IV do *caput* do mesmo artigo, correspondentes ao art. 20, incisos I, II e IV, combinados com o art. 21, incisos IV, V, VI, XII e XIII, da Lei nº 8.884/1994.

Após longo trâmite do Processo Administrativo sancionador, a Superintendência-Geral do Cade emitiu sua opinião final na qual recomendou a

---

127

Disponível

em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13\\_JxqC4HRMB0nKkMcpGxjal8KKjOJX8ankN1DRW\\_g7jYePH](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxqC4HRMB0nKkMcpGxjal8KKjOJX8ankN1DRW_g7jYePH). Último acesso em 4.11.2019

condenação da Representada ECT. Na 138ª Sessão Ordinária de Distribuição, o Processo Administrativo foi distribuído ao então Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. A redistribuição ocorreu na 156ª Sessão Ordinária de Distribuição, ocorrida em 7 de novembro de 2017, atribuindo a relatoria do Processo Administrativo a então Conselheira Polyanna Vilanova.

Ato contínuo, tanto a ProCADE quanto o MPF/CADE emitiram parecer sugerindo a condenação, sendo que a ProCADE também recomendou a adoção de remédios por meio dos quais a Representada assumisse o compromisso de cessação das supostas práticas apontadas.

No início do mês de dezembro de 2019, a ECT apresentou proposta (em sua versão final) de TCC (Termo de Cessação de Conduta), nos termos do art. 222, §4º do RICADE e nos termos negociados com a Comissão de Negociação.

Conforme o disposto no art. 85 da Lei nº 12.529/2011, a proposta final de TCC deveria conter obrigatoriamente os seguintes elementos:

- (i) Obrigações do Representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos;
- (ii) Valor da multa pelo descumprimento, total ou parcial, das obrigações assumidas; e
- (iii) Valor da contribuição pecuniária a ser recolhida ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, quando cabível.

Buscando cumprir o objetivo do TCC, qual seja, preservar, proteger e disciplinar as condições concorrenciais no mercado brasileiro de prestação de serviços postais, estabeleceu-se, na Cláusula Terceira do TCC, compromisso principal, no qual a ECT criaria, em até doze meses, um Programa de *Compliance* Concorrencial. Este Programa deveria estabelecer procedimentos preventivos e de monitoramento para evitar a prática de condutas anticompetitivas, em especial aquelas concernentes às infrações de litigância abusiva com finalidade anticompetitiva (*sham litigation*) e discriminação econômica contra concorrentes.

Além disso, estabeleceram-se cinco compromissos adicionais relacionados ao Programa de *Compliance* Concorrencial, quais sejam: (i) estabelecimento de procedimentos prévios para a propositura de ações; (ii) proibição de propositura de ações

cujo objeto se refira ao Recurso Extraordinário nº 667958 afetado por Repercussão Geral até a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (STF); (iii) medidas de não-discriminação; (iv) fiscalização do TCC por um Supervisor de Monitoramento; e (v) publicação dos termos da decisão do CADE e do TCC.

Por meio do TCC, criou-se um protocolo com indicação de procedimentos a serem adotados pela ECT antes da propositura de ações judiciais, conforme Cláusula 3.2. Esse compromisso abarcou as preocupações relacionadas tanto com a suposta conduta de *sham litigation*, quanto com a de restrição pura à concorrência, tendo em vista que os procedimentos serão adotados em ações de todos os temas definidos no Processo Administrativo nº 08700.009588/2013-04. Segundo a SG/CADE, os abusos da ECT seriam verificados em quatro tipos de ações:

- (i) Tema A: entrega de cartões magnéticos e talões de cheque;
- (ii) Tema B: ações relacionadas a licitações para contratação de motofrete;
- (iii) Tema C: leitura do hidrômetro medidor de consumo com emissão e entrega imediata (sem postagem) de fatura de conta de água/luz; e
- (iv) Tema D: entrega, por meios próprios, de cobrança tributária.

Com esse protocolo, pretendeu-se garantir que a atuação judicial da empresa seja plenamente compatível com o princípio da livre concorrência e que a Lei nº 12.529/2011 seja fielmente observada, além das demais legislações que tratam de matéria concorrencial. Para tanto, a ECT obrigou-se a adotar as seguintes medidas, entre outras que se mostrem adequadas:

- (i) A criação de um banco de dados, compartilhado e acessível a todos os órgãos jurídicos da ECT, no qual constarão todas as ações judiciais já propostas pela empresa, que tenham por objeto a proteção do privilégio postal previsto em lei. Farão parte desse banco de dados tanto as ações que estejam em curso, quanto as já transitadas em julgado. As ações deverão ser identificadas na base de dados por parâmetros como: parte requerida, empresa concorrente relacionada (caso não seja a requerida), causa de pedir, foro, breve descrição dos fatos, *status* do processo, entendimentos exarados pelo órgão judicial acionado em relação à extensão do monopólio, dentre outros;

- (ii) O estabelecimento de procedimento padrão escalonado a ser seguido antes da propositura da ação, incluindo a consulta prévia ao banco de dados, a notificação extrajudicial da parte contrária e o pedido de informações sobre os serviços contratados por concorrência, em caso de editais públicos de licitação;
- (iii) A instituição de uma instância revisora na estrutura interna da ECT para acompanhar e validar a propositura de ações; e
- (iv) A inclusão no banco de dados, de forma imediata e com destaque, das novas ações propostas, incluindo, além dos parâmetros mencionados acima, uma síntese da justificativa dada para a propositura ação, que deverá ser validada pela instância revisora.

Especificamente em relação às supostas condutas de *sham litigation* e de restrição pura à concorrência em ações dos Temas C e D, estabeleceu-se compromisso no qual a ECT não proporá ações até que o STF julgue definitivamente o Recurso Extraordinário nº 667958, tendo em vista que este produzirá efeitos concretos e definitivos sobre esses temas.

A Cláusula 3.3. do TCC estabeleceu que a ECT não ingressará com novas ações contra: (i) pessoas jurídicas de direito público ou privado, questionando o fornecimento ou contratação de serviços de leitura de hidrômetro ou medidor de consumo de emissão e entrega imediata (sem postagem) de fatura de conta de água ou luz (Tema C); e (ii) Entes Federativos, questionando a realização, por meios próprios, de entregas de notificações de cobrança de natureza tributária (Tema D).

Além disso, restou acordado que serão apresentados ao CADE, em prazos específicos estabelecidos no TCC:

- (i) O programa de *Compliance* Concorrencial;
- (ii) Relatórios semestrais a respeito da sua atuação judicial, bem como a atualização da tabela de processos em que é autora, sobretudo considerando os quatro temas de ação que foram objeto de investigação do CADE;
- (iii) Relatórios trimestrais sobre o andamento do Recurso Extraordinário nº 667958, que tramita no Supremo Tribunal Federal; e
- (iv) As metas de qualidade dos serviços de encomenda previstas na Cláusula 3.5.6., apresentando atualizações semestrais sobre seu cumprimento.

Como definiu o Conselheiro Luiz Fernando Schuartz, o acordo será conveniente e oportuno caso “as consequências esperadas a ela associadas forem, desse ponto de vista exclusivamente, “estritamente preferíveis” àquelas associadas à decisão de não celebrá-lo<sup>128</sup>”. Ou seja, pautado pelo juízo de conveniência e oportunidade, o CADE avaliará se as informações e afirmações apresentadas por meio da celebração do TCC colaboram para a instrução processual, a ponto de justificar a suspensão do processo em relação aos Compromissários. E assim foi feito. O Tribunal do CADE, por unanimidade, homologou o TCC da ECT.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
30.10.2013	5.12.2018	PRE POSCO	Abuso do direito de petição;

Implicações dos compromissos assumidos: em acesso às informações públicas do processo administrativo, consta parecer elaborado pela Procuradoria do CADE<sup>129</sup> referendado pela SG, o qual sucintamente atestou:

Tempestivo e adequado cumprimento da 1ª parcela da contribuição pecuniária prevista na cláusula 5.  
Adequado cumprimento das demais obrigações do TCC até o presente momento.  
Ressalva quanto ao supervisor nomeado, cuja função demanda uma posição externa em relação à compromissária. Sugestão de substituição.

<sup>128</sup> Voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz no Requerimento 08700.004221/2007-56, referente ao Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79.

<sup>129</sup> Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g\\_PuAKStTINGP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA12Zh5gVlv8dBqWIZCx\\_eaUEzcyWMlxZkrolaDKv1cm-](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINGP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA12Zh5gVlv8dBqWIZCx_eaUEzcyWMlxZkrolaDKv1cm-). Último acesso em 4.11.2019

Ressalva quanto ao banco de dados desenvolvido, que demanda implementação futura. A ressalva, no entanto, não impede o reconhecimento de adequação dos compromissos de controle.

Em julgamento datado de 16/10/2019, por unanimidade, o Plenário do CADE homologou o parecer prolatado pela Procuradoria do CADE referendado pela SG acima citado.

