

Sham litigation no brasil: desenvolvimento, critérios e crítica

Sham litigation in brazil: construction, standards and critique

Gustavo Santos Diniz*

Vicente Bagnoli**

Artigo recebido em 26/02/2021 e aprovado em 19/04/2021

Resumo

Não é incomum ver artigos sobre *sham litigation* no Brasil, alegando que a adoção de parâmetros estrangeiros não é adequada, devido à problemática de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional. Nesse contexto, os resultados apresentados neste artigo confirmam que o Cade de fato adota parâmetros estrangeiros, em particular norte-americanos, no julgamento de casos de *Sham Litigation*. Para operacionalizar o estudo, estipulamos alguns critérios com base na doutrina americana e procuramos observá-los nos precedentes da autarquia, por meio de evidências empíricas nos estudos de caso. Reunindo toda a jurisprudência do Conselho sobre o assunto em questão, na última seção, apontamos críticas a respeito da compatibilidade dessas importações frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chaves: *Sham litigation*. Abuso de direito. Direito de petição. Ilícito anticoncorrencial.

Abstract

It is not uncommon to see articles on sham litigation in Brazil, claiming that the adoption of foreign parameters is not adequate, due to the problem of its compatibility with the national legal system. In this context, the results presented in this article confirm that Cade does in fact adopt foreign parameters, in particular north american ones, in the judgment of Sham Litigation cases. In order to operationalize the study, we stipulated some criteria based on the american doctrine and tried to observe them in the precedents of the autarchy, through empirical evidence in the case studies. Gathering all the jurisprudence of the Council on the subject in question, in the last section, we point out criticisms regarding the compatibility of these imports with the Brazilian legal system.

Keywords: *Sham litigation*. Abuse of right. Right to petition. Anticompetitive litigation.

1 Introdução

O objetivo deste trabalho é analisar os precedentes do Cade em relação à *sham litigation*, expondo os critérios de julgamento usados pelo conselho, suas características e particularidades em âmbito nacional, a fim de verificar se os parâmetros utilizados pela doutrina e jurisprudência estadunidense são aplicados pela autoridade antitruste brasileira em casos da mesma natureza.

De acordo com Hovenkamp (2015, p. 930), *sham litigation* pode ser definida como um peticionamento ao Estado, como um subterfúgio para prejudicar um concorrente. Trata-se de uma exceção ao direito de petição consagrado em diversas jurisdições ocidentais, na qual o abuso desta garantia constitucional faz parte de uma estratégia maior com o intuito de causar prejuízo não pelo resultado adverso de um litígio, mas por meio do processo em si.

Tal figura nasceu nos anos de 1960 nos Estados Unidos da América, a partir da constatação pela Suprema Corte do país de que haveria situações nas quais a imunidade ao direito de petição e ação não poderia escusar um agente que ao promover uma lide, somente estaria interessado em prejudicar um concorrente.

* Advogado. Bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

** Advogado. Professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduado e mestre pela mesma universidade e doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

No velho continente, o primeiro precedente só surgiria mais tarde, mais de três décadas após a construção jurisprudencial americana. O caso *ITT Promedia v. Commission* fora o primeiro concernente à tal matéria, além de ser nele em que a Corte Europeia desenvolveu um teste bifásico para constatar a conduta. Porém, o caso seminal para o desenvolvimento jurisprudencial europeu talvez seja o *AstraZeneca v. Commission*, que apesar de não ser considerado como um caso propriamente de *sham litigation* pela corte julgadora, produziu importantes considerações sobre abusos em relação à proteção de patentes, tendo reflexos significativos em diversos precedentes brasileiros, como se demonstrará adiante.

Assim como na Europa, o desenvolvimento desta teoria no Brasil foi mais tardio, sendo o primeiro precedente nacional o caso *Sinpetro* de 2005. Desde então, o referido tema tem se tornado cada vez mais comum na jurisprudência brasileira. Diante de tal cenário, recorreremos a indagações teóricas e aos critérios elaborados por Christopher Klein (1989, p. 15) e Hovenkamp (2015, p. 933) para aferição da *sham litigation* no ordenamento jurídico estadunidense, trazendo tais critérios para a análise empírica¹ dos casos do Cade, a fim de se constatar a hipótese levantada no início do texto. Analisamos um a um os precedentes da autarquia, o que nos permitiu checar a incidência, em termos numéricos, de cada critério, salientando-se porém, que foram feitas adaptações de tais parâmetros para que pudéssemos compatibilizá-los com o ordenamento jurídico brasileiro, como será descrito posteriormente, bem como que os julgados do Cade foram analisados sob a ótica das variáveis² estabelecidas neste trabalho.

Nesse contexto, o artigo está estruturado da seguinte maneira: a primeira parte é uma breve análise retrospectiva da conduta no Brasil, seguida pela mesma abordagem na Europa e nos EUA, sendo que ao se tratar da conduta neste último país, também traremos as variáveis que serão consideradas para análise empírica da pesquisa. Em seguida, a fim de expor de modo mais aprofundado os precedentes condenatórios da autarquia, antes de passarmos às análises da incidência dos critérios estipulados, faremos aqui um breve relato de tais casos tendo como escopo as variáveis trazidas, nos precedentes condenatórios brasileiros, de modo a melhor embasar os achados empíricos descritos na parte final do trabalho. Posteriormente, serão feitas algumas considerações quanto aos dados coletados da conduta no Brasil, utilizando-se também de gráficos de elaboração própria, para melhor mapeamento da conduta e das variáveis estipuladas. Ao final, são feitas conclusões a partir dos dados oriundos da pesquisa, apontando críticas quanto aos critérios de julgamento e o desenvolvimento da *sham litigation* em solo nacional.

2 *Sham litigation* no Brasil

No Brasil o direito de petição é um direito fundamental, positivado no art. 5º, incisos XXXIV³ e XXXV⁴ da Constituição Federal. Tal cenário não impede que o uso abusivo de tal garantia seja punida pelo Estado brasileiro, vide a figura de multa por litigância de má-fé presente no art. 81 do Código de Processo Civil ou na disposição do art. 187 do Código Civil, estipulando ato ilícito a quem abusar de direitos, dentre outros, pelo seu fim econômico.

¹ A análise empírica é feita em diferentes campos do conhecimento, sobretudo na esfera acadêmica de direito antitruste norte americano (influenciado fortemente pela abordagem empírica da tradição econômica/antitruste da Escola de Chicago) além de ser feita há mais de 50 anos, vide Arnold C. Harberger, *Monopoly and Resource Allocation*, 44AM.ECON.REV.77, STIGLER, George J. *The economic effects of the antitrust laws*. *The Journal of Law and Economics*, v. 9, p. 225-258, 1966. e POSNER, Richard A. *A statistical study of antitrust enforcement*. *The Journal of Law and Economics*, v. 13, n. 2, p. 365-419, 1970. Por uma ampla gama de autores e suas subsequentes publicações em revistas acadêmicas na área, sobretudo, de *Law and Economics*, posteriormente traduzida no Brasil como *Análise Econômica do Direito*. Apesar de ser uma técnica antiga, nem por isso caiu em desuso, conforme por exemplo HYLTON, Keith N.; DENG, Fei. *Antitrust around the world: An empirical analysis of the scope of competition laws and their effects*. *Antitrust Law Journal*, v. 74, n. 2, p. 271-341, 2007. ou LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. *Benefits from private antitrust enforcement: An analysis of forty cases*. *USFL Rev.*, v. 42, p. 879, 2007, se motrando um importante instrumento para a progressão do conhecimento técnico nesta área do direito.

² O uso de variáveis, bem como a sua adaptação para observância empírica, também já foi reproduzido em artigos importantes, oriundos também de autores ou publicações ligados à tradição antitruste da Escola de Chicago, como por exemplo COATE, Malcolm B.; HIGGINS, Richard S.; MC CHESNEY, Fred S. *Bureaucracy and politics in FTC merger challenges*. *The Journal of Law and Economics*, v. 33, n. 2, p. 463-482, 1990., ou BLOCK, Michael Kent; NOLD, Frederick Carl; SIDAK, Joseph Gregory. *The deterrent effect of antitrust enforcement*. *Journal of Political Economy*, v. 89, n. 3, p. 429-445, 1981.