### ***3.21 - Procedimento Preparatório n.º 08700.000015/2018-20 (Warie Industrial Ltda. EPP)***<sup>130</sup>

Tratou-se de procedimento preparatório iniciado por meio de Representação<sup>131</sup> da Warie Industrial Ltda. EPP (“Intraoss” ou “Representante”) protocolada junto ao CADE em 02 de janeiro de 2018, denunciando supostas condutas potencialmente anticoncorrenciais por parte das empresas JJGC Indústria e Comércio de Materiais Dentários S.A. (“Neodent”) e Straumman B.V. (“Straumman”, em conjunto denominadas “Representadas”), com base em supostos indícios de *sham litigation* e abuso de direito de propriedade industrial.

Em agosto de 2018 a SG/CADE emitiu despacho decisório arquivando o procedimento preparatório pela insubsistência dos indícios de infração à ordem econômica constante dos autos. Interposto recurso pela Representante, este restou improvido pela própria SG sob os mesmos argumentos anteriormente lançados.

O caso restou avocado por unanimidade pelo Plenário do Cade por despacho proposto por mim à época. Sucintamente, sem analisar o mérito das ações, por meio dos testes usualmente utilizados para a verificação de conduta de *sham litigation*, pontuou-se que a existência de poder de mercado por parte das Representadas, somada aos relatos e documentos da Representante quanto à obtenção dos desenhos industriais e as ações judiciais, indicam que, caso seja configurado o abuso do direito de petição e do direito de propriedade industrial, estaremos diante de uma conduta com potenciais efeitos anticompetitivos. Isto porque estariam as Representadas impondo suposta exclusividade

---

<sup>130</sup>

Disponível

em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcl9FcFMR5Uuj6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcSevZlPx6wIMRpc4uN5xCY94RKxBxOT6mii6UC2xDEKF](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcl9FcFMR5Uuj6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcSevZlPx6wIMRpc4uN5xCY94RKxBxOT6mii6UC2xDEKF). Último acesso em 4/11/2019.

<sup>131</sup> SEI nº 0426770.



e barreiras artificiais à entrada com base em direitos de propriedade intelectual nulos, anuláveis ou inexistentes.

O objetivo da avocação e retorno dos autos à SG deu-se em razão da necessidade de maior investigação sobre os pontos abaixo listados:

- a) Detalhamento sobre o processo de obtenção dos desenhos industriais por meio de consulta ao INPI;
- b) Detalhamento sobre os possíveis procedimentos de exclusão da Faculdade São Leopoldo Mandic;
- c) Consulta aos demais concorrentes do mercado para entender: a forma de atuação nesse mercado (se por meio de outros desenhos industriais ou não); se a existência dos desenhos industriais das Representadas resulta em barreira à entrada; se houve diminuição de rivalidade / dificuldade de entrada após a concessão dos desenhos industriais às Representadas; se alguma outra empresa concorrente recebeu algum tipo de reclamação (extrajudicial ou judicial) quanto ao uso de desenhos industriais de concorrentes; qual a percepção dos demais concorrentes sobre a Intraoss; e
- d) Consulta aos clientes para entender se há diferença entre os produtos dos diversos agentes do mercado; se percebem algum tipo de atuação abusiva por parte das Representadas; se existe algum tipo de parceria com as Representadas.

O ponto nodal também dizia respeito sobre o cuidado que a autoridade antitruste deve ter ao analisar os casos de *sham litigation*, notadamente quando se tratar apenas de uma lide privada, o que afastaria a competência do CADE.

Após a conversão do Procedimento Preparatório para Inquérito Administrativo e meses de instrução na SG, esta emitiu nota técnica pelo arquivamento do inquérito por entendimento de que inexisteriam indícios suficientes de configuração de infração à ordem econômica.

Mais uma vez propus a avocação e abertura de processo administrativo a ser distribuído a um dos Conselheiros do Tribunal do Cade. Basicamente, as razões se repetiram e aqui necessário se faz pontuar uma consideração que muito preocupa o tema circunscrito da *sham litigation*, qual seja: a possibilidade de subjetivismos a serem inseridos na temática quando da análise dos casos. Obviamente que a evolução doutrinária

e jurisprudencial do tema muito facilitaram para uma maior objetivação, porém esta não exclui por completo a possibilidade acima aventada.

No caso ora tratado, havia ainda subsistência de dúvida razoável sobre os pontos levantados no primeiro despacho de avocação do procedimento preparatório, quais sejam: (i) criação artificial e abusiva de barreiras à entrada, (ii) diminuição da pressão competitiva de concorrentes, e (iii) aumento indevido de poder de mercado.

Entendeu-se que não houve o devido enfrentamento sobre as características da Representante que a vinculam ao padrão de inovação tecnológica do mercado de próteses dentárias, além de uma análise exauriente, por exemplo, sobre o Protocolo de Pesquisa, desenvolvimento e inovação que a Representante mantém junto à UNESP, o que poderia, potencialmente, corroborar a tese de *sham litigation* em face de uma possível *maverick* (no caso, a Representante), nos termos do Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade. Referida prova sequer chegou a ser analisada pela SG.

Mas não foi só. Diversas manifestações, pareceres e ofícios foram acostados aos autos e, salvo melhor juízo, não receberam a mesma análise de cotejo<sup>132</sup>. Trata-se de um caso rico sobre a matéria, em que há a consolidação de análise dos diversos testes<sup>133</sup> para verificação ou não da *sham litigation*, com razoáveis dúvidas sobre as condutas perpetradas pelas Representadas e que merecem maior investigação.

A análise da SG exigiu a comprovação de má-fé por parte da Representada para que fosse configurada uma possível hipótese de *Sham Litigation*. Aqui novamente lançou-se o questionamento: há realmente necessidade de comprovação de má-fé ou a análise sob a ótica da razoabilidade e da estratégia jurídica que seriam condizentes com uma dinâmica concorrencial não seriam por si só suficientes? Trata-se de um caso em que não há diversas ações judiciais, mas medidas propostas tanto no Judiciário quanto no âmbito administrativo regulador (ANVISA) e entre os demais concorrentes (propagação de imagem negativa da Representante em Congressos e instituições).

---

<sup>132</sup> Eis alguns exemplos: manifestação voluntária da ABO (Associação Brasileira de Odontologia), respostas aos ofícios enviados pelas instituições UNICAMP e MANDIC, respostas de diversos concorrentes, dentre outros – documentos estes que poderiam comprovar ou não a elevação artificial de barreiras, distorcendo a concorrência e prejudicando o consumidor. .

<sup>133</sup> Neste sentido, as análises realizadas pela SG/Cade que utilizaram ou tangenciaram os testes *Eli Lilly/Fraud Litigation*; *AstraZeneca/evergreen*; *Walker/fraud* e o teste *PRE* restaram inconclusivos, de modo que merecem ser melhor explorados.

Em parecer acostado ao caso, a ex-Conselheira Ana Frazão, ao sintetizar a evolução do instituto de *sham litigation* no País, assim se manifestou, *in verbis*:

“A análise da evolução da jurisprudência do CADE sobre *sham litigation* já permite concluir que, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, a autoridade da concorrência brasileira embasa suas decisões em escrutínio amplo do exercício do direito de petição fundado na teoria do abuso de direito, e não nos excepcionais testes PRE e POSCO, desenvolvidos como válvulas de escape às rígidas amarras impostas pela Doutrina Noerr-Pennington e pelos efeitos do *stare decisis*, situação perfeitamente justificável no *common law* que, porém, não se coaduna com os pressupostos do direito brasileiro.

E mais. Uma análise do aumento de custos de rivais através do dito abuso do direito de petição pode sim ser uma estratégia mais efetiva e lucrativa do que a própria predação através do preço. A mera ameaça de um processo no âmbito judicial ou administrativo pode provocar a não entrada de um rival.<sup>134</sup>

Isso porque a predação do preço diminui por consequência as receitas de quem pratica tal ato por um período de tempo; já a prática de *sham litigation* pode apresentar custos relativamente menores para as empresas que as praticarem (isto porque o investimento será apenas com – na maioria das vezes – o corpo jurídico). Senão, vejamos:

“*Sham litigation* as an antitrust law violation has been the subject of much discussion in recent years. Historically, *sham litigation* has generally been defined legally as anticompetitive litigation that is "baseless or otherwise without any legitimate foundation. From an economic perspective, this is a very restrictive definition which allows considerable use of the legal and administrative systems for anticompetitive ends. A definition of *sham litigation* that more in keeping with economic reasoning would identify *sham litigation* as predatory or fraudulent litigation with anticompetitive effect, that is, the improper use of the courts and other government adjudicative processes against rivals to achieve anticompetitive ends.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> CALVANI, Terry. Non-Price Predation: A New Antitrust Horizon. *AntitrUSt IJ*, v. 54, 1985, pg. 400 e seguintes.

<sup>135</sup> Cf., Klein, C. C. The economics of *sham litigation*: theory, cases and policy. Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, 1989. Disponível em: [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/economics-sham-litigation-theory-cases-and-policy/232158\\_0.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/economics-sham-litigation-theory-cases-and-policy/232158_0.pdf), p. 3. Último acesso em 7.8.2019.

Sob a mesma ótica de desenvolvimento argumentativo vale citar os comentários abaixo de Renata Monteiro de Almeida quando tratou do tema, *in verbis*:

Se um predador pode impor com êxito aumentos de custos a seus rivais, poderá auferir lucros imediatamente, mesmo que os rivais permaneçam nos negócios, pois suas margens crescerão desproporcionalmente se o nível geral de preço aumentar. Por outro lado, se os preços permanecerem constantes, o predador ganhará participação de mercado, já que seus rivais tenderão a restringir a produção. Embora seja mais provável que uma empresa dominante pratique a predação não-preço, em realidade, esta pode não ser a regra absoluta, pois o predador pode engajar outros (e.g. o governo) em ações contra empresas rivais (OECD, 1989, p.11; SALOP et SCHEFFMAN, 1986).<sup>136</sup>

O despacho de avocação restou acolhido por unanimidade na Sessão Plenária de 8.7.2019, o qual determinou a abertura de um processo administrativo. O caso foi distribuído ao Conselheiro Mauricio Bandeira Maia.

Em Sessão Plenária ocorrida no dia 13.11.2019, o Conselheiro Relator proferiu despacho decisório n. 18/2019/GAB3/CADE no qual confirmou a decisão de arquivamento da Superintendência-Geral, em virtude da inexistência de indícios suficientes de configuração de infração à ordem econômica, senão vejamos:

“(…)

#### **Da possível qualificação como *sham litigation***

Finalmente, o último aspecto erigido como fundamento para a avocação consistiu na percepção de que “*os custos de litigância preventivos e repressivos enfrentados pela Representante em relação à atuação da Representada não foram levados em consideração quando da análise sobre a efetiva existência de sham litigation diante dos fatos narrados. Desta forma, como já apontei anteriormente, considero oportuna a realização de todos os testes que a literatura antitruste oferece para avaliar a prática de sham litigation, devendo ser considerados também os custos de litígio em face das finanças da Representante, o que não foi feito de forma minuciosa na instrução e merece um complemento neste sentido*”.

Mais uma vez, em que pesem as considerações acima feitas, com as quais inclusive estava em concordância no momento da homologação de despacho avocatório, tal compreensão não resiste ao exame mais detido do autos, pois a análise da SG sobre esse ponto se mostrou

---

<sup>136</sup> Almeida, Renata Monteiro de. Sham Litigation na Indústria Farmacêutica: análise do INPI, CADE e Judiciário a partir do pedido de patente do “cloridrato de gencitabina” / Renata Monteiro de Almeida. 2017, p. 65.

bastante aprofundada e conclusiva no sentido de não ser possível falar em conduta de *sham litigation* no caso concreto.

Pelo contrário, **os elementos constantes dos autos indicam estarmos tratando de uma questão privada entre as empresas. De fato, foram realizados todos os testes aplicáveis à conduta de *sham litigation*, sejam teste PRE, teste POSCO e hipótese de fraude ou *misrepresentation* (incluindo a Doutrina Walker Process).** Abaixo apresento tabela com os resultados obtidos em cada um dos testes, que me parecem suficientes para concluir pela ausência de indícios de conduta de *sham litigation*:

Teste aplicado	Conclusão da SG-CADE
Litigância fraudulenta	<p>“se na Nota anterior já se concluiu que não houve fraude nem <i>misrepresentation</i> na ação judicial, essa conclusão foi reforçada com o posicionamento do INPI em resposta aos Ofícios encaminhados ao Instituto. O INPI se manifestou no sentido de que era comum a concessão do registro de desenho industrial pelo INPI para objetos semelhantes à época do depósito dos DIs pelas Representadas (...) Portanto, não há como se afirmar que, à época do depósito, as Representadas saberiam ou deveria saber que seu pedido não poderia ser deferido, tendo em vista a praxis do INPI. Assim, é razoável assumir que, à época dos depósitos pela Neodent dos DIs combatidos, os depositantes de pedidos de desenhos industriais de produtos análogos poderiam, motivadamente, acreditar que teriam seu pleito de registro de desenho industrial concedido, uma vez que era essa a prática do Instituto naquele momento” (§§ 370 e 373, SEI)</p>
Teste PRE	<p>“como mencionado na Nota Técnica nº 34/2019/CGAA1/SGA1/SG/CADE, independente de eventual anulação posterior dos registros de desenho industrial combatidos, é correto afirmar que a efetiva existência, no momento da propositura da ação, dos registros industriais validamente</p>

	<p>concedidos pelo INPI é suficiente para ter demonstrado a plausibilidade do direito invocado ao Juízo, dada a presunção de legalidade e legitimidade de tais atos administrativos. Portanto, não há como se afirmar que os pleitos na referida ação são objetivamente sem fundamento” (§394, SEI 0627662)</p>
<p>Teste Posco</p>	<p>“Vê-se, portanto, que, em que pese que a conduta de sham litigation com base no teste POSCO dever ser entendida como uma estratégia concatenada de elevação de custos dos concorrentes, ela não prescinde da verificação de que o concorrente maneja medidas judiciais com baixa probabilidade de provimento favorável, com o objetivo precípua de gerar danos colaterais a seus concorrentes, aumentando seus custos, e não de obter o provimento de seus pleitos, carentes de razoabilidade. Como se viu, isso não ocorreu no presente caso. O que se vê, na verdade, é uma animosidade e beligerância intensa entre as partes, com medidas de litigância de lado a lado que não se refletem em medidas contra os demais concorrentes do mercado, se limitando a Representante e Representadas, o que reforça sobremaneira a tese de lide privada.” (§§ 441 e 442, SEI 0627662)</p>
<p>Walker Process Doctrine e AstraZeneca</p>	<p>“Tendo em vista os critérios estabelecidos acima, conclui-se também que não se está diante de um caso de <i>sham litigation</i>, com base da Doutrina Walker Process. Pelos argumentos já discorridos nesta subseção, vê-se que não é o caso de ajuizamento de uma ação para enforçar (<i>sic</i>) uma patente que o seu titular sabia ou deveria saber que não era enforçável (<i>sic</i>) ou era inválida devido a fraude ou enganiosidade no momento de seu depósito” (§382, SEI 0627662)</p>

<p><i>Evergreen</i></p>	<p>“Adicionalmente, com relação à conduta de <i>evergreen</i> e de tentativa de apropriação do domínio público por meio de pedidos de registros fraudulentos de DPIs no INPI, com omissão do conhecimento de anterioridades ou de fato oponível, esse cenário já foi extensamente analisado na conduta de abuso de direito de PI” (§363, SEI 0627662)</p> <p>“Em conclusão, com base em todo o exposto, e tendo em vista a instrução realizada em sede de inquérito administrativo, conclui-se pela inexistência de indícios de abuso de direito de PI.” (§347, SEI 0627662)</p>
-------------------------	--

(Fonte: memorial apresentado ao gabinete pelas Representadas em reunião)

Por isso, conquanto seja possível discutir, do ponto de vista privado, eventual prejuízo causado à Representante por conta dos pedidos de obtenção de registros de desenho industrial ou do ajuizamento de ações com teses que podem ser questionadas do ponto de vista técnico/jurídico (como de resto qualquer tese pode ser), não se verifica a caracterização de um ilícito concorrencial no presente caso.

Essa parece ser a tônica desse processo, pois a existência de disputas administrativas e judiciais entre concorrentes não importa, necessariamente, em prática anticompetitiva, ainda que esta ocorra entre um líder de mercado e outro atuante na franja. In *casu*, a análise dessas ações demonstrou se tratar de lide privada, sem impactos na concorrência e no mercado como um todo.

Assim a discussão acerca de danos que possam eventualmente ter sido causados à Representante estaria adstrita a interesses privados, e não da coletividade. O direito concorrencial deve proteger a concorrência, e não um concorrente em particular, especialmente em casos que a conduta praticada não demonstra uma racionalidade exclusionária ou mesmo a criação de barreiras artificiais à entrada, manutenção e permanência de outras empresas no mercado.

### **Conclusão**

Ante o exposto, nos termos do artigo 144, § 3º, inciso I, do Regimento Interno do CADE, confirmo a decisão de arquivamento da Superintendência-Geral, em virtude da inexistência de indícios suficientes de configuração de infração à ordem econômica.

Início da investigação	Data do Julgamento	Testes de <i>sham litigation</i> aplicados	Institutos brasileiros citados/analizados
2.1.2018	13.11.2019	PRE POSCO Misrepresentation (incluindo Walker Process	Litigância fraudulenta

### 3.22 – Processo Administrativo n.º 08012.007147/2009-40 (SEM S.A. x Germed Farmacêutica e outros)<sup>137</sup>

Trata-se de Processo Administrativo datado de 02 de dezembro de 2011 em desfavor das empresas Genzyme do Brasil Ltda e Genzyme Corporation (Genzyme), a fim de apurar existência de infrações à ordem econômica, conforme previsto nos incisos IV, V, X, XVI e XVIII do art. 21 c/c incisos I, II e IV do art. 20, da Lei 8.884/94, correspondentes ao art. 36, caput, I, II, III e IV e seu § 3º, incisos III, IV, VIII, XII e XV da Lei 12.529/2011.