³ “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

⁴ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Nesse sentido, insere-se também a figura de *sham litigation* que passou a ser observada mais atentamente pelo Cade a partir de 2004.

Uma importante contribuição quanto à inserção desta conduta no arcabouço jurídico nacional, foi feita pelo então conselheiro da autarquia César Mattos (2011, p. 8), determinando que esta conduta unilateral estaria delineada na combinação do art. 187 do Diploma Civil, com o art. 20 da hoje revogada Lei 8.884/1994. O ex-conselheiro propôs um teste bifásico e cumulativo para verificação da conduta, expresso pela necessidade de abuso do direito de petição (tanto na seara judicial como administrativa), aliado com a potencialidade de se causar danos com efeitos anticompetitivos. Ronetti (2017, p. 19), segue na mesma linha, atualizando a combinação do abuso dos procedimentos judicantes com o art. 36 da Lei 12.529/2011, para configuração da conduta. Eiras (2019, p. 8), também salienta que diferentemente do sistema estadunidense, no caso brasileiro há apenas a necessidade que a conduta abusiva possa produzir efeitos anticompetitivos para que seja punível.

O precedente inaugural sobre o abuso do direito de petição com reflexos concorrenciais é o chamado caso Sinpetro no Distrito Federal. Trata-se de um litígio mais próximo aos precedentes originários da construção jurisprudencial estadunidense, de maneira que as petições a órgãos do Legislativo e Executivo do Distrito Federal, sob a ótica de uma estratégia ampla e organizada, foi considerada pelo Cade como lesiva à concorrência e passível de ser punida. Como se verá nas considerações finais deste trabalho, a figura da *sham litigation*, tomou rumos próprios e um tanto diversos de seu precedente originário.

Conforme bem ressaltado por Vinhas (2015, p. 160), nos casos mais antigos da conduta, o Cade não se aprofundou demasiadamente em suas investigações. Uma análise mais detalhista e pormenorizada está presente somente em julgados mais recentes. Nesse sentido, um dos precedentes fundamentais para a mudança de abordagem foi o caso Siemens, no qual houve intenso debate da matéria, constituindo um marco importante nas considerações teóricas da autarquia.

3 *Sham Litigation* na Europa

No âmbito europeu⁵, a jurisprudência sobre casos similares é mais incipiente. O caso inaugural sobre a temática se deu no precedente ITT Promedia v. Commission, no qual o autor Promedia alegara que seu concorrente, Belgacom, promovera ações com o intuito de criar dificuldades a seus competidores. A autoridade antitruste europeia em seu inquérito investigando a conduta alegada, desenvolveu um teste para identificar abusos de direito de petição no âmbito concorrencial: primeiramente, deveria ficar constatado que o direito pleiteado em questão não poderia ser almejado pelo autor, de tal modo que sua suscitação somente teria o objetivo de prejudicar um concorrente. Além disso, a ação em questão deveria fazer parte de uma estratégia maior na qual o único objetivo seria eliminar a concorrência. Apesar de tal indagação, a Corte Geral europeia entendeu que nenhuma das ações atendera ao primeiro requisito do teste, e a alegação de *sham litigation* não ensejou nenhuma condenação.

Outro caso importante da jurisprudência europeia, inclusive citada em diversos casos brasileiros⁶, é o chamado caso AstraZeneca⁷ v. Commission. Neste precedente envolvendo registros de patentes farmacêuticas, o grupo AstraZeneca promoveu uma série de ações buscando defender a patente do medicamento Losec, impedindo que

⁵ Para mais informações sobre o desenvolvimento do instituto no âmbito do continente europeu, ver LIANOS, Ioannis; REGIBEAU, Pierre. Vexatious/ShamLitigation in EU and US Antitrust Law: A Mechanism Design Approach. Antitrust Bulletin, v. 62, n. 4, 2017 e RICKARDSSON, Ola. Patent misuse and "sham" - Development of new principles under EU competition law. 2010.

⁶ O caso AstraZeneca já foi citado em casos relevantes do Cade, como o precedente Eli Lilly e no caso Siemens.

⁷ Alguns autores entendem que este caso não seria propriamente de *sham litigation* (ver SALGADO, Lucia Helena; DE MORAIS, Rafael Pinho. A new test for anticompetitive litigation. 2015., p. 10), conforme próprio entendimento do órgão julgador, porém dada a importância deste precedente para a jurisprudência brasileira, o analisaremos sob o espectro da conduta abusiva do direito de petição, tal como fizeram outros autores (ver LIANOS, Ioannis; REGIBEAU, Pierre. Vexatious/ShamLitigation in EU and US Antitrust Law: A Mechanism Design Approach. Antitrust Bulletin, v. 62, n. 4, 2017).

concorrentes produzissem versões genéricas. Todavia, a Comissão Europeia não o considerou como sendo um caso de abuso de direito de petição⁸, não aplicando o teste desenvolvido anteriormente no precedente ITT Promedia.

Para a autoridade europeia, o fato de o grupo anglo-sueco usar-se de meios enganosos em relação a autoridades nacionais de patente, seria uma estratégia enquadrada em um outro tipo de conduta, diferente daquela ocorrida no precedente europeu inaugural da matéria. Mesmo assim, a Comissão estipulara que tal conduta seria anticompetitiva, uma vez que não haveria a possibilidade de que o suposto direito de patente evocado pela AstraZeneca fosse atendido, pois a empresa estava ciente de sua expiração, multando-a em 60 milhões de euros⁹.

4 *Sham litigation* nos EUA e critérios para aferição da conduta

Nos EUA, a imunidade ao direito de petição foi construída, por meio de dois precedentes paradigmáticos: *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc* e *United Mine Workers of America v. Pennington*. Em breve síntese, nesses dois casos a Suprema Corte estadunidense entendeu que petições a órgãos do poder Executivo e Legislativo, bem como em processos judiciais e administrativos não violariam o *Sherman Act*, estando em conformidade com a Primeira Emenda da Constituição americana e com os preceitos de uma democracia representativa, na qual agentes em busca de seus interesses tentariam influenciar os Poderes constituídos a fim de obterem alguma resposta de seus representantes.

A Suprema Corte determinou que o escopo da legislação antitruste não era sancionar a atividade política, fundamentando assim a imunidade antitruste em relação a esta garantia fundamental, que ficou conhecida como doutrina *Noerr-Pennington*. Todavia esse entendimento mudou e a partir de meados da década de 1960, a Corte passou a reconhecer situações em que tal imunidade não mais incidiria, mesmo que embasada no argumento de proteção ao direito de petição. Os dois precedentes inaugurais referentes a tal mudança de posicionamento foram: *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp*, julgado em 1965 e *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, julgado em 1972.

No primeiro precedente, a matéria que orbitava a lide era a proteção patentária. Em suma, a empresa *Food Machinery & Chemical Corp* promoveu inicialmente uma ação contra *Walker Process Equipment, Inc.* sob o argumento de violação de patente. *Walker* então promoveu uma reconvenção acusando a autora de tentar monopolizar o mercado por meio de uma patente ilegal. Na disputa em questão, *Food Machinery & Chemical Corp* admitiu obter um registro de patente que não lhe seria devido, sendo condenada ao pagamento de indenização pela Suprema Corte por obter sua patente de forma fraudulenta¹⁰.

No segundo caso que relativizou a supramencionada imunidade, o cerne do conflito versava sobre o peticionamento ao Poder Judiciário. Ambas as empresas eram concorrentes no mercado de transporte rodoviário, e o conflito judicial iniciou-se com a alegação da empresa *Trucking Unlimited* que *California Motor Transport Co.* estaria tentando obter o monopólio do segmento de transporte rodoviário por meio da criação de empecilhos ao acesso de seus concorrentes às agências reguladoras e tribunais.

A Suprema Corte estadunidense decidira pela não aplicação da imunidade consagrada em *Noerr-Pennington*, entendendo que o direito de petição, ao fazer parte de uma estratégia maior que violaria as normas antitrustes, não estaria protegido.

Com o desenvolver da jurisprudência, o mesmo órgão no caso de 1993 *Columbia v. Professional Real Estate Investors*¹¹, desenvolveu um teste de duas fases para averiguar se uma conduta estaria configurada como “*sham*”. Primeiramente a ação deveria ser objetivamente sem fundamento (*objectively baseless*), de tal sorte que nenhum

⁸ Nesse sentido, vide LIANOS, Ioannis; REGIBEAU, Pierre. ‘Vexatious’/‘Sham’ Litigation in EU and US Antitrust Law: A Mechanism Design Approach. *Antitrust Bulletin*, v. 62, n. 4, 2017. p. 24

⁹ O valor da multa seria reduzido posteriormente pela Corte Geral da União Europeia para 52,5 milhões de euros. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d0aac4a7-668a-4d23-9635-3f94b6608380>.

¹⁰ Esse precedente dá origem a uma doutrina específica em relação ao direito antitruste e proteção de patentes chamada de “*Walker Process*”, que envolve uma interseção entre o direito patentário e a seara concorrencial.

¹¹ Caso - *INDUS, Columbia Pictures. Inc. v. Professional Real Estate Investors. Inc.*, v. 866, p. 281-82.

litigante razoável poderia esperar obter sucesso quanto ao mérito. Em um segundo momento, constatada a falta de razoabilidade da ação, a Corte deveria examinar os motivos subjetivos que ensejaram sua promoção¹², buscando checar se o litígio consistira numa tentativa de interferir nas relações negociais de um concorrente. Através de tal teste, a Corte determinou que as ações promovidas por Columbia, que abarcavam o descumprimento de direitos autorais, objetivando o cumprimento de um acordo de exclusividade quanto à exibição de filmes em hotéis operados por Professional Real Estate Investors, possuíam fundamento, não atendendo à primeira fase do teste e portanto não configurando uma conduta ilícita.

Os critérios adotados neste trabalho para análise da *sham litigation* traçados a partir da doutrina estadunidense, foram abordados por Christopher Klein (1989 .p. 15) e mais tarde por Hovenkamp (2015, p 933) e englobam importantes considerações sobre este instituto nos campos do direito e da economia.

A seguir, apresentamos os critérios considerados pelos referidos autores e apresentamos as respectivas adequações que se fizeram necessárias, de modo que pudéssemos apontar as características próprias de uma construção jurisprudencial americana em solo nacional. Os critérios são:

1 – “ações sem fundamento”: este critério surgiu no caso PRE, com o intuito de identificar casos de *sham litigation* pela Suprema Corte americana. Decidiu-se que a imunidade conferida por Noerr só não seria aplicada se o litígio promovido fosse objetivamente sem fundamento (*objectively baseless*),¹³ no qual nenhum litigante esperaria ter sucesso em sua demanda.

2 – “posição dominante”: este critério decorre da argumentação exposta por Christopher Klein (1989, p. 15), segundo o qual haveria maior probabilidade que uma empresa detentora de posição dominante no mercado incorresse em uma conduta abusiva quanto ao direito de petição¹⁴.

3 – “uso de falsas informações”: segundo, Hovenkamp (2015, p. 932), este critério aplica-se a situações em que um litigante se vale de informações falsas para prejudicar um rival, sendo este aspecto condição essencial para punir um agente econômico por *sham litigation*¹⁵.

4 – “ações com fundamentos únicos ou repetitivos”: no precedente California Motor Transport, a Suprema Corte estadunidense definiu que *sham litigation* seria um “padrão de ações sem fundamento, repetitivas, que levariam o magistrado a concluir que o processo administrativo e judicial fora abusado” (Hovenkamp, 2015, p. 938).

O autor expõe que numa investigação de tal conduta, talvez uma única ação passe despercebida, porém um padrão de ações movidas seria mais difícil de justificar, pois ao ter rejeitado o seu primeiro pleito, já teria sido expresso ao litigante os motivos pelos quais sua ação teria sido denegada. Por isso, “ações com fundamentos únicos e repetitivos” seria um dos métodos abusivos pelos quais agentes incorreriam na prática abusiva do direito de petição.

¹² Este caso, e mais especificamente este teste, é de suma importância para os julgados brasileiros, tendo em vista que o Cade o aplicará em diversos julgamentos como Eli Lilly e o caso Siemens.

¹³ Hovenkamp (2015, p. 934) indaga numa discussão que não abordaremos, se as causas eventualmente ganhas poderiam ser consideradas como abusivas num contexto de estratégia em um conjunto de ações com a única intenção de prejudicar um rival.

¹⁴ Aqui é necessário fazermos uma ponderação: adotamos tal parâmetro em nossa pesquisa, com o objetivo de verificar se o Cade o aplica ao analisar suspeitas de *sham litigation*, bem como se tal presunção encontra-se respaldada na realidade brasileira. É claro que, ser detentor por si só de uma posição dominante em mercado relevante não caracteriza por si só uma infração econômica nem um meio pelo qual um agente econômico incide em uma conduta abusiva, porém, em um contexto de litígios fraudulentos, a detenção de posição dominante pode ser um fator relevante a se considerar.

¹⁵ É importante salientar que o presente trabalho está adstrito ao julgamento do Cade quanto às considerações do órgão ao julgar uma conduta abusiva quanto ao direito de petição. Por isso, iremos considerar aqui o que o órgão determinou como uso de informação falsa, o que não necessariamente reflete nossa opinião, nem a do Poder Judiciário ou da Administração Pública. Ademais, incluiremos nesta variável, a omissão de informações que o órgão determinara que deveriam ter sido dadas tanto ao Cade como ao Poder Judiciário ou outras Agências Reguladoras no decorrer da investigação de processos sobre condutas de *Sham Litigation*, já que ambas as ações atentam contra a lealdade processual e estão intimamente relacionadas.

5 – “busca por legislação ou decisões administrativas inválidas”: Hovenkamp (2015, p. 939) indaga sobre a aplicabilidade de tal parâmetro e a subsequente incidência ou não da doutrina *Noerr-Pennington* a depender do caso. Esta discussão não será abordada neste trabalho¹⁶.

6 – “notificações extrajudiciais”: este é mais um parâmetro adaptado da obra de Hovenkamp (2015, p. 939) denominado de *threat to sue*, não especificando expressamente notificações extrajudiciais. Porém, fez-se necessário adaptar tal variável para notificações extrajudiciais, pois seria uma manifestação concreta por meio da qual, poderia-se presumir que o não atendimento ao pedido exposto em uma notificação levaria uma empresa a buscar um eventual litígio¹⁷.

5 Precedentes condenatórios

5.1 Sinpetro-DF

Trata-se do marco inicial da conduta de *sham litigation* no Brasil instaurado *ex officio* pela antiga SDE (substituída hoje pela Superintendência-Geral – SG), a fim de apurar supostas condutas ilícitas praticadas pelo Sindicato do Comércio de Varejistas de Derivados de Petróleo do Distrito Federal, Rede Gasol e Grupo Igrejinha, constituindo em medidas para dificultar o acesso de concorrentes ao mercado de distribuição de combustíveis por meio de uma lei, bem como atuarem em condutas concertadas entre concorrentes ao não vender óleo diesel aditivado no mercado do Distrito Federal.

Segundo o conselheiro Relator Roberto Pfeiffer, as representadas ao atuarem conjuntamente possuíam 94% do mercado relevante, independentemente da parcela individual que cada uma detinha de maneira isolada no mercado de revenda de combustíveis do DF. Em seu voto, expôs considerações referentes à inconstitucionalidade de uma lei do DF, criada após pleito das representadas, que proibira a criação de postos de abastecimento no âmbito de supermercados, hipermercados e similares¹⁸. Para ele, tal lei desrespeitava o princípio da livre concorrência, estando em desacordo com a Constituição Federal, sendo portanto inválida.