A discussão sobre *market share* voltou a ser inserida e, mais uma vez restou destacado que uma ação de *sham litigation* “bem-sucedida” pode surtir efeitos anticompetitivos mesmo quando o autor não detiver, *a priori*, grande participação de mercado: justamente por meio da ação abusiva o agente pode, rapidamente, excluir até mesmo um grande rival e alcançar grande e repentino poder de mercado. Tais considerações deverão ser mantidas em mente durante a análise.<sup>138</sup>

Após, analisou-se a jurisprudência do CADE em condutas envolvendo as empresas do Setor Farmacêutico (caso Eli Lilly, LundBeck e Abbot)<sup>139</sup>.

Quando da análise sob a ótica do tema ora em apreço, a SG tratou como sinônimos os termos (i) abuso anticompetitivo do direito de petição; (ii) litigância

<sup>137</sup>

Disponível

em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?5LK2OPcLJR\\_ipmIldOEcWJwPucpbCJDecPgMLICe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajS30M-fEw8tZWIFUluQBUWNYa35LYIBJx6QrNHRHM8U](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIldOEcWJwPucpbCJDecPgMLICe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajS30M-fEw8tZWIFUluQBUWNYa35LYIBJx6QrNHRHM8U). Último acesso em 4/11/2019.

<sup>138</sup> Cf., Nota Técnica da SG.

<sup>139</sup> Inquérito Administrativo 08012.011615/2008-08



predatória e, (iii) *sham litigation*. Ato posterior, realizou-se o histórico americano de sham litigation comparando com a legislação brasileira, a qual impõe uma série de limitações ao direito de petição, senão vejamos:

“A legislação brasileira impõe uma série de limitações ao direito de petição. No âmbito cível, por exemplo, tem-se o instituto processual denominado litigância de má-fé, esculpido nos arts. 16, 17 e 18, do Código de Processo Civil pátrio. Assim como apregoa o art. 17, inciso III, do CPC, reputa-se litigante de má-fé aquele que “usar do processo para conseguir objetivo ilegal”.

Outrossim, no âmbito administrativo, a Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública, impõe deveres do administrado ao tratar com a Administração Federal, o que também corresponde a uma limitação ao direito de petição junto Poder Público, tal qual ocorre no processo cível.

A referida lei estabelece, em seu art. 4º, que dentre os deveres dos administrados encontram-se o de proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé, assim como o de não agir de modo temerário. Na seara do Direito Concorrencial, a Lei nº 12.529/2011, confere ao CADE a competência para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica, apontando como anticoncorrencial um rol exemplificativo de condutas, considerando o objeto ou a possibilidade de produção de efeitos prejudiciais à concorrência.

Assim, a competência atribuída ao CADE, o rol exemplificativo de condutas anticoncorrenciais, bem como a limitação relativa atribuída ao direito de petição e de acesso ao Poder Judiciário, tornam certo que aqueles atos abusivos e carentes de embasamento que ofendam os ditames concorrenciais não estão imunes à apreciação pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).”

Os seguintes testes foram realizados: (i) litigância fraudulenta; (ii) Teste PRE; (iii) Teste POSCO. Após analisar as medidas acima conforme os parâmetros assentados na jurisprudência do CADE, a SG conclui que não restou configurada a hipótese de *sham litigation*, uma vez que: (i) não restou demonstrada a utilização de estratégia fraudulenta por parte das Representadas em suas ações judiciais ou medidas administrativas; (ii) não há que se falar em expedientes objetivamente sem fundamento; (iii) tampouco restou configurada uma multiplicidade de ações, que intentassem reforçar supostos direitos claramente não garantidos em Lei, contra uma multiplicidade de agentes no mercado, com o objetivo inequívoco de causar danos concorrenciais por meio do processo de litigância, e não visando o mérito da questão em si.

A Procuradoria do CADE elaborou nota no mesmo sentido, qual seja, arquivamento do processo administrativo. Até a finalização da presente tese ainda não havia ocorrido o julgamento pelo Tribunal do CADE.

#### 4. *SHAM LITIGATION* X INSTITUTOS LEGAIS BRASILEIROS

A presente dissertação tratou do estudo do instituto *sham litigation* desde sua origem na jurisprudência americana em 1961, evolução, importação e consolidação no âmbito brasileiro concorrencial.

O que se constatou ao longo da análise pormenorizada dos vinte e dois casos julgados até novembro de 2019 foi que houve sim uma tentativa de importação do instituto e/ou adaptações à legislação brasileira.<sup>140</sup>

Pois bem. Volta-se à pergunta inicial do presente trabalho: seria necessária a importação do instituto decorrente de precedentes americanos de *sham litigation*? Creio que não.

Havia/há ditames legais internos suficientes para se punir o mesmo objeto de análise do instituto americano? A importação poderia ocasionar assimetrias e conclusões diversas da realidade do País?<sup>141</sup> Para estas perguntas entendo ser a resposta afirmativa.

Como desenvolvido ao longo do trabalho, o abuso do direito encontra-se consolidado em nosso ordenamento jurídico e nos permite uma maior segurança jurídica quando da análise de abusos ocorridos no ambiente concorrencial, além de afastar eventuais inclusões não previstas em nossa legislação antitruste quando do viés dos Testes PRE e POSCO, por exemplo.

Para o ex-Conselheiro Olavo Zago Chinaglia a distinção do abuso do direito *lato sensu* para o abuso do direito com efeitos concorrenciais encontra-se no almejo de obtenção de prejuízo ao concorrente por meio de processos fraudulentos.<sup>142</sup> A ligação dos termos, ao meu ver, encontra-se correta, exceto, salvo melhor juízo, quanto à afirmação de “obtenção de prejuízo ao concorrente”, pois o que se busca na análise

---

<sup>140</sup> No caso Shop Tour que houve condenação por *sham litigation*, o Relator chegou a fazer remissão às disposições sobre litigância de má-fé constantes no CPC, de modo que poderia ter configurado a infração anticoncorrencial somente neste ponto, mas preferiu também fazer referência ao requisito da *objective baseless claim*, do Teste PRE norte-americano. Em outros casos, houve ou não aprofundamento sobre o abuso do direito de ação e do direito de petição como infração anticoncorrencial ou houve a importação da utilização do Teste PRE, com todos os problemas de requisitos de difícil configuração apontados ao longo do trabalho e, principalmente, sua incompatibilidade com o direito brasileiro.

<sup>141</sup> Em algumas situações pode-se afirmar que houve sim um equívoco na interpretação do próprio instituto ao compará-lo com a má-fé do ordenamento jurídico pátrio.

<sup>142</sup> Para maiores detalhes vide voto-vista prolatado nos autos do P.A. 08012.004484/2005-51.

concorrencial brasileira não diz respeito ao concorrente, mas sim à concorrência. Mas não é só. Em casos de ações (tanto no âmbito administrativo quanto no judicial) – inicialmente lícitas – os efeitos podem vir a ser deletérios à concorrência e, conseqüentemente figurarem abuso do direito.

O que se constatou pelos julgados apresentados foi a inserção – em algumas condutas- da análise da litigância de má-fé e do abuso de direito, porém, com a inclusão dos testes sugeridos pelo instituto americano – o que não necessariamente implicou em uma melhor ou pior análise, mas sim na inclusão ou exclusão de raciocínios do sistema jurídico brasileiro.

E justamente por isto não se concorda com a proposta de importação do instituto americano. Há sim mérito na tentativa de objetivação e fixação de critérios mais claros para a caracterização de uma conduta passível de infração à ordem econômica, mas os testes desenvolvidos carecem de fundamentação no ordenamento jurídico pátrio. Amplia-se o rol de exigências para a configuração do ilícito concorrencial para além do imposto no art. 36 da Lei 12.529/11 e, conseqüentemente, restrição a própria livre concorrência.

Mas não é só. Devemos nos atentar que as características do controle de condutas anticompetitivas em solo americano, em regra, ocorre no Judiciário, ao contrário do contexto brasileiro.

Pelas razões acima expostas é que se defende a análise “tradicional”, qual seja, com os ditames legais brasileiros existentes – os quais – como pontuado ao longo do trabalho, existentes bem antes das Leis 8884/94 e 12.2529/11. Defende-se, assim, a análise do abuso do direito (seja de ação ou de petição) que possam ou produzam os efeitos previstos no art 36, *caput*, da Lei Concorrencial Brasileira.

Há sim dispositivo legal que relaciona o abuso do direito ao ilícito concorrencial, especialmente à clara previsão legal que menciona “*atos sob qualquer forma manifestados*” constituem infração da ordem econômica, desde que produzam, potencialmente ou efetivamente os efeitos deletérios previstos.

Do exercício abusivo do direito de petição decorrer – potencial ou efetivamente – os efeitos anticompetitivos expressados no art. 36 da Lei 12.529/11, estaremos diante de uma infração à ordem econômica. Em referido dispositivo legal tem-se que “ato sob qualquer forma manifestado” se encaixa perfeitamente no exercício abusivo do direito

(seja de petição ou de ação), logo, o ato não seria o exercício regular, mas sim o seu desvio.

Tal raciocínio nos permite delimitar e caracterizar práticas semelhantes àquelas de *sham litigation* mesmo sem a base dos precedentes da Corte Americana. Os anos de discussão de *sham litigation* no CADE permitiram a elaboração de critérios objetivos para a configuração do ilícito concorrencial. Ou seja, a (i) plausibilidade do direito; (ii) a veracidade das informações fornecidas; (iii) razoabilidade e adequação dos meios utilizados; (iv) expectativa de sucesso do agente com a ação ora sob análise, entre outros possíveis critérios, deverão ser considerados para a constatação da ocorrência do abuso e da produção, mesmo que potencial, de efeitos anticoncorrenciais.

Tais requisitos objetivos relacionam-se com as características gerais quando se analisa eventual exercício abusivo de um direito, quais sejam: (i) a aparência de legalidade; (ii) a preexistência de um direito subjetivo e (iii) o abuso se refere ao exercício do direito e não ao direito em si.<sup>143</sup>

A conjunção dessa análise permitirá à autoridade concorrencial punir não a eventual prestação jurisdicional anticoncorrencial, mas sim a atuação de um agente que, ao abusar do seu direito, prejudica a concorrência.

A proposição que se faz em sede conclusiva é a utilização pela autoridade concorrencial de institutos legais brasileiros de abuso de direito (ação ou petição), os quais já se encontram consolidados (jurisprudência e doutrina) alinhado aos efeitos (em potencial ou produzidos) previstos no art. 36, *caput*, da Lei 12.529/11, afastando assim requisitos decorrentes de precedentes estrangeiros, sobretudo nos testes PRE e POSCO.

Como afirmado, outro argumento que reforça a possibilidade da utilização do abuso do direito ao invés da importação do *sham litigation* diz respeito à própria segurança jurídica. Isso porque o abuso de direito encontra-se consolidado na legislação pátria. É verdade que até o Código Civil de 2002 não havia norma geral expressa que proibisse o abuso de direito. Já no Código Civil de 1916 havia previsão do que não constituía ato ilícito - nos termos do art. 160, I, do Código Civil (“*não constituem atos ilícitos os*

---

<sup>143</sup> ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 37 e seguintes. . Referida fonte foi retirada da obra: VINHAS, Tiago Canção. SHAM LITIGATION: DO ABUSO DO DIREITO DE PETIÇÃO COM EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS. Dissertação de Mestrado em Direito: USP, 2013.

*praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido*”). Referida disposição foi mais do que suficiente para se defender a ilicitude do abuso de direito por interpretação a *contrario sensu*.

Pois bem. O tema do abuso de direito restou evoluído doutrinariamente e consolidado juridicamente quando de sua inserção na Parte Geral do Código Civil em seu art. 187, o qual equipara o abuso de direito a um ato ilícito, senão vejamos: “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”. Pode-se dizer que o abuso de direito (o qual somente pode ser constatado em um caso concreto) é uma espécie do gênero ato ilícito.

Reitera-se que a identificação do exercício abusivo de um direito dar-se-á: (i) preexistência de um direito; (ii) aparência de legalidade que o ato abusivo se reveste; (iii) desvio da finalidade negocial ou legal o qual demonstra a irregularidade em seu exercício.<sup>144</sup>

Outro ponto que muito se discute e ao longo dos julgamentos tratados no presente trabalho restou claro diz respeito ao abuso x litigância de má-fé. Questionamento inicial seria se o abuso do direito – notadamente dentro um processo, poderia absorver o instituto da litigância de má-fé. A coincidência dar-se-ia quanto às consequências, mas não em termos materiais e/ou processuais.

Explica-se. Em termos processuais, aprecia-se a litigância de má-fé no âmbito da ação de forma imediata, podendo ser declarada de ofício pelo juízo. Já o abuso do direito poderá ser analisado em uma ação própria. Em termos materiais – e aqui, ao meu ver, em muitos casos analisados no presente trabalho, fez-se uma confusão entre os requisitos para o abuso do direito e os para má-fé.

O abuso do direito de petição não encontra-se sujeito às restrições da litigância de má-fé, visto que: (a) qualquer violação à finalidade social, econômica, bons costumes ou boa-fé podem fundamentar o abuso; (b) o abuso pode se dar de forma objetiva, negligência ou dolo; (c) o abuso de direito gera indenização tanto por danos atuais quanto

---

<sup>144</sup> Cf., FERNANDES, Débora Chaves Martines, *Controle judicial da representatividade adequada das associações civis*, Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01092016-143459/publico/DEBORA\\_CHAVES\\_MARTINES\\_FERNANDES\\_Dissertacao\\_Versao\\_Parcial.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01092016-143459/publico/DEBORA_CHAVES_MARTINES_FERNANDES_Dissertacao_Versao_Parcial.pdf) Último acesso em 11.11.2019

por futuros ou até mesmo eventuais; (d) qualquer pessoa pode ser responsabilizada; (e) cessação da conduta quando reconhecido o abuso de direito.<sup>145</sup>

No Novo Código de Processo Civil detalhou-se a má-fé nos arts. 79 e 80, *in verbis*:

“ Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.”

Quanto ao direito brasileiro, pode-se afirmar que a litigância de má-fé é espécie do gênero abuso do processo e todas as hipóteses de litigância de má-fé podem constituir em abuso de processo, mas nem todas as hipóteses de abuso do processo serão consideradas litigância de má-fé. Logo, os institutos não se confundem, merecendo uma atenção mais detalhada das autoridades concorrenciais quando da inserção de tal instituto como sinônimos.

Traçando-se mais uma vez um paralelo entre abuso do direito e *sham litigation* e a possibilidade de substituição do primeiro pelo segundo instituto, faço menção à definição do abuso de direito no processo elaborada por Cândido Rangel Dinamarco<sup>146</sup> o

---

<sup>145</sup> MENEZES CORDEIRO, António, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*, 4a ed., Coimbra, Almedina, 2016, p.115 e seguintes.

<sup>146</sup> DE VINCENZI, Brunela Vieira, *A Boa-Fé no Processo Civil*, São Paulo, Atlas, 2003. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 8a ed., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 125 e seguintes.

qual o define como uso de meios legítimos além dos limites da legitimidade de seu uso. Dessa conceituação pode-se concluir que o abuso do direito não ocorre somente pela utilização dos meios ilegítimos e desleais previstos na litigância de má-fé, mas também pela utilização de meios processuais lícitos.

Em suma, a vedação ao abuso de direito encaixa-se perfeitamente nos parâmetros para a identificação de um ilícito antitruste (no caso do presente trabalho para fundamentar a conduta de *sham litigation*).

## 5. CONCLUSÕES FINAIS

A título de organização final do raciocínio proposto na presente dissertação, apresentam-se sucintamente as conclusões auferidas:

- *Sham Litigation* - instituto originariamente americano - tem sido aplicado em ilícitos concorrenciais pela autoridade antitruste brasileira nos últimos anos, sendo que a importação do referido instituto adveio da construção jurisprudencial realizada pela Suprema Corte dos EUA - cujos julgados, desde 1961, definiram o termo, bem como deram norte à construção conceitual e jurisprudencial brasileira;
- Os precedentes da Suprema Corte norte-americana indicam que o prejuízo ao concorrente e à concorrência podem ser provocados pela utilização ilícita (ou lícita com viés ilícito) de procedimentos administrativos e/ou judiciais;
- Nos EUA, *sham litigation* constitui uma exceção à doutrina Noerr-Penningon, a qual estabelece imunidade antitruste do direito constitucional de petição. A exceção determina a inexistência do direito de petição se a própria petição for *sham* (seja o objeto inicial lícito ou ilícito);
- Os critérios objetivos para a caracterização de *sham litigation* foram estabelecidos pela Suprema Corte americana inicialmente no caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc. et al.* no qual se desenvolveu o Teste PRE. Referido teste elaborou dois requisitos para a configuração do instituto analisado: (a) ausência de fundamentos objetivos na petição ou ação de maneira que nenhum litigante

razoável possa almejar sucesso no mérito requerido; (b) a motivação subjetiva deve permitir a verificação de camuflagem do direito de petição com o intuito de interferir diretamente nas relações negociais;

- *USS-POSCO Industries v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council*: a Suprema Corte americana, ao julgar referido caso, considerou ser possível a ocorrência de sham no ajuizamento “com ou sem causa provável, independentemente do mérito das ações”. Ou seja, ao lidar com uma série de ações judiciais, a racionalidade anticompetitiva do comportamento não tem como foco o fato de uma das ações ter ou não o mérito, mas sim sob o fato da propositura de mais de uma ação (em alguns casos foram propostas diversas ações) claramente com o propósito de nocautear o concorrente com litígios e, conseqüentemente, causar algum custo ao rival.
- Inviável a importação automática do instituto de *sham litigation* para o ordenamento jurídico pátrio. Cada ordenamento possui peculiaridades e a aplicação – mesmo com algumas cautelas, pode ser desastrosa em decorrência da incompatibilidade com a estrutura legal brasileira, podendo – inclusive, ensejar a violação de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal;
- Imperativo se faz buscar soluções harmoniosas no ordenamento jurídico. Entende-se que, ao se exercer o direito de ação/petição de forma abusiva, utilizando-o como meio independente do resultado com o objetivo de prejudicar a concorrência, o agente poderá vir a cometer infração concorrencial;
- Os requisitos para a caracterização de um ato abusivo, nos termos do ar. 187 do Código Civil, podem ser assim resumidos: (i) deve ocorrer o exercício de um direito; (ii) por um agente titular desse direito; (iii) de maneira a extrapolar os limites determinados pelo fim econômico, social, boa-fé ou bons costumes; (iv) de forma manifesta;
- O abuso do direito de ação tradicionalmente é abordado pela doutrina como abuso no âmbito processual, podendo ser considerado gênero do qual a litigância de má-fé seria a espécie.