O plenário do Cade determinou multa de 10% do faturamento do Sindipetro-DF pela acordada cessação de venda de óleo diesel aditivado e impedir a entrada de concorrência no mercado, e 5% do faturamento bruto das representadas por incorrerem somente nesta última conduta.

5.2 Box 3

Em breve síntese, trata-se de processo administrativo instaurado pela SDE a partir de representação da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara de Deputados, em face das empresas Box 3 Vídeo e Publicações Ltda. e Léo Produções e Publicidade, a fim de se apurar possíveis infrações contra a ordem econômica consistindo em limitar ou impedir o acesso de novas empresa ao mercado, criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente e, impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição. As representadas atuam no seguimento televisivo de programas de venda, e estariam, segundo concorrentes, promovendo ações judiciais descabidas, com base em um direito autoral inexistente, ao evocar o registro de seu programa junto à Biblioteca Nacional na tentativa de retirada de seus rivais do mercado.

¹⁶ Ressaltamos aqui que consideraremos como “busca por legislação ou decisões administrativas” apenas aquelas que o Cade assim determinar como tal.

¹⁷ Por isso, frente à necessidade de viabilizar objetivamente o que seria uma *threat to sue*, usaremos sua forma adaptada por meio de notificações extrajudiciais.

¹⁸ Nos termos do voto do conselheiro relator “[...] Em terceiro lugar cabe destacar que a pressão exercida foi pelo impedimento da entrada, pleiteando-se inclusive, a edição da lei que expressamente a proibisse, no que lograram êxito as representadas”.

O Cade entendeu que as ações movidas pela representada não possuíam amparo legal¹⁹, nem possibilidade de esperar que seus pleitos fossem acolhidos, dado que só haveria infração ao direito autoral da representada se seu programa de vendas fosse dotado de originalidade, o que não seria o caso. Nesse sentido, a pretensão da representada ia diretamente contra texto expresso da Lei 9.610/1998, denotando assim o caráter infundado de suas objeções. Para o conselheiro relator, a representada omitiu informações e não agiu com a devida lealdade processual ao não mencionar os precedentes denegatórios de seus pedidos anteriores de proteção autoral, de modo a esclarecer que buscava a revisão de uma interpretação consolidada sobre a matéria de direito autoral²⁰.

Quanto ao poder de mercado, a Fundação Casper Líbero, em resposta à SDE, concluiu que a representada possuía cerca de 50% do mercado de anúncios televisivos transmitidos por programas de venda, caracterizando-se assim como detentora de posição dominante em tal seguimento²¹.

Em seu voto o conselheiro relator analisou 9 ações judiciais da representada, expondo seus fundamentos repetitivos²² ao sempre recorrer ao argumento de violação do direito autoral de seu programa de vendas como cerne principal de suas objeções ao Poder Judiciário. No que pese as referidas ações promovidas variarem quanto à classificação legal, (ações indenizatórias, declaratórias, queixa-crime, busca e apreensão, etc.) o argumento utilizado em ambas sempre fora o registro autoral de seu infomercial junto à Biblioteca Nacional.

Assim, o plenário do Cade, por unanimidade, condenou as representadas nos termos do voto do conselheiro relator, à multa de R\$ 1.774.312,66 e à publicação da decisão do Cade. Além disso, o plenário votou também pela instauração de um processo administrativo contra o proprietário da Box 3 e demais condenadas, além de outras pessoas jurídicas a qual era ligado, a fim de averiguar se outras pessoas físicas e jurídicas também incorreram na mesma prática.

5.3 Eli Lilly

Trata-se de processo administrativo em desfavor das empresas Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company, iniciado a partir de representação movida pela Associação Brasileira das Indústrias de Medicamentos Genéricos – Pró Genéricos, a fim de se apurar suposta prática de *sham litigation*. Segundo a representante, a ré Eli Lilly promoveu diversas ações junto ao Inpi e à Anvisa, com o intuito de obter exclusividade da comercialização de um medicamento para tratamento de câncer, prejudicando assim seus potenciais concorrentes.

No que pese a conselheira relatora Ana Frazão entender que as primeiras ações iniciais (pedido de patente do processo de fabricação e ação no judiciário contestando decisão denegatória do Inpi) da Eli Lilly possuírem fundamentos, já que versavam sobre uma dúvida razoável (a data de aplicação dos TRIPs para concessão de registro de patente), na segunda gama de ações, ao pleitear a mudança do escopo da proteção patentária de “processo”, para “processo e produto”, alterando o quadro reivindicatório de patentes após a entrada de exame do seu primeiro pedido (o que é ilícito tendo em vista que o primeiro pedido versava somente sobre processo de fabricação do medicamento não do processo e o produto final em si), a Eli Lilly promoveu ações sem bases legais, utilizando-se da omissão de informações determinantes para a concessão do registro patentário, induzindo assim o magistrado a erro, de maneira a lhe conceder o monopólio indevido por 8 meses sobre medicamento em questão.

¹⁹ Nas palavras do conselheiro relator Vinicius Marques de Carvalho “Sobre este aspecto, é relevante notar que embora as requerentes tenham construído, de forma muito engenhosa, inteligente e perspicaz uma argumentação que aparenta lhes dar o direito de reservar para si uma parte do mercado televisivo, trata-se, sem sombra de dúvida, de uma premissa jurídica equivocada. A presente causa, do ponto de vista objetivo, assemelha-se à *objective baseless claim*, já que, nem mesmo sob o prisma teórico, pode-se esperar que este tipo de contenda prospere”.

²⁰ Nas palavras do conselheiro “Assim, ao agir deste modo, ocultando e omitindo todos os precedentes contrários à sua pretensão, a parte procedeu de modo temerário, sabendo que estava provocando incidentes manifestamente infundados”.

²¹ Nos termos do voto do conselheiro relator “A Fundação Casper Líbero e Vídeo In Comunicações Ltda., em 6 de fevereiro de 2004, informou à SDE que a Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. (produtora do Programa Shop Tour) possuía 50% do mercado de anúncios televisivos transmitidos por esta modalidade de programa”.

²² Nas palavras do mesmo conselheiro “Veja que a conduta da representada não se ateve apenas a oferecer uma ou outra ação esporádica, mas uma série de ações, muitas delas seguidas, repetidas vezes, renovando lides, contra texto expresso de lei e com o mesmo argumento. [...] mesmo assim, a Box 3 continua, ainda hoje, a litigar no Judiciário, via novas ações, contra seus concorrentes, com o mesmo fundamento, como se verá a seguir”.

Quanto ao poder de mercado, segundo informações contidas nos autos do processo administrativo, a representada não possuía posição dominante no mercado relevante relativo ao produto em questão. Vale a menção neste trabalho que a empresa alegou não poder incorrer na prática de *sham litigation* tendo em vista não ter posição dominante no mercado relevante, algo que foi afastado pela relatora já que esta seria irrelevante para configuração deste ilícito.

Retomando a análise do caso, ao promover uma segunda gama de ações judiciais, desta vez contra a Anvisa, a fim de impedir a comercialização por concorrentes do medicamento que estava sob análise patentária junto ao Inpi e que tramitava concomitantemente na Justiça Federal, a representada omitiu informações ao não trazer ao conhecimento do magistrado, decisões denegatórias de aditamento da petição inicial (aditamento este que visava aumentar o escopo patentário numa ação judicial na Justiça Federal do Rio de Janeiro, contestando decisão administrativa do órgão competente que denegava o pedido de registro de referido medicamento), bem como a omissão do sobrestamento do pedido de patente junto ao Inpi e de um parecer da mesma autarquia que ressaltava a impossibilidade do aumento do escopo de pedido patentário uma vez ajuizado junto ao Inpi²³. Além disso, em uma de suas ações judiciais contra o órgão regulador de patentes, pleiteando o aumento do quadro reivindicatório de registro deste medicamento, a representada utilizou-se de falsas informações ao afirmar que o juiz deferiria o aumento do escopo do registro da patente. Aqui ocorreria na verdade o contrário do que foi mencionado pela companhia, o juiz não permitiu tal manobra ao indeferir o aditamento da petição inicial da Eli Lilly²⁴.