- No contexto antitruste brasileiro, uma prática só será considerada infração à ordem econômica caso produza ou possa produzir – independente de culpa – os efeitos expressos no art. 36 da Lei 12.259/11;
- *Sham Litigation* criada e aplicada pela Suprema Corte norte-americana é comparável (não igual) ao abuso do direito com efeitos anticoncorrenciais.
- O CADE já se utilizou dos testes (PRE e POSCO) e requisitos aplicados pela Suprema Corte norte-americana. Em tais hipóteses, seria necessário para a configuração de sham litigation (i) a ação ou petição sob análise fosse totalmente carecedora de fundamento, de maneira que nenhum litigante razoável pudesse esperar êxito no mérito do pleito; (ii) referida ação ou petição consistisse em um mero meio (artifício) para obter o efeito anticoncorrencial. Após, se presentes esses dois requisitos verificar-se-ia os possíveis ou concretos efeitos anticoncorrenciais. No Teste POSCO o que se verifica é se o objeto de análise deveria ser a existência de uma estratégia geral destinada a prejudicar um concorrente (com a propositura de mais de uma medida);
- A adoção dos critérios desenvolvidos pela Suprema Corte norte-americana carece de fundamentação legal no ordenamento jurídico pátrio, além de ampliar o rol de exigências para a configuração de um ilícito concorrencial;
- Como se constatou ao longo da análise dos 22 (vinte e dois) casos julgados pelo CADE, os critérios desenvolvidos pela Suprema Corte para a identificação de *sham litigation* restringem tanto a sua aplicação que acabam por esvaziar o próprio alcance do instituto. Basta dizer que em apenas três casos houve condenação e em outros dois foram firmados TCC's (Termo de Cessação da Conduta);
- Defende-se a análise do abuso do direito (seja de ação ou de petição) que possa ou produza os efeitos previstos no art 36, *caput*, da Lei Concorrencial Brasileira. Isso porque há dispositivo legal que relaciona o abuso do direito ao ilícito concorrencial, especialmente à clara previsão legal que menciona “atos sob qualquer forma manifestados” constituem infração da ordem econômica, desde que produzam, potencialmente ou efetivamente os efeitos deletérios previstos.

- Do exercício abusivo do direito de petição decorrer – potencial ou efetivamente – os efeitos anticompetitivos expressados no art. 36 da Lei 12.529/11, estaremos diante de uma infração da ordem econômica. Em referido dispositivo legal tem-se que “ato sob qualquer forma manifestado” se encaixa perfeitamente no exercício abusivo do direito, logo, o ato não seria o exercício regular, mas sim o seu desvio;
- Tal raciocínio nos permite delimitar e caracterizar práticas semelhantes àquelas de *sham litigation* mesmo sem a base dos precedentes da Corte Americana. Os anos de discussão de *sham litigation* no CADE permitiram a elaboração de critérios objetivos para a configuração do ilícito concorrencial. Ou seja, a (i) plausibilidade do direito; (ii) a veracidade das informações fornecidas; (iii) razoabilidade e adequação dos meios utilizados; (iv) expectativa de sucesso do agente com a ação ora sob análise, entre outros possíveis critérios, deverão ser considerados para a constatação da ocorrência do abuso e da produção, mesmo que potencial, de efeitos anticoncorrenciais. Tais requisitos objetivos relacionam-se com as características gerais quando se analisa eventual exercício abusivo de um direito, quais sejam: (i) a aparência de legalidade; (ii) a preexistência de um direito subjetivo e (iii) o abuso se refere ao exercício do direito e não ao direito em si.

## BIBLIOGRAFIA

ABDO, Helena Najjar, *O Abuso do Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Law Developments*, 8a ed., Chicago, ABA Publishing, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Renata Monteiro de. *Sham Litigation na Indústria Farmacêutica: análise do INPI, CADE e Judiciário a partir do pedido de patente do “cloridrato de gencitabina*. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?2pXoYgv29q86RnfAe4ZUaXIR3v7gVxEWL1JeBRtUggOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13\\_Jxkw\\_XNNMaU5Vs\\_H9jKX58TWQbNCwPf9aJjTwvsvr2JHml](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86RnfAe4ZUaXIR3v7gVxEWL1JeBRtUggOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxkw_XNNMaU5Vs_H9jKX58TWQbNCwPf9aJjTwvsvr2JHml).

AREEDA, Philip; HOVENKAMP, Herbert. Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2006.

BLACK, Henry Campbell; et al. Black's Law Dictionary. Definitions of terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern. 8th edition. St. Paul: West Publishing. 1990.

BORK, Robert H. The Antitrust Paradox - a policy at war with itself, New York, The Free Press, 1993.

CAPPELLETTI Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional, volume 2. 20ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CASAGRANDE Renato, FREITAS Roberto. "O problema do tempo decisório nas políticas públicas". Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 47, n.º 187, edição especial, julho/setembro 2010.

CADE. Processo Administrativo 08000.024581/1994-77. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM\\_qkxb3zgSQbO5UtamsvHk1UfpLF5mE9d1QqXzV4qy2IW6XbIK1w\\_pi3PJG2eeFY18h9GYQ\\_ku6Rx6igSmWLKn](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_qkxb3zgSQbO5UtamsvHk1UfpLF5mE9d1QqXzV4qy2IW6XbIK1w_pi3PJG2eeFY18h9GYQ_ku6Rx6igSmWLKn)

CADE. Caso Viação Oliveira Torres  
[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPVi3b8OcvXSWvLa6fiVmbXfz20hwJ5qNIeneHQEhUtNruH7Xa2ChRZrjFnpNMY14jYh2MnWtkVLCqdPgFKBYZ](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPVi3b8OcvXSWvLa6fiVmbXfz20hwJ5qNIeneHQEhUtNruH7Xa2ChRZrjFnpNMY14jYh2MnWtkVLCqdPgFKBYZ)

CADE Averiguação Preliminar n. 08012.001397/2008-95, Relatora Ana Frazão. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)

CADE Averiguação Preliminar nº 08012.013624/2007-44, Pro-Genéricos x Sanofi-Aventis, Relator Alessandro Octaviani. Disponível em: [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)

CADE Averiguação Preliminar n 08012.005335/2002-67 (Ediouro). Íntegra do caso disponível no seguinte link:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?5LK2OPcLJR\\_ipmIIIdOEcWJwPucpbCJDecPgMLICe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajQdE-u7BpPG790NG0iiDnQ9B1cMBt5NFQzFlcoIwKLBN](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIIIdOEcWJwPucpbCJDecPgMLICe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajQdE-u7BpPG790NG0iiDnQ9B1cMBt5NFQzFlcoIwKLBN)

CADE Averiguação Preliminar n. 08012.006076/2003-72 (ABINEE)  
[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMITpKnlwet\\_YKHY8ih1HbR1Qg9KWw8LekyWYykVZGBwBCC2Gu0r8TyLEaLv7C9KI1z8rpPY-U8qZpCSvH-JJDA](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMITpKnlwet_YKHY8ih1HbR1Qg9KWw8LekyWYykVZGBwBCC2Gu0r8TyLEaLv7C9KI1z8rpPY-U8qZpCSvH-JJDA)

CADE Averiguação Preliminar n° 08012.001952/2008-89 (Dry Color x Colormatrix)  
Íntegra da decisão disponível em:  
[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yN08xNuUsW0F6npXvSnbPeQ5UtypEkRp8GOy6XkanZiDRX3cIYTVzSTXLv\\_5dn47iJEkzVA\\_IFdBMLDZE\\_2tm](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yN08xNuUsW0F6npXvSnbPeQ5UtypEkRp8GOy6XkanZiDRX3cIYTVzSTXLv_5dn47iJEkzVA_IFdBMLDZE_2tm).