Ao ajuizar a sua primeira gama de ações, visando a obtenção de um registro de patente do processo de fabricação de determinado composto de medicamento, a representada utilizou-se dos mesmos argumentos tanto no recurso administrativo da decisão que denegou o pedido²⁵, como na ação judicial proposta, qual seja, a aplicação do acordo TRIPs na presente data de pedido de registro de patente, atestando assim a “patentabilidade” do processo que pretendia registrar. Todavia, esse primeiro conjunto de ações foi considerada pela conselheira como embasadas e plausíveis, dado que a aplicação ou não dos TRIPs seria uma dúvida razoável passível de questionamento no Judiciário.

Conforme exposto no voto da relatora, ao tentar por meio de instâncias administrativas e posteriormente no Judiciário, alterar o pedido de patente de um medicamento de modo a incluir em seu escopo não só o processo de fabricação, como também o produto final em si, a representada requereu decisões administrativas inválidas junto ao Inpi, tendo tal pedido denegado em razão da impossibilidade de tal alteração, uma vez feito o pedido de registro de patente²⁶. Vale também a menção neste trabalho, que a relatora não considerou o pedido de registro de patente em si como ilícito, mas sim sua alteração de maneira a incluir o registro de processo e produto posteriormente, em sede de recurso administrativo e da via judicial.

²³ Nas palavras da conselheira Ana Frazão “[...] Como se verá adiante, a representada deixou de informar ao magistrado do sobrestamento do feito administrativo e do indeferimento do aditamento à inicial pela Justiça Federal do Rio de Janeiro, o que pode ter configurado uma conduta estratégica para obter indevidamente o direito de comercialização exclusiva”.

²⁴ Nos termos do voto da Conselheira Relatora “Independentemente do fato de que a manobra para ampliar o escopo da perícia tenha sido diagnosticada e evitada a tempo, é forçoso reconhecer que é no mínimo problemática, do ponto de vista da lealdade processual, a afirmação da Eli Lilly de que ‘este MM. Juízo deferiu expressamente os quesitos formulados sobre as reivindicações 15 e 16’ (*supra*, 61). Ora, trata-se de manifestação evidentemente falsa, pois a juíza negara o aditamento à inicial”.

²⁵ Nas palavras da conselheira relatora Ana Frazão “Os fundamentos deduzidos para a aplicação do TRIPs foram os mesmos utilizados no recurso administrativo contra a decisão do Inpi, quais sejam: (i) não há possibilidade no TRIPs de exclusão relativa a produtos farmacêuticos e processos para a sua produção, em oposição ao art. 229 da LPI, de sorte que a reivindicação em questão teria se tornado plenamente patenteável no Brasil, desde a entrada em vigor do Acordo; e (ii) o TRIPs estaria plenamente vigente e sua aplicação já seria obrigatória à época do pedido de exame da patente”.

²⁶ Nas palavras da Relatora “Assim, a conduta sob exame não se refere propriamente ao pedido de registro de patente, cuja ilicitude foi afastada, mas à alteração de seu escopo quando já havia, inclusive, manifestação do Inpi indeferindo o pleito. Some-se a isso a manifestação da Diretoria de Patentes do Inpi no sentido de que as novas reivindicações, além de terem alterado o objeto da patente, estenderam a matéria para além do conteúdo inicialmente revelado. Embora tenha caráter meramente opinativo, o parecer indica a inexistência de plausibilidade do pleito da representada, o que, aliado às conclusões acima, sugere que a alteração do escopo da patente, na verdade, constituía apenas a primeira etapa que formaria a base fática para as condutas anticompetitivas a serem praticadas posteriormente. Daí por que o ato não pode ser lido de forma dissociada dos demais fatores analisados a seguir”.

Assim, o plenário do tribunal, por unanimidade, condenou a representada, nos termos do voto da conselheira relatora, à multa de R\$ 36.679.586,16.

6 Análise da incidência dos critérios

Ao analisarmos os casos do Cade sob o escopo dos parâmetros expostos, traçamos o perfil dos casos de *sham litigation* em solo brasileiro. Assim, apresentamos a incidência quantitativa de cada parâmetro exposto nos precedentes aqui analisados, ao todo contabilizando 18 casos julgados pela autarquia: Sinpetro, Enersystem, Colormatrix, Alcoa, Siemens, Box 3, Empresa Valadarense de Transporte Coletivo, Comgás, Sanofi Aventis, Saint-Gobain, Dystar, Abiótica, Sulpetro, Eli Lilly, Shop Tour, Anfape, Uber e Lundbeck e dentre esses houve três condenações: Sinpetro, Box 3 e Eli Lilly.

O gráfico 1 abaixo apresenta a incidência dos critérios para avaliação de *sham litigation*:



A partir dos dados coletados, concluímos que a variável mais importante para o conselho constatar a incidência de *sham litigation* é a presença de “ações sem fundamento”. Os resultados encontrados indicam que esse critério esteve presente em 17 dos 18 precedentes do órgão, sendo que duas das três empresas condenadas por abuso de direito de petição com efeitos concorrenciais promoveram ações sem fundamento.

Diante desse achado, poderia se indagar, afinal, o que o Cade entende como uma “ação sem fundamento”, ao condenar uma representada? Para a autarquia, de acordo com análise de sua jurisprudência, enquadram-se nesta categoria os casos que versam sobre um direito de propriedade intelectual inexistente. Foi essa a conclusão que a autoridade chegou ao condenar as empresas Eli Lilly e Box 3²⁷.

O parâmetro “posição dominante” foi o segundo de maior incidência, havendo considerações sobre tal característica em 12 dos 18 precedentes, e nas três condenações por *sham litigation*, duas rés possuíam tal condição. Porém, ao observar sua relevância em conjunto com a jurisprudência nacional sobre o tema, fica evidente que ela não é primordial para que o conselho puna ou investigue mais a fundo casos suspeitos do ilícito. Por diversas vezes (como por exemplo no caso Eli Lilly), os conselheiros foram enfáticos ao salientarem que ser detentor de posição dominante não seria um fator relevante na investigação da conduta, posto que uma empresa poderia incorrer nesta infração independentemente de sua fatia do *market share*.

O “uso de falsas informações” se fez presente em 5 dos 18 precedentes do Cade e esteve presente também em 2 das 3 condenações por *sham litigation*. Neste caso, percebemos uma espécie de “simbiose” com a variável “ações

²⁷ Os números respectivos dos processos administrativos são 08012.011508/2007-91 e 08012.004283/2000-40.

sem fundamento”, pois ao correlacionarmos os dados empíricos com uma análise contextualizada de cada processo, notamos uma relação instrumental entre as duas variáveis, já que o uso de informações falsas ou omissão de fatos relevantes seria uma das formas pelas quais empresas condenadas promoveriam ações sem fundamentos. Em suma, o Cade concluiu que as condenadas moveram ações sem fundamentos por meio, dentre outras condutas, do uso de informações falsas e a omissão de dados relevantes nos litígios iniciados.

Novamente, há que se ressaltar que uma visão descontextualizada dos parâmetros atribuídos neste artigo, pode distorcer a análise dos casos da conduta no Brasil. É o que poderia acontecer ao examinarmos a variável “ações com fundamentos únicos ou repetitivos”. Na prática, apesar deste critério estar presente em dois dos casos condenatórios, ele só fez parte de uma estratégia anticoncorrencial em 1 dos casos, o precedente “Box 3”. Ocorre que, no outro caso em que a variável incidiu, a autoridade não a correlacionou com a conduta de *sham litigation*, de tal modo que esse parâmetro não fez parte das ações sem fundamento que embasaram a punição no precedente “Eli Lilly”.