CADE Averiguação Preliminar n° 08012.005727/2006-50 (MPF x Alcoa). Íntegra da decisão disponível em:  
[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yORZY4ELoTPLJOUUNsTEcwyypz0QxbyUGJow5ZcFzT\\_jkpUBzN\\_vQwDjADDbqtcD9DLpDsj7zVWTRBU4nSPSxmB](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yORZY4ELoTPLJOUUNsTEcwyypz0QxbyUGJow5ZcFzT_jkpUBzN_vQwDjADDbqtcD9DLpDsj7zVWTRBU4nSPSxmB).

CADE Processo Administrativo n.º 08012.004484/2005-51 (Siemens e Seva) Íntegra dos votos disponível em:  
[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOIAvJExNte9ilsQXyhixLkWvW12KYCfVUTmQJD\\_D3iajltwR63U4ngZL9AZRrCURjqGMssrGwVlbbx\\_kUas5eP](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOIAvJExNte9ilsQXyhixLkWvW12KYCfVUTmQJD_D3iajltwR63U4ngZL9AZRrCURjqGMssrGwVlbbx_kUas5eP) .

CADE Processo Administrativo n° 08012.010648/2009-11 (ABIÓPTICA). Íntegra do voto disponível em:  
[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMeCp6yjZIGeYsceyvaES7\\_BjTCURep1dM3Qw8gBijvjK328b74jyYM1CHD9rGKTCzNjHUEzorAkHTEKkBFY7V](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMeCp6yjZIGeYsceyvaES7_BjTCURep1dM3Qw8gBijvjK328b74jyYM1CHD9rGKTCzNjHUEzorAkHTEKkBFY7V)

CADE Processo Administrativo n.º 08012.004283/2000-40 (Box 3 Vídeo e Publicidade LTDA) Disponível em  
[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9IHOWOeB0em82jaTrpJF00aFC\\_gL6K2krGqn9b2jYwH16WwQxmQrde6UYUHV0G1gffJNs8a\\_qmhdA1n1O MBfTO](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM9IHOWOeB0em82jaTrpJF00aFC_gL6K2krGqn9b2jYwH16WwQxmQrde6UYUHV0G1gffJNs8a_qmhdA1n1O MBfTO).

CADE Processo Administrativo n.º 08012.010075/2005-94 (SULPETRO) Íntegra do voto disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM\\_SEihysvn\\_NKGyOC2oFiQGRnjVJXoYloTUL9ogspMR4LhyOgwwsepWsxw1VGVSwWpBtRN4E41GrhCxMIJbQ2V](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_SEihysvn_NKGyOC2oFiQGRnjVJXoYloTUL9ogspMR4LhyOgwwsepWsxw1VGVSwWpBtRN4E41GrhCxMIJbQ2V)

CADE Processo Administrativo n. 08012.004572/2007-15 (Saint Gobain Canalização) Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcapzjA49MftG6f-qPdHARSPvQsWGb0AV26-VMuQFFr6w/](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcapzjA49MftG6f-qPdHARSPvQsWGb0AV26-VMuQFFr6w/)

CADE Processo Administrativo n. 08012.007189/2008-08 (Bann Química x DyStar). Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXfuBmvDICKkKYSqNRRm4Elly6apCOcOpUIpC-eVLqBI](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXfuBmvDICKkKYSqNRRm4Elly6apCOcOpUIpC-eVLqBI).

CADE XV- Inquérito Administrativo n. 08700.005241/2013-92 (Vigor Alimentos S.A. x Kellogg Brasil LTDA e Danone LTDA) Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcQygO-2817IIHJo4BytGZEXkDUkZ4K4gfoRRWHThJls](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcQygO-2817IIHJo4BytGZEXkDUkZ4K4gfoRRWHThJls)

CADE Processo Administrativo n.º 08012.011508/2007-91 (Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Eli Lilly do Brasil Ltda e Eli Lilly and Company) Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8\\_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnSTTvwj1qQmjde7tb7qYNhwaL0Vf-YBkgi1bioFNDS9V](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnSTTvwj1qQmjde7tb7qYNhwaL0Vf-YBkgi1bioFNDS9V)

CADE Processo Administrativo n.º 08700.011112/2014-14 (Ministério Público do Rio Grande do Norte x SindPostos/RN e outros) Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?2pXoYgv29q86RnfAe4ZUaXIR3v7gVxEWL1JeBRtUgqOwvr6Zlwydl0lhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13\\_Jxkw\\_XNNMaU5Vs\\_H9jKX58TWQbNCwPf9aJjTwvrsr2JHml](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86RnfAe4ZUaXIR3v7gVxEWL1JeBRtUgqOwvr6Zlwydl0lhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxkw_XNNMaU5Vs_H9jKX58TWQbNCwPf9aJjTwvrsr2JHml).

CADE Processo Administrativo n.º 0870.006964/2015-71(Diretório Central dos Estudantes Honestino Guimarães e Uber do Brasil Tecnologia Ltda.) Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOcXG1XMZRO1jacYuDgk8](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOcXG1XMZRO1jacYuDgk8)

[XRn0wQxNuy\\_37iWNeSlz4J93vANK8FdEViJc2\\_5cb83H9GDm0HXiRV8MBj569\\_M7Cm](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP1geXQIXShQfVrFaJqTR5o vkJc9k0wbLg09YORtAxcnpPwEflPStJfn8oTZQEB aBmBa5jUq EDNNIWOPqde2)

CADE Processo Administrativo n.º 08012.006377/2010-25 (Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos x Lundbeck). Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP1geXQIXShQfVrFaJqTR5o vkJc9k0wbLg09YORtAxcnpPwEflPStJfn8oTZQEB aBmBa5jUq EDNNIWOPqde2](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP1geXQIXShQfVrFaJqTR5o vkJc9k0wbLg09YORtAxcnpPwEflPStJfn8oTZQEB aBmBa5jUq EDNNIWOPqde2)

CADE Processo Administrativo n.º 08700.009588/2013-04 (SETCESP x ECT) Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwyd0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13\\_JxqC4HRMB0nKkMcpGxjaL8KKjOJX8ankN1DRW\\_g7jYePH](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwyd0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxqC4HRMB0nKkMcpGxjaL8KKjOJX8ankN1DRW_g7jYePH)

CADE Procedimento Preparatório n.º 08700.000015/2018-20 (Warie Industrial Ltda. EPP) Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVeL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPbcSeyZlPx6wlMRpc4uN5xCY94RKxBxOT6mii6UC2xDEKF](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVeL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPbcSeyZlPx6wlMRpc4uN5xCY94RKxBxOT6mii6UC2xDEKF)

CADE Processo Administrativo n.º 08012.007147/2009-40 (SEM S.A. x Germed Farmacêutica e outros) Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?5LK2OPcLJR\\_ipmIdOEcWJwPucpbCJDecPgMLlCe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUYGvypRMajS30M-fEw8tZWIFUluQBUWNYa35LYIBJx6QrNHRHM8U](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIdOEcWJwPucpbCJDecPgMLlCe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUYGvypRMajS30M-fEw8tZWIFUluQBUWNYa35LYIBJx6QrNHRHM8U)

CALVANI, Terry. Non-Price Predation: A New Antitrust Horizon. *AntitrUSt IJ*, v. 54, 1985.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei no 9.784, de 29/1/1999)*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

DANTAS, Bruno e ARRUDA ALVIM, Teresa Arruda. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, 2018.

DE VINCENZI, Brunela Vieira, *A Boa-Fé no Processo Civil*, São Paulo, Atlas, 2003.  
DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 8a ed., São Paulo, Malheiros, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. I

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. I

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Bill of Rights, disponível [on-line] in [http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill\\_of\\_rights\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Constitution of the United States, disponível [on-line] in [http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Declaration of Independence, disponível [on-line] in [http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html)

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Sherman Act, disponível [on-line] in <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title15/chapter1&edition=prelim>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 486 U.S. 492, Allied Tube v. Indian Head, Inc., julgado em 13-6-1988, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/492/case.html>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 404 U.S. 508, California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited, julgado em 13-1-1972, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/508/case.html>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 499 U.S. 365, City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc., julgado em 1-4-1991, disponível [on-line] em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/365/case.html>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp. (370 U. S. 690, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/690/case.html>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 365 U.S. 127, Eastern R. Conference v. Noerr Motors, julgado em 20-2-1961, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/365/127/case.html>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 493 U.S. 411, Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association, julgado em 22-1-1990, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/493/411/case.html>



ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 410 U.S. 366, Otter Tail Power Co. v. United States, julgado em 22-2-1973, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/366/case.html>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 508 U.S. 49, Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc. et al., julgado em 3-5-1993, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/49/case.html>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 221 U.S. 1, Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, julgado em 15-5-1911, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/case.html>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 381 U.S. 657, United Mine Workers v. Pennington, julgado em 7-6-1965, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/657/case.html>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte, 382 U.S. 172, Walker Process Eqpt., Inc. v. Food Machinery Corp., julgado em 6-12-1965, disponível [on-line] in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/382/172/case.html>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Tribunal de Recursos da Sétima Circunscrição, 814 F.2d 358, Apelante: Premier Electrical Construction Co., Apelados: National Electrical Contractors Association, Inc., et al., julgado em 23-4-1987, disponível [on-line] in <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/814/358/335863/>

EWALD, William B. Comparative jurisprudence (I) What was it like to try a rat? Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3582&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3582&context=penn_law_review). (5.2.2019)

FEDERAL TRADE COMMISSION, Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine, 2006, disponível [on-line] in <http://www.ftc.gov/reports/P013518enfperspectNoerr-Penningtondoctrine.pdf>

FERNANDES, Débora Chaves Martines, Controle judicial da representatividade adequada das associações civis, Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01092016143459/publico/DEBORA\\_CHAVES\\_MARTINES\\_FERNANDES\\_Dissertacao\\_Verso\\_Parcial.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01092016143459/publico/DEBORA_CHAVES_MARTINES_FERNANDES_Dissertacao_Verso_Parcial.pdf)



FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste, Revista dos Tribunais, 2010.