Já a variável “busca por legislações ou decisões administrativas inválidas”, encontra-se presente em 8 precedentes do Cade, incidindo em 2 casos dos 3 condenatórios da conduta, porém há aqui algumas ressalvas importantes a serem feitas ao analisar este parâmetro. Primeiramente, destacamos mais uma vez que este critério também se encontra intrinsecamente ligado ao parâmetro “ações sem fundamento”. Ao ajuizar ações sem fundamento junto a órgãos administrativos como Inpi, mostra-se claro que o objetivo do autor em última análise é uma decisão administrativa inválida. Não à toa, esta hipótese esteve presente no caso Eli Lilly, de modo inextricável às ações judiciais sem base legal da representada, que pleiteavam a alteração indevida do escopo da patente.

Ademais, apesar da variável ocorrer também no precedente inaugural, abrangendo busca por legislações inválidas, sua constatação em processos similares fora substancialmente alterada. No precedente inaugural, o Cade não hesitou em destacar a inconstitucionalidade de uma lei no Distrito Federal, que restringia a abertura de postos de gasolina em supermercados, sendo aprovada após influência das representadas. Essa análise foi alterada, pois em precedentes mais recentes relacionados ao peticionamento junto aos Poderes Legislativos e Executivos, o conselho adotou uma abordagem mais pragmática, não fazendo juízo de valor em relação à lei final aprovada pois acreditara que extrapolaria sua competência, somente analisando a conduta e os meios pelas quais as investigadas buscaram a aprovação dos diplomas legais. Como nos dois casos posteriores ao precedente inaugural envolvendo esses poderes, não se vislumbrou a utilização de informações falsas ou infundadas nos pleitos que resultaram em leis, o órgão antitruste entendeu que as situações não ensejariam punições pelo abuso do direito de petição. Isso dá indícios que em precedentes futuros, a autoridade se atentará mais às formas com que os pedidos aos órgãos executivos e legislativos foram realizados, do que com resultado final em si, mesmo que tais pleitos possam vir a limitar a concorrência²⁸.

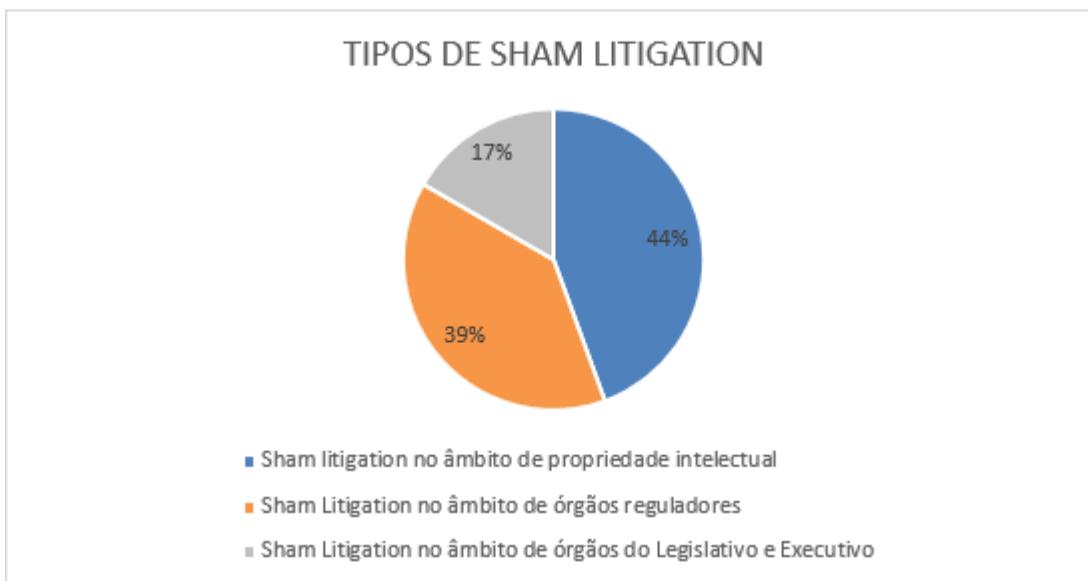
Por fim, ficou demonstrado que “notificações extrajudiciais” possuem pouca ligação com a conduta no âmbito nacional, não incidindo em nenhum caso condenatório e em somente 3 dos 18 precedentes analisados.

Vale a menção neste trabalho sobre algumas conclusões que talvez tenham extrapolado a análise dos critérios delimitados, mas se mostram de alguma forma relevantes em relação ao estudo do desenvolvimento deste ilícito no Brasil. Quase metade dos precedentes do Cade sobre a matéria (oito casos) versam sobre alguma questão de propriedade intelectual (direito autoral ou propriedade industrial), confirmando o que outros autores²⁹ (2014, p. 84) já nos alertavam há tempos. Em seguida, os precedentes com maior incidência na averiguação por parte do conselho, refletiam alguma indagação junto a órgãos reguladores. Por fim, apenas três precedentes versaram de alguma maneira sobre abuso de pedidos junto a órgãos do Legislativo e Executivo.

²⁸ Aqui especula-se que uma das motivações para a mudança de abordagem da autarquia antitruste quanto a questões concernentes a petição a órgão dos Poderes Executivo e Legislativo seria o revés que o conselho sofrera em segunda instância, na qual o Tribunal Regional Federal da Primeira Região revertera a decisão do Cade no precedente Sinpetro.

²⁹ TAUFICK, Roberto. Introdução ao Direito da Concorrência (Introduction to Antitrust Law). Programa Nacional de Promoção da Concorrência. Livro-texto. Secretaria de Acompanhamento Econômico/Ministério da Fazenda e Escola de Administração Fazendária/Ministério da Fazenda, 2014.

Abaixo, segue um gráfico referente a três diferentes “tipos” de *sham litigation* e sua incidência percentual nos precedentes nacionais, demonstrando a preponderância de casos relativos à propriedade intelectual.



No âmbito das condenações, 2 dos 3 casos avaliados compreenderam questões de tal área. Nesse contexto, pode-se concluir que no Brasil, até o momento, a construção jurisprudencial total da conduta (envolvendo precedentes absolutórios e condenatórios) tem se desenvolvido mais na linha de casos como o europeu AstraZeneca, o estadunidense Walker Process, ou semelhantemente aos precedentes da Argentina³⁰ e não no caso PRE, que apesar de versar sobre direitos autorais (o que por si só já possui uma diferença considerável, dada a distinção entre o sistema brasileiro de direito autoral e o sistema americano), só encontra paralelo na jurisprudência no caso Box 3 e no caso Shop Tour, mesmo que o último seja uma derivação indissociável do primeiro³¹.

Partindo da premissa que *sham litigation* é a litigância fraudulenta com o intuito de prejudicar um competidor, no Brasil o Cade tem entendido que tal ilícito tem ocorrido majoritariamente em questões referentes à propriedade intelectual. Um monopólio indevido certamente pode afetar um (ou vários) concorrente(s), assim como uma lei também pode, porém o conselho tem entendido que o uso de petições espúrias com impactos concorrenciais tem acometido principalmente litígios sobre propriedade intelectual.

Em questões relativas a normas técnicas junto aos órgãos reguladores, a autoridade ainda não proferiu nenhum precedente condenatório, apesar de que um dos casos mais preponderantes sobre a conduta se insira nesse âmbito (Caso Siemens). Ao que nos parece, novamente, com base nos precedentes absolutórios, o conselho analisará com grande ênfase o fundamento das ações promovidas pelos investigados, sendo este um dos fatores determinantes ao se aferir o ilícito. Porém, o que o órgão antitruste considerará como “ação sem fundamento” em tal cenário, ainda não podemos dizer.

Como um todo, nota-se um progressivo esforço do conselho em aperfeiçoar seus métodos de análise e julgamento da *sham litigation*. Os votos em relação à matéria passaram a ser cada vez mais claros e objetivos, porém abordando questões complexas com parâmetros delimitados e pontuais, ainda que passíveis de questionamento.