GALDINO, Flávio. A evolução das ideias de acesso à justiça. Revista Autônoma de Processo. N.º 3, Curitiba, abr-jun. 2007.

HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy - the law of competition and its practice, 3ª ed., St. Paul, Minnesota, Thomson West, 2005

JORDÃO, Eduardo Ferreira. Restrições regulatórias à concorrência. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009

KOVACIC, William; GAVIL, Andrew; BAKER, Jonathan. Antitrust Law in Perspective: cases, concepts and problems in competition policy. 2 ed. West Thomson, 2008, p. 1086.

KLEIN, C. C. The economics of sham litigation: theory, cases and policy. Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, 1989. Disponível em: [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/economics-sham-litigation-theory-cases-and-policy/232158\\_0.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/economics-sham-litigation-theory-cases-and-policy/232158_0.pdf)

Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional. In Arquivos do Ministério da Justiça. V. 45, n.º 180, Brasília, jul/dez. 1992.

LIMA E SILVA, Valéria Guimarães. Sham litigation in the pharmaceutical sector. European competition journal. V. 7, n. 3, pp. 455-503, dez. 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2ª edição, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3ª edição. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudo de Direito Constitucional, 2ª ed. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos Editor, 2009.

MENDES, Daniel de Abreu O direito de petição à luz da Lei 11.419/2006”. Processo judicial eletrônico. Coordenação: Marcus Vinicius Furtado Coêlho e Luiz Cláudio Allemand. Brasília, OAB, Conselho Federal.

MENEZES CORDEIRO, António, Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo, 4a ed., Coimbra, Almedina, 2016

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. t. 1. Lisboa: Coimbra Editora, 1993.

MORGAN, THOMAS D. (*Cases and materials on Modern Antitrust Law and its origins*, St. Paul, West Publishing, 1994.

OCTAVIANI, Alessandro. Regime jurídico aplicável. Comprovação da sham litigation (parecer acostado aos autos do P.P. 8700.000015/2018-20 (Warie Industrial Ltda. EPP)

“O sistema de múltiplas portas e o acesso à Justiça no Brasil: perspectivas a partir do Novo Código de Processo Civil”. Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil. Vol I. 2018.

RECENA, Martina Gaudie Ley; LUPION, Ricardo. Breves Reflexões sobre a Aplicação da Sham Litigation. Revista Jurídica Luso Brasileira, ano 4, 2018.. Disponível em: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2018/4/2018\\_04\\_1519\\_1554.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_1519_1554.pdf).

RENZETTI, Bruno Polonio. “Tratamento do sham litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à luz da Jurisprudência do CADE. Disponível em: [revista.cade.gov.br > revistadedefesadaconcorrencia > article > download](http://revista.cade.gov.br/revistadedefesadaconcorrencia/article/download)

SALGADO, Lucia Helena; ZUCULOTO, Graziela Ferrero. Study on the anti-competitive enforcement of intellectual property rights: sham litigation. Brasília: IPEA, 2011

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 8ª ed., São Paulo, 2017, Acessível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456058>

SOBRINHO, Osório Silva Barbosa. Direito Constitucional de Petição (exercício da cidadania). ESMPU, Brasília, 2016.

TEREPINS, Sandra. Sham Litigation- uma exceção à doutrina Noerr-Pennington e a experiência recente vivida pelo CADE. Revista do IBRAC, São Paulo: IBRAC, v. 15, n.º 1.

UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia, Processo IV/30.979 e 31.394, Decca Navigator System, julgado em 21-12-1988, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1989:043:0027:0048:PT:PDF>

UNIÃO EUROPEIA, Comissão Europeia, Processo IV/32.279, BBI/Boosey & Hawkes, julgado em 29-7-1987, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1987:286:0036:0043:PT:PDF>

UNIÃO EUROPEIA, Tratado de Amsterdã que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses Tratados, Jornal Oficial no C 340 de 10 de novembro de 1997, disponível [on-line] in <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997E/htm/11997E.html#0173010078>

UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Primeira Instância - Quarta Secção Alargada, Processo T- 111/96, ITT Promedia NV v. Comissão das Comunidades Europeias e Belgacom SA, julgado em 17-7-1998, disponível [on-line] in [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111)

VINHAS, Tiago Canção. SHAM LITIGATION: DO ABUSO DO DIREITO DE PETIÇÃO COM EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS. Dissertação de Mestrado em Direito: USP, 2013.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (coord). Participação e processo. São Paulo: Ed. RT, 1988

**ANEXO I**

**TABELA RESUMO DOS CASOS DE SHAM LITIGATION ANALISADOS PELO CADE**

	<b>Caso</b>	<b>Arquivamento</b>	<b>Condenação</b>
I	P.A. 08000.024581/1994-77 (cartel de postos de Brasília/DF  Não houve menção ao termo sham litigation ao longo da análise		Pagamento de multa no valor equivalente a 5% de suas receitas brutas, excluídos os impostos, pela prática de limitação da concorrência ao impedir a entrada de novo competidor no mercado de revenda de combustíveis no Distrito Federal
II	P.A. 08012.005610/2000-81 (Viação Oliveira Torres)	<b>X</b>	
III	A.P. 08012.001397/2008-95 (mercado de gás natural)	<b>X</b>	
IV	A.P. 08012.013624/2007-44 (Pro-Genéricos x Sanofi-Aventis)	<b>X</b>	

V	A.P. 08012.005335/2002-67 (Ediouro)		TCC firmado. <sup>147</sup>
VI	A.P. 08012.006076/2003-72 (Grupo Moura e ABINEE)	X	
VII	A.P. 08012.001952/2008-89 (Dry Color x Colormatrix)	X	
VIII	A.P. n° 08012.005727/2006-50 (MPF x Alcoa)	X	
IX	P.A. 08012.004484/2005-51 (Siemens e Seva)	X	
X	P.A. 08012.010648/2009-11 (ABIÓPTICA)	X	
XI	P.A.08012.004283/2000-40 (Box 3 Vídeo e Publicidade LTDA)		Pagamento de R\$ 1.774.312,66 (um milhão setecentos e setenta e quatro mil trezentos e doze reais e sessenta e seis centavos), além da determinação de publicação de extrato descritivo da decisão condenatória.
XII	P.A. 08012.010075/2005-94 (SULPETRO)	X	

<sup>147</sup> Para maiores detalhes, vide p. 57 e seguintes da presente dissertação.

XIII	P.A. 08012.004572/2007-15 (Saint Gobain Canalização)	X	
XIV	P.A. 08012.007189/2008-08 (Bann Química x DyStar)	X	
XV	P.A. 08700.005241/2013-92 (Vigor Alimentos S.A. x Kellog Brasil LTDA e Danone LTDA)	X	
XVI	P.A. 08012.011508/2007-91 (Genéricos x Eli Lilly do Brasil Ltda e Eli Lilly and Company)		Condenou-se a Representada no montante de R\$ 36.679.586,16 (trinta e seis milhões seiscentos e setenta e nove mil quinhentos e oitenta e seis reais e dezesseis centavos)
XVII	P.A. 08700.011112/2014-14 (Ministério Público do Rio Grande do Norte x SindPostos/RN e outros)	X	
XVIII	P.A. 0870.006964/2015-71(Diretório Central dos Estudantes Honestino Guimarães e Uber do Brasil Tecnologia Ltda)	X	
XVIX	P.A. 08012.006377/2010-25 (Associação Brasileira das Indústrias de	X	

	Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos x Lundbeck		
XX	P.A. 08700.009588/2013- 04 (SETCESP x ECT)		TCC firmado. <sup>148</sup>
XXI	P.P 08700.000015/2018- 20 (Warie Industrial Ltda. EPP	X	
XXII	P.A. 08012.007147/2009- 40 (SEM S.A. x Germed Farmacêutica e outros  (ainda não houve julgamento) <sup>149</sup>		

<sup>148</sup> Para maiores detalhes vide p. 101 e seguintes da presente dissertação.

<sup>149</sup> Data considerada: 5/11/2019.