³⁰ Na ainda incipiente jurisprudência argentina, o precedente inaugural sobre *sham litigation* no país versou sobre a proteção patentária de uma semente de soja. Para mais informações, vide SANDOVAL, Carlos Molina. *Sham litigation en el régimen de competencia desleal*. 2013.

³¹ Ao condenar a empresa Box 3, a autarquia abriu subsequentemente uma investigação quanto a outras empresas do grupo que supostamente também teriam incorrido na mesma prática anticompetitiva que sujeitara a punição da companhia. Posteriormente, o Cade julgou o caso oriundo de tal investigação, o qual chamamos de Shop Tour, porém concluiu pelo arquivamento do procedimento pois acreditava tratar-se de *bis in idem*, já que estaria punindo duas vezes um agente por uma mesma conduta.

7 Considerações finais

Neste trabalho, observamos que o Cade recorreu a parâmetros norte-americanos para investigar e eventualmente punir o abuso do direito de petição na esfera concorrencial. O critério “ação sem fundamento” é o que o conselho mais leva em conta ao investigar esta conduta. Assim, constatamos que há uma certa previsibilidade quanto à atuação do órgão, garantindo que haja uma racionalidade por trás de sua atuação e uma certa segurança jurídica, mesmo que a *sham litigation* não esteja dentre as condutas descritas no art. 36 da LDC.

Constatamos também que houve um progressivo refino teórico nos julgamentos nacionais sobre o tema. Ao proferir votos quanto à matéria, os conselheiros mais e mais vezes foram abordando aprofundamentos teóricos, pormenorizações da conduta investigada e a observância de julgados de diferentes jurisdições. Isso tudo, aliado com as pesquisas teóricas na área, contribuiu para o aperfeiçoamento da investigação do órgão em casos desta natureza, de modo que o instituto adotado numa jurisdição estrangeira e com uma matriz jurídica diversa, finalmente começa a tomar algum grau de forma própria na versão brasileira, algo essencial para que possa continuar a se desenvolver por aqui. Um exemplo disto é a mudança da postura do conselho em casos de peticionamento a outros Poderes, em que não mais se analisou a validade de uma lei aprovada, tal qual fizera no caso Sinpetro, mas sim os meios utilizados para influenciar a aprovação, como nos precedentes Abiótica e Sulpetro.

Ao estabelecer parâmetros para vislumbrar esta conduta abusiva, não só o Cade, mas a comunidade antitruste como um todo ganha com a delimitação de parâmetros claros. Agentes econômicos poderão avaliar quais os limites para a propositura de ações; empresas prejudicadas terão maior segurança ao promover denúncias; e as decisões do órgão se mostrarão cada vez mais em consonância com o ordenamento jurídico nacional como um todo.

Por outro lado, também seria interessante à autarquia, continuar a desenvolver seus critérios de julgamento, de modo distinto da doutrina estadunidense. Há que reconhecer que o direito concorrencial, dada sua caminhada histórica, terá a doutrina norte-americana como um dos referenciais teóricos, ainda mais quanto à construção jurisprudencial que surgiu nos parâmetros de sua jurisdição. No entanto, isso não impede que o Cade olhe também para jurisdições semelhantes à sua, como por exemplo Europa e América Latina, tanto para recorrer a indagações teóricas e práticas que possam auxiliar em seu julgamento, como para evitar cometer erros já praticados por órgãos antitrustes estrangeiros em casos similares. O intercâmbio europeu/latino-americano é ainda mais válido já que a jurisprudência nacional vem se desenvolvendo mais na linha do precedente AstraZeneca, Walker Process ou dos julgados argentinos, envolvendo sobretudo questões de direito de propriedade intelectual, do que na linha dos precedentes estabelecidos no caso PRE ou California Motor Transport.

Em todos os casos, o Cade levou em conta algum parâmetro levantado pela doutrina estadunidense ao analisar casos referentes ao abuso de direito de petição na seara concorrencial. Além disso, com exceção do primeiro julgado, que constitui um caso *sui generis*, dada a mudança de postura do conselho, que conforme foi ressaltado anteriormente, nunca mais determinou que uma lei fosse inconstitucional no âmbito de condenação por *sham litigation*, todos os precedentes seguintes trouxeram a análise do parâmetro “ação sem fundamentos”, advindo diretamente do caso PRE.

Reconhecemos todavia, que esse ilícito não é uma prática demasiadamente recorrente, fazendo com que o número relativamente baixo de precedentes enseje um desenvolvimento lento das considerações e indagações teóricas genuinamente brasileiras, de modo a não precisar socorrer-se de parâmetros estrangeiros.

É claro que melhor ter algum parâmetro do que nenhum. Porém, o problema da importação de um instituto (e também de seus parâmetros de julgamento), ainda mais advindo de uma matriz jurídica completamente diferente da nossa, é o choque que tal importação pode gerar com outras disposições constitucionais e legais, de modo a potencialmente inviabilizar a punição de um agente que realmente tenha incidido nesta conduta.

Ao determinar que uma ação é sem fundamento, o conselho se aventura por um caminho perigoso, que pode levantar questionamentos razoáveis quanto à competência do órgão para embasar tal manifestação, correndo o risco de minar justamente o que a adoção de um critério comum a todos os processos trás: a segurança jurídica e a previsibilidade da atuação do órgão.

A partir de nossa pesquisa empírica, observamos que mesmo em condutas em que ações foram ganhas na Justiça, o Cade puniu empresas por *sham litigation*. Porém, em diversos momentos, o órgão entendeu que tal conduta estaria afastada pois a Justiça deu provimento às ações da representada. Em suma, um mesmo resultado (vencer um litígio) pode tanto ensejar uma condenação quanto uma absolvição por *sham litigation*.

Frisamos ainda que a adoção de um critério referente à plausibilidade de uma ação, possui complexidade que não pode ser deixada de lado. Como ensina o jurista uruguaio Eduardo Couture (1958, apud De Carvalho, 2019, p. 11), sendo o direito de petição garantia individual, em uma situação em que um pedido é desprovido de mérito, este seria rechaçado pela autoridade competente e vice-versa. Nesse sentido, para determinar que uma ação seria sem fundamento, a autarquia deveria necessariamente observar os resultados dos processos promovidos pelo investigado nas instâncias administrativas, legislativas e no Poder Judiciário, algo que inclusive já fizera anteriormente, mais especificamente no caso Box 3, ao condenar a empresa a partir de inúmeros processos derrotados frente ao Poder Judiciário.

Conforme bem dito por De Carvalho (2019, p. 11), a aplicação radical do teste PRE é descabida, sendo necessário avaliar os efeitos extraprocessuais da conduta. É claro que a instrumentalização dos critérios de *sham litigation* é difícil, e muitas vezes problemática. Racionalizando o método abusivo de “ações sem fundamento”, chega-se ao cerne da prova cabal de que um agente não está comprometido com o resultado do processo e sim com os danos oriundos do trâmite processual, algo que é fundamental para caracterização dessa conduta. Ora, se um litigante promove ações sem fundamento jurídico, sabendo que irá perder, não está almejando o resultado positivo do processo, o que nos leva à conclusão de que atua não buscando ganhar a lide, mas de alguma maneira beneficiar-se do procedimento de modo a vir prejudicar um concorrente, incidindo portanto, na conduta. Nessa lógica, em uma situação em que ações promovidas pelo acusado de *sham litigation* tenham sido ganhas, não há espaço para autoridade antitruste falar em promoção de ações sem fundamento, sob pena de violar princípios constitucionais, dentre os quais, a separação e independência dos Poderes, conforme exposto no art. 2º da Constituição Federal.

Ressaltamos que não é papel do Cade determinar que um agente utilizou de meios fraudulentos, como falsas informações e omissões, a não ser que esses processos maliciosos estejam sobre sua jurisdição. Em processos judiciais, cabe ao Poder Judiciário realizar esta avaliação. A vinculação da autarquia aos resultados de processos das instâncias judiciais (e também de outras instâncias administrativas) examinados nas investigações sobre a conduta, de maneira alguma mina a autonomia e competência da autoridade antitruste. Muito pelo contrário, a adoção de tal vinculação solidificaria a conformidade da *sham litigation* frente ao ordenamento jurídico nacional.

Ademais, apontamos aqui, que o teste bifásico adotado no caso PRE também recebeu críticas advindas da doutrina americana. Para Hsieh (1993, p. 10), um dos efeitos gerados pelo caso PRE foi a imunidade a todos os casos que possuíssem ações fundamentadas, mesmo naqueles em que litigantes somente visavam prejudicar um rival, o que é fundamentalmente a definição de *sham litigation*. Nesse mesmo sentido, Myers (1994, p. 56) mostra que a definição de “sem fundamento” é muito restrita, pois permite a utilização de litígios minimamente fundamentos como uma ferramenta anticompetitiva.

É prudente que não nos esqueçamos que uma ação fundamentada, que só busque causar danos ao rival, não se importando com o resultado em si, também deve ser punida pelo Cade. Seguindo o raciocínio de Myers (1994, p. 56), ao ficarmos adstritos a um critério como esse, talvez entes econômicos que promoveram ações com um fundamento jurídico questionável mas razoável (isto é que tenham chances, ainda que pequenas de vencer), porém que somente o fizeram para prejudicar um rival, saíram impunes das investigações e conseguiram prejudicar rivais sem a menor consequência.

É fundamental que o órgão antitruste se atenha à ideia de que *sham litigation* é a utilização de um processo por um ente não compenetrado com o resultado em si da lide, mas com os danos que possam causar a um concorrente, por meio de seu trâmite. Seja uma ação sem fundamento ou não, comprovado que essa só foi proposta para prejudicar um rival, deve-se punir tal conduta. Compreendemos e concordamos que a repetição de ações, com pedidos semelhantes e desprovidas de fundamento, enseja a ideia de que não há outro motivo para promovê-las a não ser prejudicar um rival, porém o contrário nem sempre é verdadeiro.

Possivelmente há casos de ações que possuem algum fundamento, mas que só foram movidas com o intuito de causar dano a um rival. Por isso sugerimos aqui que o conselho se atenha também à vontade subjetiva do autor ao acionar o Judiciário ou instâncias administrativas, e não descarte a hipótese de um agente incorrer na conduta mesmo que esteja respaldado por litígios dotados de plausibilidade.

Se a jurisprudência brasileira conseguiu se desenvolver a ponto de determinar parâmetros claros de investigação desta conduta, certamente é possível continuar aprimorando as indagações teóricas, testes e parâmetros a fim de se chegar em critérios que estejam não só em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, respeitando a competência de outras instâncias administrativas e do Poder Judiciário, mas que também efetivamente punam entes econômicos que incorram em *sham litigation*.

8 Referências

- BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BLOCK, Michael Kent; NOLD, Frederick Carl; SIDAK, Joseph Gregory. The deterrent effect of antitrust enforcement. *Journal of Political Economy*, v. 89, n. 3, p. 429-445, 1981.
- COATE, Malcolm B.; HIGGINS, Richard S.; MC CHESNEY, Fred S. Bureaucracy and politics in FTC merger challenges. *The Journal of Law and Economics*, v. 33, n. 2, p. 463-482, 1990.
- DE CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. Do *sham litigation* ao abuso de direito de petição: desafios e parâmetros de análise para o abuso do direito de petição no direito brasileiro. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 7, n. 2, p. 38-52, 2019.
- EIRAS, Larissa. *Sham Litigation*: requisitos para sua configuração. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 7, n. 2, p. 53-75, 2019.
- FIDELIS, Andressa Lin. *Sham Litigation* e o sistema brasileiro de defesa da concorrência. Disponível em: <http://sbdp.org.br/publication/sham-litigation-e-o-sistema-brasileiro-de-defesa-da-concorrência>. Acesso em: 26 fev. 2020.
- FLORES, David Fernández. Litigación predatoria: ¿anticompetitiva o desleal?. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, v. 11, n. 20, p. 11-56, 2015.
- HARBERGER, Arnold C. Monopoly and resource allocation. In: *Essential readings in economics*. Palgrave, London, 1995.
- HOVENKAMP, Herbert J. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 5. ed. [S.l.]: [S.n.], 2015.
- HYLTON, Keith N.; DENG, Fei. Antitrust around the world: An empirical analysis of the scope of competition laws and their effects. *Antitrust Law Journal*, v. 74, n. 2, p. 271-341, 2007.
- HOVENKAMP, Herbert. *Principles of Antitrust*. [S.l.]: West Academic, 2017.
- HSIEH, Charles C. Professional real estate: The Line Between Patent and Antitrust. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 7, p. 173, 1993.
- KLEIN, Christopher C. The Economics of Sham Litigation: theory, cases, and policy. Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission. Estados Unidos da América: Federal Trade Commission, Bureau of Economics, 1989.
- LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. Benefits from private antitrust enforcement: An analysis of forty cases. *USFL Rev.*, v. 42, p. 879, 2007.
- LIANOS, Ioannis; REGIBEAU, Pierre. "Vexatious"/"Sham" Litigation in EU and US antitrust law: a mechanism design approach. *Antitrust Bulletin*, v. 62, n. 4, 2017.

MATTOS, César; VINICIUS, Paulo. *Sham litigation*, direito de petição e o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Publicações da Escola da AGU: Debates em Direito da Concorrência, Brasília, 2011, p. 105-120.

MYERS, Gary. Antitrust and first amendment implications of professional real estate investors. *Washington and Lee Law Review*, v. 51, p. 1.199, 1994.

POSNER, Richard A. A statistical study of antitrust enforcement. *The Journal of Law and Economics*, v. 13, n. 2, p. 365-419, 1970.

RENZETTI, Bruno Polonio. Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Jurisprudência do Cade. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 1, p. 145-177, 2017.

RICKARDSSON, Ola. Patent misuse and 'sham'. Development of new principles under EU competition law. *Lund University Student Papers*. Department of Business Law. 2010.

SALGADO, Lucia Helena; DE MORAIS, Rafael Pinho. A new test for anticompetitive litigation. VI Congresso Annual da Associação Brasileira de Direito e Economia, 2015.

SANDOVAL, Carlos Molina. Sham litigation en el régimen de competencia desleal. *Revista de Derecho Comercial Del Consumidor y de La Empresa*, v. 4, n. 5, out. 2013.

STIGLER, George J. The economic effects of the antitrust laws. *The Journal of Law and Economics*, v. 9, p. 225-258, 1966.

TAUFICK, Roberto. Indirect Regulation and the Disinterested Official. A Study on Sham Litigation in Brazil. Available at SSRN 2540341, 2014. Fazenda e Escola de Administração Fazendária, Ministério da Fazenda, 2014.

TAUFICK, Roberto. Introdução ao direito da concorrência (Introduction to antitrust law). Programa Nacional de Promoção da Concorrência. Livro-texto. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Ministério da Fazenda e Escola de Administração Fazendária. Ministério da Fazenda, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3518699. Acesso em: 20 abr. 2021.

TEREPINS, Sandra. *Sham litigation*: uma exceção à doutrina Noerr Pennington e a experiência recente vivida pelo Cade. *Revista do IBRAC*, v. 15, p. 63-97, 2008.

TUCCI, André Luis. Abuso do direito de petição: *a aplicação da doutrina da sham litigation pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)*. [S.l.]: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

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

Diagramas, quadros e tabelas

Critérios para análise de *sham litigation* pelo Cade:

Fonte: elaboração própria a partir de dados coletados individualmente do sítio eletrônico: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.

Tipos de *sham litigation*:

Fonte: elaboração própria a partir de dados coletados individualmente do sítio eletrônico: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.